VISÕES SOBRE 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)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

ALINE OURIQUES FREIRE FERNANDES, ANA KEULY LUZ BEZERRA,
CAROLINA BESSA FERREIRA DE OLIVEIRA, THAÍS DALLA CORTE

VISÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

(VOL. 1)

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2021

Copyright © 2021 | **Aline Ouriques Freire Fernandes, Ana Keuly Luz Bezerra, Carolina Bessa Ferreira de Oliveira e Thaís Dalla Corte (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.

V832

Visões sobre direitos humanos e fundamentais / Aline Ouriques Freire Fernandes, Ana Keuly Luz Bezerra, Carolina Bessa Ferreira de Oliveira e Thaís Dalla Corte (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

v. 1; 798 p.

ISBN 978-65-89891-09-3

1. Políticas públicas. 2. Políticas e direitos civis. 3. Direitos fundamentais. I. Fernandes, Aline Ouriques Freire (org.). II. Bezerra, Ana Keuly Luz (org.). III. Oliveira, Carolina Bessa Ferreira de (org.). IV. Corte, Thaís Dalla (org.).

CDD 323

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE A EMANCIPAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DA CIDADANIA.....17
Yanna Raissa Brito Couto da Silva

SOCIEDADE, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS NO INTERIOR DA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA...31
Ana Lívia Pereira
Túlio Almeida Rocha Pires

A COLONIZAÇÃO SOCIAL E A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFLEXÕES SOBRE A CIDADANIA NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO.....43
Ana Lívia Pereira
Túlio Almeida Rocha Pires

DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, A DROMOLOGIA, O PROCESSO-PENAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL.....55
José Bruno Martins Leão

DO ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS: UMA ANÁLISE DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES EM ESPÉCIE.....68
José Bruno Martins Leão

DESIGUALDADES RACIAIS E SOCIAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: O QUE DIZ A COMISSÃO INTERMERICANA DE DIREITOS HUMANOS?.....81
Carolina Bessa Ferreira de Oliveira

O CONFLITO DE DECISÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS: ADPF 153 E A SENTENÇA INTERNACIONAL NO CASO GOMES LUND.....93
Renata Simonetti Teixeira
Lucas Alberto de Alencar Brandão

ESTUPRO CONJUGAL: VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E SEUS IMPACTOS NA INVISIBILIDADE E LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA SEXUAL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS.....109
Anna Luiza Fernandes Maia

A FALTA DE EXATIDÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOBRE QUEM DETÉM A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A EDUCAÇÃO NO BRASIL E OS EVENTUAIS ATRITOS QUE OCASIONA.....126
Gustavo Henrique Betini Poço

UMA ANÁLISE FEMINISTA DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E DA NECESSIDADE DA ADPF Nº 779.....143
Lara de Souza Mateus

VILIPÊNDIOS A RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA: QUESTÕES SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA E RACISMO RELIGIOSO.....160
Raphael Prieto dos Santos
Wellington Henrique Rocha de Lima

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO.....172
Benigno Núñez Novo
João Paulo Lima do Nascimento

O DIREITO EDUCACIONAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UM BREVE PANORAMA ACERCA DA EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO NAS AMÉRICAS 191
Arthur Pacheco Pereira Carvalhal
Jasmine Lima de Melo

A EDUCAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA A REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE.....210
Vitória Souza Andrade

POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL: UMA NOVA ROUPAGEM PARA O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....225
Éwerton Aparecido de Souza Lima
Robson De Oliveira Lezainski

NÃO RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, DOS DISPOSITIVOS DA LEI NO 6.001/73 (ESTATUTO DO ÍNDIO), DE CARÁTER INTEGRACIONISTA.....244
Samuel Evangelista Xavier Batista

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UM ESTUDO DO ATUAL CENÁRIO NACIONAL E SUA ADEQUAÇÃO À NORMA.....261
Lucas Corrêa dos Santos
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza

OS ANIMAIS COMO SUJEITOS TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO DA SENSIBILIDADE.....277
Larissa Querem Tavares Mendonça
José Gerardo Frota Parente Neto
Nayla Chaves Moura Rêgo Thaumaturgo
Marcus Vinícius Nogueira Rebouças

O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO COMO GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS..... 294
Necéssio Adriano Santos

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AOS CRIMES AMBIENTAIS NO ÂMBITO DA PESCA.....311
Renata Maria da Silva Mello

NOS CAMINHOS DA MORTE: DIREITO E PSICANÁLISE 325
Daniela Zilio

DEMOCRACIA E POVOS INDÍGENAS: A APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA AMBIENTAL COMO O *ETHOS* JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDÍGENAS.....337
Adriana Xavier Ferreira Lopes

LIBERDADE SINDICAL E A NECESSIDADE DE CLASSIFICAÇÃO EM CATEGORIAS DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....354
Sandro Nahmias Melo
Túlio Macedo Rosa e Silva

O DIREITO COSMOPOLITA KANTIANO: PERSPECTIVAS JUSFILOSÓFICAS SOBRE OS DIREITOS (HUMANOS) DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS.....370
Esley Porto

JOVENS NEGROS NO BRASIL: A PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO NA PANDEMIA DA COVID-19 382
Carlos Alberto Ferreira dos Santos
João Batista Santos Filho

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO ESTADO: UMA REFLEXÃO À LUZ DO FILME CORINGA 400
Ana Maria de Sousa Rodrigues
Chiara Emanuelly Rocha Ferreira
Rosália Maria Carvalho Mourão

A CARTA OLÍMPICA COMO INSTRUMENTO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....417
Leonardo Lucchese Meinerz
Pedro Henrique Bobek Friedrich

PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE: EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA SOCIEDADE.....433
Luciana Muniz Prado de Almeida

A PANDEMIA DA COVID-19 E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ANÁLISE DOS CONFLITOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS.....451
Mariana Silva Utsch Carnevalli

FILADÉLFIA: A HOMOFOBIA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....469
Stênio Sousa Damasceno
Rosália Maria Carvalho Mourão

UMA BREVE APRESENTAÇÃO DAS TERMINOLOGIAS DENTRO DOS MOVIMENTOS (I)MIGRATÓRIOS PARA A CONTRIBUIÇÃO NA GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.....487
Fabiana Aparecida da Silva

DIREITO À SAÚDE E SEUS IMPACTOS NO ENCARCERAMENTO FACE À PANDEMIA DE COVID-19.....503
Otniel Servilha Torres

O CUMPRIMENTO DO TESTAMENTO VITAL EM RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE TERMINAL X PROTEÇÃO DA VIDA ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....515
Camila Ouro Guimarães
Flávia Lima Xavier

LAICIDADE E PROTEÇÃO ÀS MINORIAS: A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA NO BRASIL DO SÉCULO XXI.....530
Antonio Celso Baeta Minhoto
Nilson Tadeu Reis Campos Silva

CONVENÇÃO 155 DA OIT E O MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO IRR Nº 239-55.2011.5.02.0319, PARA ASSEGURAR O EXERCÍCIO CUMULATIVO DO DIREITO AO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE.....548
Tiago Batista dos Santos
Ricardo Galvão de Sousa Lins
Yara Maria Pereira Gurgel

A DIGNIDADE HUMANA SOB A ÓTICA DA MODERNIDADE LÍQUIDA DE ZYGMUNT BAUMAN.....565
Giulianna de Miranda Brandalise

VULNERABILIDADE HABITACIONAL NO BRASIL: AS NECESSÁRIAS MEDIDAS EMERGENCIAIS PARA O ACESSO À MORADIA URBANA ADEQUADA PELA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19.....579
Thaís Dalla Corte

DIREITOS FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO E A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AOS DIREITOS HUMANOS.....596
Marcelo Paar Santiago

A TUTELA DA NATUREZA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A EXISTÊNCIA DE UM DIREITO ESSENCIAL NÃO ANTROPOCÊNTRICO.....613
Marcelo Araújo Correia

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO NO BRASIL.....630
Brenda Capinã Botelho Costa

O MOSAICO DA RELIGIOSIDADE BRASILEIRA E A INTOLERÂNCIA AO DIFERENTE.....647
Ana Célia Passos Pereira Campos
Brenda Aira Carrilho
Renata Esteves Furbino

A CONTRIBUIÇÃO DE HANNA ARENDT PARA COMPREENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: HUMANIDADE X CIDADANIA.....664
Carlos Marcel Ferrari Lima Fernandes

HOLOCAUSTO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS TRATAMENTOS PSIQUIÁTRICOS OFERECIDOS NO HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA SOB O ESPECTRO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....679
Gabrielli Fernandes Conrado

A TRANSGRESSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO DO BRASIL: HERANÇAS DO SÉCULO XX DEIXADA POR HOSPÍCIOS E MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS.....694
Cássia Rayana do Nascimento

TRÁFICO DE MULHERES E A (IN)EFETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: COMO A DISCRIMINAÇÃO DAS VÍTIMAS AFETA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL?.711
Myllena Theresa de Oliveira de Sousa

DIREITOS HUMANOS E DITADURA MILITAR NO BRASIL: BREVE ANÁLISE ACERCA DA (IN)JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA 724
Laís Lopes de Sousa

HABITAÇÕES COLETIVAS, DEMOFOBIA E REBELIÃO: VIOLAÇÕES DO DIREITO À MORADIA COMO COMBUSTÍVEL DA REVOLTA DA VACINA.....736
Daniel Machado Gomes
Daniel Sant'Anna Lisbôa
Yara Esteves Soares
Raphaela Abud Neves

ANÁLISE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO-CÍVEL Nº 0083896-72.2019.8.19.0000: CASO ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....752
Rosane da Silva Lima

A REIFICAÇÃO DO PRESO E A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PELO ESTADO BRASILEIRO.....766
Paula Andressa de Freitas Mariano

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA HUMANIDADE DAS PENAS.....783
Augusto Martinez Perez Filho
Camilla Gomes de Oliveira Tavares Martins
Gabriel de Faria Cussolim

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
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 uma 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 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 *e-book* 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 níveis nacional e internacional,

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

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2021)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de abril de 2021 e contou com 13 Grupos de Trabalho com mais de 650 artigos e resumos expandidos de 66 universidades e 38 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *double blind peer review*, o que resultou na publicação dos 13 livros do evento.

Os coordenadores de GTs organizaram os respectivos livros, e no caso de GTs que não tenham tido ao menos 18 trabalhos aprovados, estes foram realocados em outro GT, conforme previsto em edital específico. Os coordenadores de GTs também indicaram artigos para concorrer ao Prêmio CAED-Jus 2021. A Comissão Avaliadora foi composta pelas professoras Débora Soares Karpowicz (UNIASSELVI e RJE), Mayra Thais Andrade Ribeiro (IBMEC) e Mércia Cardoso de Souza (TJCE). **O trabalho premiado é de autoria de autoria de Fátima Gonçalves Messias Takahashi, intitulado "A representatividade do ministério público na comunidade quilombola-kalunga riachão: um relato".**

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.

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE A EMANCIPAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DA CIDADANIA

Yanna Raissa Brito Couto da Silva[1]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a emancipação social através da cidadania no pensamento de Habermas, buscando descrever os aspectos centrais ali desenvolvidos. Pretende-se, assim, trazer ao debate acadêmico especializado as contribuições jus-filosóficas desenvolvidas sobre a cidadania e suas perspectivas de efetivação nas sociedades contemporâneas.

A noção de cidadania está vinculada, no pensamento de Habermas, ao sentido de emancipação, que expressa a participação de indivíduos autônomos na deliberação sobre alguns princípios da sociedade política, em um amplo e abrangente processo discursivo cujos contornos teóricos serão adiante delineados.

A compreensão da noção de cidadania pode ser mais bem entendida a partir da relação do pensamento do autor com sua própria trajetória. Ressaltam-se, assim, alguns marcos temporais. Habermas nasceu em 1929, quando ocorria a barbárie totalitária (regime nazista); a época de

1 Advogada; sócia proprietária do Escritório Couto Silva – Advocacia & Consultoria; aluna especial do Programa de Mestrado da Universidade Federal da Bahia (UFBA/ 2021); especialista em Direito Público (*lato sensu*) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Ciências Criminais (*lato sensu*) pela Faculdade Baiana de Direito; graduada em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado.

sua juventude, 1949, quando foi criada a República Federal da Alemanha; e o ano de 1956, que marcou seu início frankfurtiano como assistente de Adorno no Instituto de Pesquisas de Ciências Sociais, o que o levou posteriormente a ser associado à Escola de Frankfurt. Esses acontecimentos influenciaram o engajamento de Habermas em estudos filosóficos e proporcionaram a formulação das teses centrais do seu pensamento.

Habermas foi considerado um pensador muito importante, haja vista sua intervenção frequente em debates públicos. Seu pensamento contempla diferentes vertentes dos teóricos do pensamento filosófico da modernidade, que lhe proporcionou a retomada de uma filosofia prática do esclarecimento moderno (SIEBENEICHLER, 2003, p. 22). Isto faz com que este filósofo seja considerado o sucessor do projeto da modernidade de emancipação do homem através do esclarecimento.

Nesta perspectiva, Habermas pretende resgatar o projeto da modernidade, como foi concebido no ideário do Iluminismo no século XVIII. Sua pretensão é recuperar a dimensão da razão, e proporcionar uma sociedade composta de sujeitos capazes de interagir com base em acordos racionais, e não na dominação de uns e na submissão de outros. Esse processo conforma em Habermas a noção de cidadania, que é vista, portanto, como um equilíbrio entre a autonomia pública, que expressa uma compreensão ética da soberania popular e a autonomia privada, que garante uma proteção dos direitos humanos, pois os cidadãos só podem ser autônomos na medida em que possam compreender o exercício de seus direitos políticos, como autores e destinatários das normas.

Sendo assim, em um primeiro momento, abordou-se a relação do autor com o projeto emancipatório, para mais adiante desenvolver as linhas mestras da noção de cidadania que se articula ao nível da sua teoria discursiva do direito, o que permite evidencia a nítida e importante relação que Habermas concebe entre Direito e cidadania.

1. HABERMAS E O PROJETO EMANCIPATÓRIO

A trajetória do filósofo Jurgen Habermas está estritamente ligada à história da Alemanha, sendo que este contexto cultural engloba diferentes tradições como o Iluminismo, o republicanismo, o cosmopolitismo, o totalitarismo – o que permite compreender bem o pensamento desse fi-

lósofo. Habermas intervém regulamente em debates públicos, pois vários temas mencionados por ele em suas obras têm grande repercussão em tal âmbito (DUPEYRIX, 2012, p. 12). A ideia diretriz do pensamento de Habermas é a ação comunicativa, que esta ocupa posição central á categoria do direito.

> A ação comunicativa é aquele tipo de interação social em que o meio de coordenar os diversos planos de ação das pessoas envolvidas é dado na forma de um acordo racional, de um entendimento entre as partes, obtido através da linguagem. (NOBRE; TERRA, 2008, p. 57).

O paradigma comunicativo que ele propôs renovou em parte as discussões filosóficas contemporâneas e suscitou muitíssimos debates. Em seu pensamento, recebeu grandes influências de diversas vertentes, principalmente da doutrina Kantiana do Direito. Ele supôs uma hipótese de que existe na própria modernidade um discurso crítico voltado à modernidade, ou seja, um contradiscurso, o qual tem início na obra de Kant, e que procura elucidar o esclarecimento sobre os seus limites e sua ignorância. Neste sentido, ele retoma a filosofia prática do esclarecimento moderno, que se apoia em um certo princípio que serve de parâmetro geral do seu pensamento – é a ideia da emancipação do homem através do esclarecimento e a formação racional da identidade dos sujeitos e das coletividades.

> O esclarecimento habermasiano, inserindo-se na linha do projeto inacabado da modernidade, pode abrir o campo a abordagem de várias questões importantes da atualidade, como o esclarecimento da crise da sociedade contemporânea, a superação da distância existente entre os círculos especializados, de um lado, e o grande público, as massas, de outro. (SIEBENEICHLER, 2003, p. 22).

O projeto emancipatório de Habermas, desde o princípio, tem um vínculo com a inclusão social através de uma conexão executável entre a teoria e a prática de modo universal, ou seja, referente não somente para países desenvolvidos, como subdesenvolvidos. Por tudo isso, Habermas é considerado o herdeiro do projeto da modernidade de emancipação do

indivíduo através do esclarecimento, ou seja, através da emancipação do homem na sociedade.

Habermas pretende continuar na linha do esclarecimento prático, mas com o desenvolvimento de seu pensamento, parte de uma premissa diferente; ou seja, utiliza o agir comunicativo, substitui a razão prática pela comunicativa. Tal razão, ao contrário da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possibilita, pois, uma orientação na base de percepções de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa. Todo pensamento esclarecedor de Habermas se ampara em uma teoria da racionalidade, que se estabelece a partir da razão comunicativa. Ela se situou no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade, ou seja, mantém sua investigação no interior de uma determinada fase do desenvolvimento social.

1.1. O DIÁLOGO ENTRE HABERMAS E RENÉ DESCARTES

A filosofia de Habermas teve influências de diferentes tradições de pensamento, como o projeto emancipatório iluminista, que envolve o pensamento do filósofo Descartes. A importância deste pensador é destacada por Horkheimer, um dos pesquisadores da Escola de Frankfurt que atribui a sua obra a origem dos problemas de dominação e exploração do homem. Descartes se tornou inovador quando propôs uma tarefa original para o homem, ou seja, dominar a natureza. Ele não admitia a ideia de incerteza na ciência, tanto que edificou um raciocínio por meio das experimentações. O sentido da emancipação no pensamento de Descartes buscava uma reflexão filosófica independentemente da fé.

O discurso do método revolucionou as concepções do racionalismo filosófico. Descartes inseriu seu pensamento na metodologia científica, proporcionando, assim, a capacidade de demonstrar qualquer hipótese racionalmente. Este não admitia a possibilidade de a verdade ser imposta pela fé, e a partir das demonstrações matemáticas, formulou um raciocínio dedutivo, que começava por suposições até a demonstração de sua hipótese, através de experimentações. A concepção de um direito material pautado inteiramente na razão teve sua base em tal pensamento.

1.2. O DIÁLOGO ENTRE HABERMAS E KANT

Kant daria sequência ao pensamento de Descartes no sentido da emancipação, pois ambos operaram no caminho da desilusão do mundo, que anteriormente gerava uma interação entre Direito, moral e religião. Kant diferenciou o direito da moral e propôs uma sociedade baseada em princípios universais. A intervenção da razão é irrelevante no processo de formulação do objeto, mas não suficiente, e ele introduz a sensibilidade que proporciona a distinção entre a razão teórica e a razão prática – esta última sempre depende da sensibilidade. Nesta perspectiva, a moral poderia ser deduzida pela razão, sendo a única que poderia impor regras à conduta dos indivíduos, através de um critério de universalização designado por Kant como "imperativos categóricos". Nesse contexto, ele definirá a distinção do direito com a moral.

> O fundamento do direito para Kant é a liberdade, entendida enquanto autonomia da razão. [...] A liberdade fundamenta a existência de leis internas, que criam deveres internos, na forma de imperativos categóricos. Mas a mesma liberdade interna fundamenta a existência de leis exteriores, que tornam possível o convívio das liberdades individuais (arbítrio). O direito é portanto, a liberdade exteriorizada. [...] Como somente no Estado Civil há garantia do convívio das liberdades individuais mediante uma lei universal de liberdade, o homem tem o dever de sair do estado de natureza e a ele nunca voltar (GOMES, 2004, p. 79-80).

Kant observa o Direito como mecanismo social que garante a livre vontade humana com a liberdade, determinada a partir de uma lei universal, o que formava a expressão ética da correção no Direito. Sendo assim, a moral estabelece a legislação interna do indivíduo, na forma de imperativos categóricos, enquanto o direito transcreve-se na legislação externa, reguladora do convívio das liberdades individuais através da coação.

1.3. O DIÁLOGO ENTRE HABERMAS E HEGEL

O sentido emancipatório de Hegel supõe que a formação do espírito humano não ocorre de forma solipsista, como supunha Kant, mas algo

que precisa de uma marcação em objetivações de outra natureza, ou seja, no vínculo do homem com o mundo. O raciocínio dialético hegeliano emerge como princípio fundamental para a formatação de seu projeto emancipatório. A dialética é a realidade e esta somente permite a formulação da identidade do objeto cognoscível a partir do enfrentamento de uma essência com o seu negativo, ou seja, um movimento capaz de superar uma contradição. A estrutura do raciocínio dialético é aplicada a todos os campos do real, desde a aquisição do conhecimento até os processos históricos e políticos.

O filósofo Hegel proporciona a identidade e a emancipação do sujeito e da sociedade através da reflexão e do esclarecimento. Habermas utiliza essa percepção em seu pensamento, porém observa que esta filosofia hegeliana é incapaz de resgatar sua pretensão original, que é de eliminar a diferença entre a reflexão e emancipação.

1.4. O DIÁOGO ENTRE HABERMAS E KARL MARX

O projeto emancipatório hegeliano contribui diretamente para a concepção libertária de Karl Marx. Tal seria outro pensador que influenciou as concepções de Habermas, através da ideologia constituída de luta das classes sociais que demonstram a divergências entre o proletariado e a burguesia em detrimento de diversos interesses econômicos em determinada sociedade.

Habermas modifica a questão da emancipação humana, que no materialismo histórico se determinava no modo de produção econômico, sendo a única maneira de emancipação, a luta das classes, que a partir do confronto dos mecanismos de integração social proporcionou o potencial libertador do Estado Social, estando este apto para recuperar a dignidade da pessoa humana através de políticas redistributivas. Habermas desenvolve, assim, um outro caminho, trilhando seu pensamento rumo à virada linguística da filosofia, de modo particular.

2. DIREITO E TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

Habermas acredita que a positividade das normas pautadas no formalismo jurídico são paradigmas frágeis e insuficientes para o modelo de

legitimação do Direito. Somente a fundamentação admitiria ao Direito ser ferramenta de continuidade do aspecto ético das noções de universalidade e de aceitabilidade racional e introduzidas no agir comunicativo, contraindo com isso o papel de integração social.

A Teoria do Agir Comunicativo (TAC) concede um valor posicional central à categoria do direito; ela mesma forma um contexto apropriado para uma teoria do direito apoiada no princípio do discurso. A TAC é bem uma teoria da ação social apoiando-se na pragmática universal, isto é, na análise das regras universais de funcionamento da linguagem e da comunicação. Desse modo, tal teoria leva em estima a compreensão linguística como mecanismo de coordenação da ação, fazendo com que as suposições contrafactuais dos indivíduos, que orientam seu agir por presunção de validade, adquiram relevância imediata para a edificação e a conservação de ordens sociais.

> O agir comunicativo é voltado para o entendimento mediado pela linguagem em busca de normas que possam valer obrigatoriamente e que preenchem legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas por no mínimo dois interlocutores (CRUZ, 2008, p. 91).

O pensamento de Habermas tenta fixar o fluxo comunicativo, que acabará pondo em evidência nas atividades sociais, num meio estável que permite á sociedade agir sobre si mesma de maneira eficaz e controlada, esse meio é o direito moderno.

3. ESFERA PÚBLICA E CIDADANIA NA PERCEPÇÃO DE HABERMAS

Segundo Alexandre Dupeyrix (2012, p. 33), a filosofia de Habermas deve ser contemplada sob cinco aspectos de interpretação em torno dos quais se agregam partes irrelevantes de sua obra, que acompanham sua trajetória filosófica e circulam em seus projetos aparecendo sob formas frequentemente diferentes. Esses polos são: o homem, a história, a sociedade, a cidadania e o pluralismo. Tais eixos mostram simplesmente uma direção, estabelecem no máximo, cinco maneiras de cooperar para uma

reflexão sobre a democracia deliberativa. A cidadania é considerada, como o aspecto principal, sendo que esta reúne o essencial das preocupações filosóficas de Habermas.

> Se fosse necessário resumir a obra de Habermas numa única fórmula, sustentaríamos a de democracia deliberativa. Nessa expressão, concentram-se e fundem-se, com efeito, dois motivos tipicamente habermasianos: o ideal de emancipação e a esperança fundada na racionalidade da linguagem. (CRUZ, 2008, p. 91).

A percepção habermasiana da cidadania traduz completamente o ideal emancipatório em concepções políticas e o insere num contexto social e político. Em tais âmbitos, a comunicação entre os cidadãos ativos torna-se o meio principal que proporciona tal emancipação. Após determinada fase completamente direcionada à filosofia da linguagem, Habermas a substitui pela filosofia política. São diversas causas que proporcionam a sensibilidade profundamente política em seu pensamento.

Com o processo histórico, as sociedades se tornaram complexas e houve um crescimento de diversas culturas. Nesse contexto, Habermas analisa qual seria o modelo político necessário para atender as sociedades contemporâneas. O filósofo mescla os dois modelos políticos; o liberalismo clássico que privilegia a dimensão individual, porém não reconhece a comunidade; e o comunitarismo que traz a ideia de pertencer a uma comunidade, mas exclui quem nela não se encaixa. Ele propõe um novo aproveitamento dos aspectos positivos de cada modelo e proporciona uma terceira acepção, que é designada como democracia deliberativa.

Esse novo modelo consiste na participação das pessoas de uma comunidade política, proporcionando uma decisão quanto à formulação de princípios que deverão orientá-los. Habermas propõe que a dimensão da cidadania seja a ligação estrita entre as dimensões individual e cultural. A cidadania, sob tal ótica, traz uma identidade política que une diferentes grupos culturais, promovendo também um ponto comum de identificação para os sujeitos que compõem a mesma comunidade.

Um forte elemento da identidade política do Brasil é a Constituição Federal de 1988, que contempla os interesses de diversos grupos que integram o âmbito social. É denominada Constituição Cidadã, pois em sua

formulação houve a participação ativa dos membros da comunidade política que decidiram em conjunto as regras e princípios considerados válidos para tal sociedade.

Considerando o que dispõe Habermas, neste processo os indivíduos envolvidos devem estar necessariamente acessíveis ao diálogo argumentativo de ideias, sem inclinações estritamente pessoais e de intenções escusas, para que possa ser estabelecido o consenso. Este se apoia verdadeiramente na razão comunicativa, um elemento relevante, pois garante a concreticidade da democracia deliberativa na esfera pública. É outro conceito importante no pensamento de Habermas, no qual ocorre a formulação de apreciações públicas, e assim a realização e garantia da cidadania.

3.1. O DIREITO ENTRE LEGITIMIDADE E LEGALIDADE

A cidadania se manifesta através do processo de legitimação das normas jurídicas que advêm da democracia deliberativa, ou seja, um processo de participação ativa, no qual os indivíduos autônomos pudessem deliberar discursivamente sobre as normas que serão submetidas. Considerando essa perspectiva, os cidadãos estariam entre o papel de destinatários e o de autores do direito. Como autores, irão aprovar as normas jurídicas a partir de duas alternativas, a racionalidade estratégica, motivados por seu autointeresse racional, ou pela racionalidade comunicativa, que procura a aprovação da pretensão de validade das normas. Habermas investe nessa segunda dimensão:

> Racionalidade comunicativa é a espécie de racionalidade utilizada como base para o desenvolvimento de sua teoria discursiva do direito. Esse tipo de racionalidade de informar a conduta dos indivíduos que buscam se entender mutuamente com base no preenchimento das condições de validade que devem estar presentes numa situação ideal de fala. (HABERMAS, 2009, p. 102).

Tal procedimento ocorre porque a autonomia jurídica é composta pelo vínculo entre a autonomia privada, em que os indivíduos usam sua liberdade subjetiva de ação que possibilita uma decisão racional considerando suas concepções, com a autonomia pública que utiliza a liberdade

comunicativa, a qual se baseia na procura do reconhecimento das pretensões de validade dos argumentos entre os cidadãos. Esta característica da autonomia jurídica proporciona o aparente paradoxo que a legitimidade advém da legalidade.

Nesse contexto, Habermas considera que a autolegislação dos cidadãos no processo de formulação de normas jurídicas não pode ser sintetizada à auto-egislação moral dos indivíduos. A concepção de autonomia jurídica deve ser compreendida de forma mais geral e abstrata que a noção de autonomia moral. Esta, utilizada nos discursos jurídicos, permite ao mesmo tempo a autonomia privada e a autonomia pública, pois no processo legislativo de formulação de normas jurídicas contém tanto a liberdade comunicativa como a liberdade subjetiva da ação. A liberdade comunicativa baseia-se na habilidade de julgar as pretensões de validade estabelecidas pelos cidadãos em seus argumentos, enquanto a liberdade subjetiva da ação funda-se na possibilidade de os indivíduos escolherem a partir da razão, as causas para seguir a lei.

Conforme mencionado, a produção das normas jurídicas admite tanto a autonomia pública dos cidadãos quanto a autonomia privada. Por essa razão, Habermas introduz o princípio da democracia, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Tal princípio proporciona um discurso legislativo no qual os cidadãos podem optar por agir através da liberdade subjetiva ou a partir da liberdade comunicativa que através do discurso jurídico deduz gradativamente os direitos fundamentais, que constitui o sistema de direitos.

Os discursos jurídicos surgem a partir do princípio da democracia, que possibilita aos cidadãos a participação no processo legislativo motivados tanto pela habilidade de agir de acordo com a liberdade comunicativa quanto pela liberdade subjetiva. As normas jurídicas que compõem esse processo são válidas somente se em sua formulação houver o consenso de todos os cidadãos que serão afetados pela sua entrada em vigor.

> A autonomia jurídica da pessoa é dupla: privada (liberdades do sujeito de direito privado) e pública (autonomia política do cidadão). Para Habermas, é necessário conciliar esses dois aspectos, pois as pessoas jurídicas só podem ser autônomas na medida em que possam compreender-se a si mesmas, no exercício de seus direi-

> tos cívicos, como autores precisamente dessas normas às quais se supõem que obedecem como destinatários (DUPEYRIX, 2012, p. 144).

Sobre essas bases, o suposto paradoxo acerca do surgimento da legitimidade a partir da legalidade ocorre porque o processo democrático de formulação de normas jurídicas, que confere legitimidade às normas na sociedade moderna, é constituído a partir das condições de legalidade vigente. Estes são resultado dos processos de concorrência entre os cidadãos que preferem agir através de uma escolha racional. A solução para esse paradoxo seria propor um sistema jurídico que se comtemple a liberdade comunicativa, inserido em sociedades que comportam o exercício de liberdades individuais e da democracia.

3.2 AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA

Entre os modelos republicano e liberal, Habermas propõe o paradigma procedimental, que promove uma coesão interna entre autonomia pública e autonomia privada, valorizando o nexo que as une e respeitando o sentido democrático da auto-organização da sociedade jurídica. Ressalta-se que essa sociedade é composta por sujeitos, que são ao mesmo tempo autores e destinatários das normas jurídicas.

Para os indivíduos terem uma participação efetiva no processo normativo, eles precisam refletir sobre as consequências imediatas e mediatas das decisões políticas e formar opiniões que abarquem não só seus próprios interesses, mas os de toda a coletividade, concluindo por introduzi-las no processo de decisão do Estado. Esse aspecto é fundamental para a manutenção do equilíbrio entre a autonomia pública e a autonomia privada, pois a sociedade que concorda com uma decisão unilateral do Estado, possibilitando o crescimento da autonomia pública em detrimento da autonomia privada, permitindo que a relação de complementaridade entre as esferas pública e privada seja dificilmente composta.

> As autonomias privada e pública requerem uma á outra. Os dois conceitos são independentes, eles estão relacionados um ao outro por implicação material. Os cidadãos podem fazer um uso apropriado de sua autonomia pública, como algo garantido através de

> direitos políticos, só se eles forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada igualmente protegida em sua conduta de vida. (HABERMAS, 2002, p. 137).

O paradigma procedimental propõe que a tutela dos interesses coletivos e individuais seja elaborada não somente pelo Estado, mas também pelos titulares desses direitos, de onde adviria a legitimidade. Logo, a legitimidade do direito só pode ser a expressão da vontade de todos os cidadãos. Habermas propõe que a fundamentação pós-tradicional da legitimidade do direito advenha da relação de co-originariedade entre as autonomias pública e privada. O direito assume, como condição de sua legitimidade, as ideias de justiça e os ideais de vida pós-tradicionais. Obtém, assim, a função de mecanismo de socialização e como tal precisa legitimar-se através de sua compatibilidade não apenas com princípios morais de justiça e de solidariedade universal, mas também com princípios éticos de vida autorresponsável de indivíduos e coletividades.

A compatibilização desses princípios, em um esclarecimento pós-tradicional do direito moderno, será encontrada por Habermas no nexo interno entre a soberania do povo e nos direitos humanos. Esse nexo reside no teor normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade. Esta teoria discursiva do direito extingue a relação entre interesses individuais e coletivos, e assim as autonomias pública e privada se tornam-se co-originárias, ou seja, são oriundas da mesma fonte, nos procedimentos discursivos de formação da opinião e da vontade pública. O direito pode encontrar-se no discurso de legitimação pós-tradicional, na medida em que proporciona a elaboração racional de vontades privadas em uma vontade racional assentida por todos os participantes que compõem a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cidadania, no pensamento de Jurgen Habermas, está atrelada ao sentido de emancipação, que expressa, através do processo discursivo, a participação de indivíduos autônomos que deliberam sobre alguns princípios da comunidade política. Assim, a concepção ilustrada da cidadania foi um instrumento básico para a emancipação política dos que gozavam

da condição de cidadão; ela também supôs uma prática na titularidade e no exercício desta condição.

Nesta perspectiva, a pretensão de Habermas é recuperar a dimensão da razão, e assim estabelecer uma sociedade composta por indivíduos que consigam interagir com base em acordos racionais, e não na submissão de um e dominação de outro. Esse processo estabelece a noção de cidadania em Habermas, sendo esta designada como um equilíbrio entre a autonomia privada dos indivíduos, que vislumbra os direitos fundamentais e a autonomia pública, que expressa a vontade soberana do povo.

Diante dessas considerações, a noção de cidadania passou a designar o vínculo jurídico de pertencimento a um Estado de Direito mencionando especificamente os direitos políticos ou de participação imediata dos titulares desses direitos na vida estatal, estabelecendo assim uma participação democrática nos processos jurídicos e políticos de um Estado de Direito que pretende ultrapassar as fronteiras do estrito nacionalismo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito brasileiro**. Rio de Janeiro :Lumem Juris, 2008.

DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. São Paulo: Loyola, 2012.

GOMES, Alexandre. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. São Paulo: Mandamentos, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Era das transições.** Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro- estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2009.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia**: um guia de leitura em Habermas. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da filosofia Moderna: da revolução cientifica de Hegel**. São Paulo: Loyola, 1999.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jurgen Habermas**: razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e Racionalidade Comunicativa: a Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jurgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOCIEDADE, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS NO INTERIOR DA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA

Ana Lívia Pereira[2]
Túlio Almeida Rocha Pires[3]

INTRODUÇÃO

O presente estudo se consubstancia em uma análise teórica dos direitos humanos e fundamentais, buscando tecer reflexões conceituais acerca dos fundamentos jurídicos de tais institutos. Nesse sentido, a pesquisa se baseou em uma reflexão bibliográfica e documental, para explicitar os posicionamentos de teóricos clássicos e contemporâneos acerca do tema.

Este trabalho tem como intuito firmar uma necessária correlação entre a construção de um espaço democrático de direito com a respeitabilidade e efetividade dos institutos jurídicos de direitos humanos e fundamentais. Ao longo da pesquisa, é possível identificar que a democracia se funda, entre outras coisas, pela manutenção de direitos, que podem

2 Discente do Programa de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

3 Jurista, bacharel em Direito (PUC Minas); discente do Programa de Formação em Psicanálise Clínica do Instituto Brasileiro de Psicanálise Clínica.

ser entendidos como garantias jurídicas a serem postas à disposição, uso e desfrute de todos que estejam sob a égide do mesmo ordenamento jurídico socialmente estabelecido, o que passa pela construção de um ambiente ético de respeito a diferença.

O texto também promove uma reflexão sobre tais institutos jus-humanistas balizadores para condições básicas de manutenção de um espaço de convivência humana sob a égide de um Estado democrático e de direito, é de muita relevância a consideração aos direitos humanos e fundamentais, uma vez que, assim como a democracia, se fundam na virtude do prosseguimento de um espaço plural, de respeito ético entre as diferenças, o que será melhor no tópico posterior. Assim, é possível compreender que a construção democrática vai além do exercício do voto e da representatividade civil nos espaços de poder e nas decisões públicas; a democracia também se funda pela instituição e manutenção de direitos, sobretudo com o exercício ativo da cidadania, no caminho para a elaboração de um espaço de convivência ética entre as diferenças que são inatos aos agrupamentos humanos e sua alteridade, suas culturas, seus modos de lidar com a vida e com as maneiras de produção dos meios de preservação da existência em sociedade, e assim por diante.

1. UMA ANÁLISE ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: REFLEXÕES TEÓRICAS E CONCEITUAIS

Direitos humanos são direitos advindos do contexto histórico, tendo enfoque maior através das grandes guerras, que extirparam a dignidade da pessoa humana, trazendo inúmeras consequências negativas. Têm o intuito de proteger os direitos mínimos existenciais da pessoa humana, direitos civis e políticos, econômicos, culturais e sociais. Esses direitos se dividem em gerações, proporcionando um arcabouço de direitos que subdividem em uma ordem cronológica do reconhecimento dos direitos fundamentais.

Após os movimentos históricos que contribuíram para o surgimento dos referidos tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da clássica Revolução Francesa, pode-se dizer que os direitos humanos visam coibir abusos que possam gerar instabilidades e tratamentos degradantes às

pessoas. Há, portanto, a necessidade primordial de valorizar a dignidade humana, protegendo direitos mínimos inerentes a existência de um indivíduo e uma sociedade (FERREIRA FILHO, 2016).

Os direitos humanos se caracterizam, entre outras coisas, pela universalidade e indivisibilidade de seus institutos; não trazem uma substituição em relação as gerações, mas são direitos adquiridos de forma complementar. Nessa perspectiva, é importante observar que a autora Flávia Piovesan pronuncia nesse sentido:

> Partindo-se do critério metodológico, que classifica os direitos humanos em gerações, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão "geracional" de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. (PIOVESAN, 2018, p. 64).

Artigo 28, da DUDH (1948), afirma que "toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados". Por isso, deveria haver um arcabouço de direitos ou de pretensão de direitos que para além da esfera dos Estados, precisam também ser reconhecidos e protegidos, sobretudo em face da hipossuficiência do indivíduo diante do conjunto estatal.

Assim sendo, é possível denotar inovações a partir da promulgação da Carta Magna, inclusões essas fundamentais para a proteção dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico, proporcionando a efetiva aplicação aos entes da Federação. Após a DUDH, conforme elucidado por Bobbio, somente um Estado Democrático de Direito pode proteger e garantir a aplicação dos Direitos Humanos. (BOBBIO, 2013, p. 10). Dessa forma, se faz necessário e relevante mencionar a distinção entre "Direitos Humanos" e "Direitos Fundamentais", e como suas devidas implicações e institutos são de suma importância, pois não se trata de institutos sinônimos. Pontuar as diferenças elencadas não significa romper a ínfima relação entre os direitos humanos e direitos fundamentais.

É possível perceber, então, que a terminologia Direitos Humanos faz referências a documentos internacionais, como convenções e tratados, onde há uma aliança entre os Estados para proteger e garantir condições mínimas de respeito e dignidade inerentes à condição humana, evitando abuso de poder, bem como tratamentos desumanos. Nesta senda, são também classificados como supranacionais, uma vez que têm origem em diplomas e tratados de origem exógena, que passarão a ter caráter de direitos fundamentais ao ingressarem no ordenamento jurídico interno, como se verá a seguir.

Diferentemente dos direitos humanos, os Direitos Fundamentais são os direitos positivados, valorados por toda a coletividade, ultrapassando assim o âmbito individual. Portanto, pode-se constatar que, em âmbito internacional, de forma universal e indivisível podemos dizer que os Direitos Humanos estão sob amparo de uma ordem internacional. A partir do momento em que tais direitos são incorporados na Constituição, tendo uma ordem interna estatal eles se caracterizam como Direitos Fundamentais, são válidos no ordenamento com força constitucional (ALVARENGA, 2011). Pode-se afirmar, então, que contra a arbitrariedade que o Estado possa vir a cometer com as pessoas, violações, tratamentos desumanos, entre outros, podem ser pleiteados seus direitos no âmbito estatal e internacional, pois são protegidos os direitos da pessoa humana em esfera internacional.

Ao longo da história, os direitos humanos ganharam importância por seus pressupostos e princípios, tendo como fim a observância e proteção da dignidade da pessoa humana de maneira universal, ou seja, abrangendo todos os seres humanos, não distinguindo uns dos outros para ter tratamentos prioritários e outros minoritários, assim como tais direitos devem ser assegurados de maneira integral, universal.

Diante do reconhecimento desses direitos pelos vários sistemas jurídicos ao redor do planeta, é possível perceber que esses institutos jurídicos irradiam seus efeitos pelas mais variadas áreas do direito uma vez que estabelecem requisitos basilares de respeitabilidade à vida, e a vida com dignidade. Na atualidade, os direitos humanos têm aplicações em diversas áreas, como Direito Penal, que pode ser discutido como é o tratamento de pessoas condenadas por crimes cometidos, aos egressos como é sua nova vida para além dos presídios, os cuidados que são tidos com as pessoas

que cumprem suas penas em regimes fechados e semiabertos; Direito de Família, como são as relações dos genitores com a prole, se os menores são tratados com dignidade, levando em consideração sua dependência; Direito do Trabalho, como são as relações laborais, como os empregadores, por possuírem poder maior, se dirigem aos empregados que estão subordinados ao labor, como é o tratamento deles no trabalho, entre outras áreas que precisam da aplicação direta dos direitos humanos.

Pensando em institutos balizadores para condições básicas de manutenção de um espaço de convivência humana sob a égide de um Estado democrático e de direito, é de muita relevância a consideração aos direitos humanos e fundamentais, uma vez que, assim como a democracia, eles se fundam na virtude do prosseguimento de um espaço plural, de respeito ético entre as diferenças, o que será melhor no tópico posterior.

2. OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: CAMINHOS PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

O surgimento da democracia se dá na Grécia antiga, remetendo ao conceito de cidadão ativo, o qual podia exercer de forma livre seus direitos políticos, tendo algumas proibições para os cidadãos poderem exercer seus direitos, e assim decidir quais os caminhos das cidades.

A essência da ordem jurídica constitucional surge com a democracia, pois sem ela não temos a plena aplicação da tão enaltecida Constituição, que define em seus artigos a proteção dos direitos políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais. As instituições democráticas do país têm por objetivo a consolidação dos planos e metas na vida cotidiana, seja por decisões fundamentais advindas da promulgação do texto constitucional, seja pelo fundamento da nossa Constituição Republicana, que conhece como determinação a construção de um Estado Democrático de Direito. Portanto, a interligação dos Direitos Humanos à democracia se faz necessária, pois foi através dessa ligação que os indivíduos foram conquistando seus direitos apenas por serem humanos, podendo participar de questões políticas, o que décadas atrás não se era permitido. Hoje, através do voto, pode-se eleger seus candidatos que irão governar segundo os interesses da coletividade.

Por todo o exposto, proporciona à sociedade direitos como a moradia, saúde, educação; daí podemos ressaltar a importância de exercer a

democracia de forma correta e com responsabilidade, pois é através dos representantes que podemos aplicar todos os direitos conquistados ao longo dos anos. Manter a evolução dos direitos humanos se faz extremamente necessário, pois as gerações de direitos humanos precisam de inovações e efetividade.

Conforme o autor Norberto Bobbio:

> Para a realização de uma democracia concebida como um conjunto de procedimentos e uma cidadania inclusiva é necessário garantir aos que elegem determinados direitos, principalmente aqueles relacionados à primeira geração, quais sejam, os direitos civis e políticos. Em suma, o Estado de direito é pré-condição para o Estado democrático. (BOBBIO, 2013, p. 14).

O grande marco da conquista primaria dos direitos fundamentais positivados foi com a inclusão da primeira geração, marcando o reconhecimento do direito material e formal com força constitucional. Surgiu assim, de um lado, o reconhecimento, e de outro a ideia de liberdade e dignidade humana. Assim como preleciona Marilena Chauí, mais do que um espaço que discute diretrizes públicas por meio da representatividade por meio do voto, a democracia se funda na instituição de direitos (condições a serem asseguradas a todos) (CHAUÍ, 2001).

Esse espaço democrático é fundado pela convivência entre a alteridade constituinte de cada grupo, pelas diferenças existentes em cada povo e suas maneiras de lidar com os meios de conservação da vida, seus costumes, as lutas entre os interesses de suas classes, e assim por diante. Nas palavras de Marilena Chauí:

> O plural permitiria, ainda, que não caíssemos no embuste dos dominantes para os quais interessa justamente que a multiplicidade cultural seja encarada como multiplicidade empírica de experiências que, de direito, seriam unificáveis e homogêneas, ou para usar os jargões em voga, destinadas à "unificação nacional" ou à "racionalidade capitalista". Se mantivermos viva a pluralidade permaneceremos abertos a uma criação que é sempre múltipla, solo de qualquer proposta política que se pretenda democrática (CHAUÍ, 2001).

Adiante, a efetivação dos direitos frente a Constituição de 1988 é um desafio para que, perante a ordem constitucional, sejam perfeitamente consagradas a efetividade e a operatividade dos direitos fundamentais. As normas têm seu caráter de eficácia imediata, e apesar das críticas tecidas a respeito dos direitos humanos frente à positivação, eles se interligam com diversas áreas do direito.

Faz-se necessário aplicar os direitos humanos de todas as gerações, pois são através deles que se vive uma democracia, onde a sociedade possa requerer seus direitos, sendo as mesmas protegidas por uma ordem constitucional. A aplicabilidade se fazia de forma muito complexa, devido a vários acontecimentos históricos - como as guerras, por exemplo. Na atualidade, devido às bases jurídicas sólidas e impositivas, pode-se dizer que os direitos humanos andam a passos espaçosos, devagar, mas em constante evolução.

Conforme o entendimento de Ingo Sarlet:

> Outra posição de destaque e que já foi objeto de menção, situando-se já no extremo mais otimista, advoga a tese da inexistência, em nossa Constituição, de normas programáticas, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte cuidou para que fossem criados instrumentos processuais aptos a combater também a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, nomeadamente o Mandado de Injunção (art. 5°, inc. LXXI, da CF) – ele mesmo constituindo um autêntico direito-garantia-fundamental – e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF) (SARLET, 2015, p. 273).

A eficácia parte do Estado como detentor do poder Estatal, legislando acima de todos para que os direitos de todos sejam resguardados e protegidos conforme preleciona a Constituição, bem como os outros textos legais. Por outro lado, a sociedade também é incumbida de manter a eficácia dos direitos humanos, uma vez que é através da razão que a sociedade luta e questiona as questões existentes.

Há uma relação ínfima entre direitos humanos e a democracia; sendo assim, não existe a aplicação da democracia de forma completa sem a efe-

tividade dos direitos humanos. Diversos instrumentos internacionais preveem a proteção à igualdade e a não discriminação de qualquer natureza entre seres humanos. O artigo 1° prevê, em seu inciso III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL), respeitar a dignidade das pessoas, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito inerente à República Federativa do Brasil.

As normas programáticas, como é o caso dos direitos humanos, têm sua eficácia apenas pelo fato de sua existência, positivadas na Constituição. O legislador considerou, através da Carta Magna, aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais. Portanto, a eficácia e aplicabilidade dependem de uma densidade normativa, ou seja, devem ser vinculadas ao texto constitucional a cada função dos direitos atribuídos. O artigo 5º da Constituição expõe quais são os direitos de defesas e direitos prestacionais, porém não posiciona de que forma se dá a aplicabilidade dos direitos fundamentais, e seus efeitos jurídicos.

Os Direitos Fundamentais devem ser protegidos, sob pena de ferir a dignidade frente à Constituição, por isso o fundamento de considerar tais direitos como "clausula pétrea", integrando ao artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal. Nesse sentido, é importante observar a pronúncia de Ingo Sarlet, elucidando:

> Esta especial proteção dos direitos fundamentais é, sem dúvida, qualidade que os distingue das demais normas constitucionais. A condição de "cláusula pétrea", aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art5º, §1º, da CF), constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria (SARLET, 2015, p .440).

Os Direitos Humanos e Fundamentais são baseados na teoria do não retrocesso; a teoria guarda ínfima relação com a segurança jurídica, corroborando o Estado democrático de direitos. Por isso, pode-se dizer que a segurança jurídica é um princípio fundamental do Estado de direito. As conquistas durante todo o contexto histórico dos direitos humanos e fundamentais foram de suma importância para o ordenamento jurídico. Assim, os direitos devem ser protegidos e velados para que não haja o retrocesso, o qual pode ferir a dignidade da pessoa humana e diversos

direitos civis, políticos, culturais, econômicos, sociais que precisam de constante evolução.

> O legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdo da Constituição ou revogar normas legais destinadas á regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido "batizada" pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso. (SARLET, 2015, p. 453).

Segundo fundamentação da ONU, os direitos humanos são indivisíveis e correlacionados. Por isso, sem direitos sociais, econômicos e culturais, não haveria a eficiência dos direitos civis e políticos; e sem os direitos civis e políticos não haveria os direitos sociais, econômicos e culturais, que estão assim intimamente interligados. Flavia Piovesan elucida a temática:

> Um dos maiores argumentos levantados pelos países ocidentais em defesa da elaboração de dois pactos distintos centrou-se nos diversos processos de implementação das duas categorias de direitos. Alegou-se que enquanto os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis e passiveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais eram "programáticos" e demandavam realização progressiva (PIOVESAN, 2014, p. 235).

Cabe ao Estado assegurar os direitos de todos os indivíduos que estejam sob a jurisdição, adotando o que for necessário para sua eficácia, para assim aplicar no cotidiano os direitos adquiridos, contando com a participação do Estado, bem como da sociedade, e requerendo que seja protegido e zelado os direitos inerentes à existência humana. O Estado detentor do poder, como fica evidente na obra de Flávia Piovesan, deve ter posicionamento tanto negativo, proibindo condutas degradantes para os seres humanos, como condutas positivas, provendo um sistema legal eficaz contra a violação de direitos humanos e fundamentais.

Importante esclarecer que a democracia, por sua própria existência, necessita da implementação dos direitos humanos e fundamentais, para

que sejam exercids de acordo com o Estado democrático de direitos condutas que coloquem em evidência as escolhas da sociedade, de maneira digna e humana. Para que os Direitos Humanos sejam concretizados, é necessário fixar limites a um poder democrático, não violando assim a condição humana, nem retroagindo e colocando à prova toda a conquista dos Direitos Humanos. Os direitos conquistados satisfazem os princípios de justiça, os quais têm na democracia a base de proteção para a garantia de direitos e igualdade entre aqueles que não fazem parte do mesmo corpo político, social e econômico.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível compreender a dinâmica de proteção internacional dos direitos humanos e sua nomenclatura técnica ao passar a integrar o ordenamento jurídico interno de um Estado, assim chamados de direitos fundamentais. Postos como institutos supranacionais para a garantia da dignidade da pessoa humana, irradiam seus efeitos nos mais diversos ramos do direito, principalmente por normatizarem condições básicas para com a vida humana.

É possível considerar também a importância da efetividade dos direitos humanos e fundamentais para a promoção de um espaço de diversidade democrática diante da alteridade, como maneira de constituir uma atmosfera de convivência que respeite a diferença constituinte da humanidade, juntamente com um mínimo parâmetro de respeitabilidade à vida humana em seu processo de socialização e participação da natureza e experimentação da vida. Nesse sentido, cabe ao Estado assegurar os direitos de todos os indivíduos que estejam sob a jurisdição, adotando o que for necessário para sua eficácia, para assim aplicar no cotidiano os direitos adquiridos. Conta assim com a participação do Estado, bem como da sociedade requerendo que sejam protegidos os direitos inerentes à existência humana, mas é necessário o exercício ativo da cidadania, da descolonização intelectual e consciência das garantias jus-humanistas para que sejam exigidas em face da máquina estatal.

Dessa forma, é possível compreender que a construção democrática vai além do exercício do voto e da representatividade civil nos espaços de poder e nas decisões públicas. A democracia também se funda pela

instituição e manutenção de direitos, sobretudo com o exercício ativo da cidadania, no caminho para a elaboração de um espaço de convivência ética entre as diferenças que são inatos aos agrupamentos humanos e sua alteridade, suas culturas, seus modos de lidar com a vida e com as maneiras de produção dos meios de preservação da existência em sociedade e assim por diante.

Diante de todos os arbítrios estatais perpetrados ao longo da história, a instituição dos direitos humanos e fundamentais tanto nacional como supranacionalmente, vai ao encontro da proteção do indivíduo diante de sua hipossuficiência, protegendo os direitos civis e políticos, direitos sociais, direitos difusos, e assim por diante.

Nessa perspectiva, é importante considerar que é hora de estabelecer um fortalecimento democrático em um ambiente que contemple a pluralidade e a diferença, e a dignidade da pessoa humana em seu desenrolar existencial e seu direito à busca da felicidade, a paz, a condições básicas de manutenção de sua vida, saúde, saneamento. E sobretudo, que o conjunto complexo da sociedade perceba que tais elementos se constituem como direitos e não como privilégio, sendo de responsabilidade de todos a busca pela efetividade destas e de outras garantias humanistas.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: conceito, objetivo e diferença. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, v. 8, n. 78, p. 22-31, maio 2019. Disponivel em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/159430/2019_rev_trt09_v0008_n0078.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Democracia, Direitos Humanos e Relações Internacionais**. João Pessoa: Editora UFPB, 2013.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo:** Saraiva, 2016.

MAZUOLLI, Valério. **Curso de Direitos Humanos**. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. **São Paulo:** Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. **São Paulo:** Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2015.

A COLONIZAÇÃO SOCIAL E A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFLEXÕES SOBRE A CIDADANIA NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

Ana Lívia Pereira[4]
Túlio Almeida Rocha Pires[5]

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por intuito debater a seguinte problemática: de que maneira a política de subjetivação colonial-capitalista impede um desenrolar ético do humano em sua participação na sociedade? Analisando uma política de subjetivação, em outras palavras, focalizando o debate acerca do modo pelo qual o sujeito se constitui e, sobretudo, forma sua visão de mundo enquanto vivente em uma sociedade, é oferecida uma proposta de intervenção voltada para a educação em direitos humanos, como maneira de possibilitar ao indivíduo o que Paulo Freire (1987) chamou de a ontológica vocação de *ser mais*.

---

4 Discente do Programa de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

5 Jurista, bacharel em Direito (PUC Minas), Discente do Programa de Formação em Psicanálise Clínica do Instituto Brasileiro de Psicanálise Clínica.

O trabalho em tela foi desenvolvido por meio de uma sistemática revisão da bibliografia referente aos direitos humanos e fundamentais, educação e política da educação, em especial, dos estudos esquizoanalíticos de Suely Rolnik (2019) na obra *Esferas da Inssureição,* o que conferiu todo o ritmo no qual o tema foi abordado. Direcionou-se a atenção no sujeito enquanto constituinte de relações políticas e capaz de articular sua condição de sujeito de direitos de modo a promover a efetividade (e ampliação) de seus direitos enquanto torna-se um ser intelectualmente emancipado, descolonizado.

O texto conta com um forte viés jus-humanitário, considerando, portanto, as implicações histórias constituintes mesmas dos direitos humanos e fundamentais no intuito de proteger o indivíduo da arbitrariedade do próprio Estado, obrigando juridicamente que as instituições respeitem a individualidade humana enquanto participante da natureza, dotada de dignidade. Assim sendo, o desenvolvimento da reflexão aqui contida encontra suporte também nos postulados de Jean-Jacque Russeau (2006), considerando uma concepção de pacto ou acordo social instituída em diplomas normativos como a Constituição da República de 1988.

Refletindo aqui sobre um pacto que se inscreve nas bases do Estado democrático de direito moderno, destituído de estamentos postos em razão da ocupação de cada grupo na sociedade, de seu trabalho, de sua posição dentro das estruturas clericais e de poder para com o governante, este Estado contemporâneo, tal como constitucionalmente determinado, propõe uma isonomia para com o exercício dos direitos e aplicação da lei, o que revela uma crise quando esta realidade teórica é confrontada com a materialidade das relações sociais.

Ao final, é possível compreender a importância de uma emancipação intelectual do sujeito contemporâneo, de modo a perceber a si próprio como existente em um contexto social, político, econômico, pois só assim, entendendo minimamente a estrutura da qual faz parte, poderá interferir nas relações de poder no lugar de ser apanhado sem mesmo entender o que acontece consigo na teia relacional, já que se encontra espoliado de direitos fundamentais mínimos como saúde, alimentação, educação, trabalho digno, e assim por diante.

1. A POLÍTICA DE SUBJETIVAÇÃO COLONIALISTA: UM FATOR IMPEDITIVO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO E SUA DIGNIDADE

Enquanto análise das relações de poder em um contexto democrático, a política é observada de modo a entender que toda a relação constituída entre pessoas se consubstancia em uma relação de poder, assim configurando um vínculo político. A partir disso, importa pensar a forma como o humano emerge socialmente e se identifica, ou não, como um sujeito de direitos sob os auspícios de um Estado que declara e garante formalmente ao indivíduo garantias fundamentais à sua experiência existencial enquanto vivente, como ser dotado de razão e crítica, na qualidade de quem aspira a liberdade e a dignidade.

A democracia emerge como uma forma de governo que se estabelece, além da representatividade exercida pelo povo mediante o voto, pela instituição de direitos àqueles que estão sob o pacto social fundante de determinado Estado. Norberto Bobbio considera que existe o estabelecimento de uma igualdade de direitos dentro deste espaço que se pretenda democrático (BOBBIO, 2017). Nesse sentido, a consideração de que eventual desigualdade imposta pela contingência natural das constituições biológicas sobre o indivíduo, pelo contexto social, geográfico, entre outros modos de diferenciação das maneiras como a pessoa humana se forja na natureza, são colocados à parte, igualmente respeitados como componentes da mesma família humana.

Diante disso, os indivíduos passam, então, a ser considerados como iguais diante de um pacto social que declara e institui direitos fundamentais que proporcionem condições para que as vidas se desenvolvam de maneira digna e possam conviver dentro de um contexto democrático que contemple a diversidade humana em sua igualdade de direitos perante a lei. Com efeito, teorizando neste sentido, Bobbio diz que:

> [...] a igualdade nos direitos compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles direitos e, somente aqueles, que devem ser usufruídos por todos os cidadãos

> sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça etc. (BOBBIO, 2017, p. 67).

Tal concepção se inscreve nas bases do Estado democrático de direito moderno, destituído de estamentos postos em razão da ocupação de cada grupo na sociedade, de seu trabalho, de sua posição dentro das estruturas clericais e de poder para com o governante, este Estado propõe uma isonomia para com o exercício dos direitos e aplicação da lei. Nesse aspecto, Rousseau (2017) teoriza no sentido de que essa espécie de acordo que normatiza direitos e garantias em um instrumento jurídico posto, uma espécie de contrato social fundante, condiz com um povo que renuncia à luta por poder individual para, então, dar lugar a um corpo moral coletivo.

O mencionado autor diz, *in verbis*, que "as leis não são propriamente senão as condições da associação civil" (ROLNIK, 2017, p.48). A medida em que tal grupo estabelece diretrizes em um diploma normativo, caminhar no sentido de sua efetivação significa concretizar a vontade de um povo e respeitá-la e, que seja no sentido da proteção do indivíduo humano na sua hipossuficiência diante de tal corpo social, assim como o texto constitucional brasileiro baseia-se, sobretudo, em ideais garantistas jus-humanistas.

Nesta senda, considerando um ponto de vista constitucional no Brasil, o cumprimento dos desígnios determinantes de um pacto fundador, como a busca pela redução das desigualdades sociais, pela erradicação da pobreza e da marginalização, por exemplo, significa, entre outras coisas, respeitar a renúncia individual dos integrantes da sociedade, respeitar o pacto firmado pela coletividade no intuído de promover a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente normatizados. Enquanto opere no cenário social um modo de subjetivação do indivíduo que o reduza sua percepção como sujeito, limitado por uma explicação narrativa da sociedade sem criticá-la, mais facilmente se manterá tal como se encontra, dominado pelas estruturas de poder e sem articulação política no intuito de: a) perceber-se como existente em um espaço democrático; b) conscientizar-se de seus direitos enquanto sujeito com prerrogativas fundamentais; e c) estabelecer formas de exercício de direitos como sujeito merecedor de dignidade e respeitabilidade na sua participação da natureza.

É importante relembrar aqui parte do que foi teorizado por Francisco Gutiérrez na obra *Educação como práxis política,* na qual ele dispõe a ideia de que "a escola não é, portanto, um apêndice inocente e neutro do aparelho estatal. Pedagogia e política são partes constitutivas de um todo" (GUTIÉRREZ, 1988). Assinalando a importância da educação em termos nos quais se propõe na presente pesquisa. Nesse sentido, ainda diz o autor mencionado em epígrafe:

> Primeiramente os educadores têm que tomar consciência de que seu trabalho é uma das formas de politização mais efetiva. Por outro lado, essa conscientização não é, nem pode ser, fruto do espontaneísmo ou do voluntarismo, mas consequência da organização e participação políticas, que são pré-requisitos tanto da elaboração como da execução de um projeto alternativo (GUTIÉRREZ, 1988).

Nessa conjectura, pensar a (in)efetividade dos direitos fundamentais no Brasil implica pensar o modo de subjetivação do indivíduo enquanto pertencente a um contexto histórico-político-social e em sua posição enquanto integrante de uma teia relacional onde são postos diversos interesses, sobretudo no interior da luta de classes, na luta hegemônica sobre a narrativa macropolítica dominante e, se a tal indivíduo são dadas ferramentas de interpretação de um mundo que o permita refletir criticamente acerca da sua própria realidade.

A política de subjetivação colonial, chamada por Suely Rolnik (2019) de *inconsciente colonial*, ou *inconsciente colonial-capitalístico*, impede a subjetividade de ativar sua força criativa para alterar a cartografia das relações de poder como estão estabelecidas. Para além de uma colonização do território, da terra, o povo brasileiro se encontra diante de uma colonização intelectual, onde a própria força vital cognitivo/sensorial do organismo é impedida de apreender novas maneiras de se relacionar com as forças, educada à memorização mecânica de conteúdos narrados, automatizada. Veja o que diz Rolnik (2019) no que concerne ao modo de subjetivação aqui observado:

> Esse modo de apreensão do mundo nos é familiar por princípio, porque é marcado pelos hábitos culturais que nos conduzem no

> cotidiano. No entanto, nas sociedades ocidentais e ocidentalizadas, sob o poder do regime colonial-capitalístico, a função que tal capacidade desempenha ganha um poder desmesurado. É que na política de subjetivação dominante nesses contextos tendemos a nos restringir à experiência enquanto sujeitos e a desconhecer que se esta é sem dúvida indispensável por viabilizar a gestão do cotidiano, a sociabilidade e a comunicação –, ela não é a única a conduzir nossa existência; várias outras vias de apreensão de um mundo operam simultaneamente. Tal redução é precisamente um dos aspectos medulares do modo de subjetivação sob domínio do inconsciente colonial-capitalístico (ROLNIK, 2019, p. 52).

É possível perceber que o direito constitucional à educação, e seu poder de emancipação intelectual, de apreensão dos saberes científicos, filosóficos, produzidos pela humanidade, não pode, por sua vez, se encontrar dissociado de seu destino ético ao produzir uma espécie de capitalismo cognitivo. Assim, como ensina Freire (1987), o direito educacional não pode minimamente estabelecer uma relação de narrativa e memorização, massificando as maneiras de apreender e interpretar a realidade, uma vez que são múltiplas as maneiras de se relacionar com a natureza, sendo inconcebível promover a padronização ou homogeneização das culturas e das formas de ver o mundo.

2. REFLEXOS COLONIAIS SOBRE A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO DE DIREITOS CONTEMPORÂNEO: UMA OLHAR JUS-HUMANISTA SOBRE A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

A educação é um direito constitucional, elencado como um dos direitos sociais previstos no rol normatizado pelo artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). Seu poder de ativar as capacidades humanas e estabelecer condições para o que Paulo Freire nomeou como sua ontológica vocação de *Ser mais* (FREIRE, 1987) passa pelo acesso à educação de qualidade, sobretudo, por uma educação libertadora.

Dissociados de seu destino ético, os tradicionais modos narrativos e monológicos de educação estabelecem uma hierarquização nas relações

entre as pessoas, o que fortalece uma dinâmica de mando e obediência sem crítica na qual o modo de apreensão da realidade do educando é subjugado pela exigência de uma memorização de um conteúdo narrado, sem consideração a respeito de suas implicações no interior das disputas dos interesses de poder e suas correlações para com seu cotidiano (FREIRE, 1987).

Assim como advoga Carlos Roberto Jamil Cury, a gênese da sistemática educacional no Brasil, enquanto terra colonizada, pautou-se para muitos grupos de maneira em que "bastava a doutrinação ou a catequese" (CURY, 2014, p. 22), repercutindo seus efeitos na atualidade, consoante ao que Darcy Ribeiro teorizou como a "empresa escravista" (RIBEIRO, 2015, p. 90) na formação brasileira, atuando como uma engrenagem de reconstrução coercitiva do indivíduo nos moldes nos moldes ditados pela classe dominante. Seguiu um fluxo de desfazimento de sua cultura, de sua cosmovisão, de sua constituição enquanto sujeito para ser reduzido a coisa, uma "prática desumanizadora de eficácia incomparável" (RIBEIRO, 2015, p. 89).

Pensar a efetividade dos direitos fundamentais na eficácia da educação em seu poder ativador da razão humana na sua busca pela felicidade implica, necessariamente, fornecer elementos para aqueles que não possuem seus direitos efetivados: a) se conscientizarem da titularidade de tais direitos e da liberdade para lutar por outros, reconhecendo-se como existentes em uma realidade de ausência dos direitos; b) promover o conhecimento das vias de exercício dos direitos sob a égide de uma ativa práxis da cidadania. Paulo Freire preleciona por esse ângulo ao dizer, *in verbis*:

> Enquanto a violência dos opressores faz dos oprimidos homens proibidos de ser, a resposta destes à violência daqueles se encontra infundida no anseio de busca pelo direito de ser. Os opressores, violentando e proibindo que os outros sejam, não podem igualmente ser; os oprimidos, lutando por ser, ao retirar-lhes o poder de oprimir e de esmagar, lhes restauram a humanidade que haviam perdido no uso da opressão. Por isto é que, somente os oprimidos, libertando-se, podem libertar os opressores. Estes, enquanto classe que oprime, nem libertam, nem se libertam (FREIRE, 1987, p. 24).

Assim, é factível a subordinação a uma relação de mando e obediência, miséria e opulência, dos pobres, monetariamente despossuídos e despojados da articulação política pela inclusão social e promoção de outras vias de efetivação de direitos. O cenário brasileiro demonstra uma taxa de desocupação em 14,4%, conforme mais recente Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2020), além de 10,3 milhões de pessoas vivendo em domicílios marcados pela insegurança alimentar forte, conforme a última Pesquisa de Orçamentos Familiares do IBGE (2020).

Diante disso, tolhidos pela repetitiva subordinação nas relações políticas, historicamente vilipendiados de seus direitos fundamentais, da sua liberdade intelectual, ensinados a memorização da narrativa proposta pelo educador sem ponderação crítica, estão prontos para obedecer aos interesses daqueles que assim os querem impedidos de refletir sobre sua condição enquanto trabalhadores despossuídos da propriedade privada dos meios de produção e de maneiras de fabricar mais valia com o trabalho alheio, encontram-se na dinâmica da produção de um capital que dele só aproveitarão de um mínimo possível, de um salário-mínimo (e para milhões de brasileiros, nem isso). Nesse sentido, Marx preleciona o seguinte:

> [...] é preciso que o possuidor dessa força desprovido de meios de produção tais como matérias primas, ferramentas etc., que lhe permitam satisfazer suas necessidades, vendendo mercadorias, produtos de seu trabalho, seja obrigado a vender sua força de trabalho como mercadoria, por não ter outra que vender, nem de que viver fora disso[...]. O preço da força de trabalho alcança o seu mínimo quando se reduz ao valor dos meios de subsistência que não poderiam diminuir-se sem expor a própria vida do trabalhador; nesse caso, o trabalhador não faz mais que vegetar. Portanto, como o valor da força de trabalho está baseado nas condições de uma existência normal, o seu preço é, então, inferior ao seu valor (MARX, 2008, p. 84-85).

Limitados a vender unicamente sua própria força de trabalho, seu tempo de vida, sem máquinas ou funcionários que exerçam a função laborativa para si, continuam ensimesmados na repetição histórica de sua condição de

subordinados, conquistando alguma instituição de direitos trabalhistas ou outra garantia jurídica humanitária através de séculos de lutas sociais. Assim, a condição de respeitabilidade em sua humanidade é reduzida a mera "parte do negócio", sobreposta por maquinário automatizado (que em essência não necessita de direitos ou garantias jus-humanistas) sem nenhuma consideração para com a sustentação da dignidade do indivíduo dentro dos modos de produção de riqueza vigentes, alavancando o *status quo* da ineficácia dos direitos fundamentais, perpetuando sua condição intelectual e monetariamente hipossuficiente até a contemporaneidade.

Tornando a fazer a devida referência aos postulados teóricos esquizoanalíticos de Suely Rolnik (2019), é necessário aliar, por exemplo, a educação em direitos humanos no caminho da promoção de uma diferenciação diante de uma sistemática historicamente reiterada na trama social. Como forma de emancipar a intelectualidade de sua conformação limitada àquilo que é narrado pelo educador, como propõe, por exemplo, os postulados de Paulo Freire (1987) em sua *Pedagogia do oprimido,* significa oportunizar uma crítica da realidade, uma crítica de si mesmo, e o reconhecimento individual de si como vivente e existente no interior de um contexto histórico, político, social e econômico. Possibilita, além de tudo e, fundamentalmente, a compreensão subjetiva das relações de exploração do tempo de vida da classe trabalhadora, e de uma ensimesmada capacidade de reproduzir a mesma dinâmica marcada nas relações de opressão e submissão, miséria e opulência, mando e obediência, que subjugam os despossuídos da propriedade privada dos meios de produção à uma escravidão moderna em que recebem o mínimo, um salário mínimo (ou nem isso), para que mantenham essencialmente a capacidade de viver, uma vez que mortos não podem ser postos à implicação sistemática da exploração contínua de seus corpos.

Nos postulados de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010), é possível interpretar a proposta de intervenção jus-humanista como aquela que promove uma diferenciação no interior do processo de repetição das estruturas sociais com base nos princípios de direitos humanos e fundamentais, em especial aqueles desenvolvidos em sede de uma educação em direitos humanos, de modo que o educando e, a construção subjetiva do educando, seja pautada nos princípios fraternais e libertários propostos pelos direitos humanos.

Finalizando, é possível compreender que as noções e conceitos de direitos humanos como suas ideias fundadoras de liberdade, igualdade e fraternidade, assim como os princípios ligados às liberdades individuais e garantias fundamentais à dignidade da pessoa humana, tenham a capacidade de libertar a subjetividade das deletérias estruturas históricas que reiteram uma disposição social baseada em medo e opressão, ordem e obediência sem senso crítico, miséria e opulência e assim sucessivamente.

3. CONCLUSÃO

No decorrer deste texto, é possível interpretar a análise conjuntural da inefetividade dos direitos fundamentais no Brasil de maneira histórica. Assim sendo, a atenta leitura garante uma visão panorâmica do deslinde cronológico da sistemática exploratória desde a gênese do país em questão enquanto nação colonizada e civilizada de maneira europeia. Nesses termos, a unidade complexa dos recursos naturais, recursos humanos, e da logística capitalística pautada pela produção de lucro, consubstanciam-se historicamente como uma engrenagem que destitui o humano de seu lugar de dignidade.

Os postulados esquizoanalíticos de Suely Rolnik (2019) permitem compreender o funcionamento de um inconsciente colonial constituído de camadas diversas na plataforma subjetiva individual, de modo a promover uma reiteração de comportamentos empiricamente verificáveis, seja na conservação das relações de mando e obediência, miséria e riqueza extremas, assim como na inefetividade reiterada dos direitos e garantias fundamentais. Tal contexto só poderá ser dissolvido com a prática de uma educação libertadora, que permite ao intelecto o questionamento da realidade do mundo e de si mesmo, que perceba assim a constituição política social das relações de poder entre as pessoas como algo a ser interferido, de modo a poder lutar pelos seus interesses próprios e de seus povos historicamente subjugados.

A educação em direitos humanos estabelece uma relação de empatia para com a dignidade da pessoa humana. Conforme o acordo social estabelecido em um diploma normativo como na Constituição Federal de 1988 que determina as diretrizes gerais do estado brasileiro, é necessário pugnar pelo cumprimento de seus desígnios, sobretudo daqueles que versam sobre

a efetividade dos direitos e garantias fundamentais dos povos que aqui vivem e que são dotados de dignidade legalmente instituída. Isso tudo de modo que o conteúdo que compõe tal diploma legal não se transforme em letras mortes que um dia fizeram parte de um movimento social.

A exemplo do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) que institui direitos e garantias fundamentais á pessoa humana, assim como o artigo seguinte, que determina um rol de direitos sociais como educação, alimentação, e assim por diante, é de suma importância que a subjetividade contemporânea se reconheça como merecedora de tais condições e, a partir disso, viva políticamente de modo a defender seus interesses. Do contrário, estará subjugada à repetição historicamente reiterada, estará condenada a repetir uma cena conhecida e trágica à todo deslinde humanista, será engalfinhado pela teia relacional colonial-capitalista que o apanhará como corpo servil a uma estrutura que não compreende, não interfere, não questiona, mas que a ela integra e se torna homogêneo para com ela, explorado até que seja considerado obsoleto, substituído e descartado da engrenagem composta para a geração de lucro, ao invés da geração de fraternidade e dignidade para a pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **10,3 milhões de pessoas moram em domicílios com insegurança alimentar grave**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 17/09/2020, Brasil. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28903-10-3-milhoes-de-pessoas-moram--em-domicilios-com-inseguranca-alimentar-grave. Acesso em: 15 out. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Edipro: São Paulo, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1,

Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos**: edição especial. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17ªed. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1987.

GUTIÉRREZ, Francisco. **Educação como práxis política.** São Paulo: Summus, 1988.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa por Amostra de Domicílios Contínua PNAD Contínua**. IBGE, Brasil, 30 out. 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3086/pnacm_2020_ago.pdf. Acesso em: 17 nov. 2020.

MARX, Karl. **O capital**. 3ªed. Edipro: Bauru-SP, 2008.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 3ªed. Global: São Paulo, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Escala Educacional: São Paulo, 2006.

DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, A DROMOLOGIA, O PROCESSO-PENAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL

José Bruno Martins Leão[6]

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea clama por celeridade em variadas dimensões da vida cotidiana, a começar pelas extensas reuniões de trabalho, passando pelas relações familiares, chegando-se ao ponto em que essa exigência frenética por velocidade alcança até mesmo determinados setores de atuação do próprio Estado, enquanto ente responsável pela prestação efetiva e/ou potencial de serviços públicos adequados. Todavia, essa suposta "necessidade" por uma vida mais célere deve ser devidamente equacionada, considerando-se, por sinal, a natureza de cada aspecto prático so-

6 Advogado; bacharel em Direito; licenciado em Filosofia e Letras (UNIPAR); especialista em Análise Criminal, Ciência Política, Criminologia, Direito Penal e Processual Penal, Docência Jurídica, Gestão em Segurança Pública e Psicologia Forense e Jurídica; mestrando em Direito (UNIPAR).

bre o qual se exige que recaia a tal – pretensamente imperiosa – mudança de paradigma.

Essa nova dinâmica de convívio e de percepção de mundo também é analisada pela doutrina jurídica, embora se reconheça a necessidade de estudos mais detidos e aprofundados. De qualquer forma, percebe-se que os valores comumente compartilhados pela sociedade contemporânea também se estendem a outras esferas de análise científica, especialmente no campo da investigação sociológica, que, não por coincidência, dialogam estreitamente com certas vertentes do conhecimento técnico-jurídico. Por essa razão, deve-se ter ciência de que "Vivemos numa sociedade acelerada. A dinâmica contemporânea é impressionante e [...] também está regendo toda nossa vida" (LOPES JR, 2016, p. 51).

A própria concepção de tempo, bem como a maneira como o ser humano contemporâneo e as instituições a concebem, ganha novos contornos quando observada a partir de diferentes óticas científicas. Assim, verifica-se que a noção de velocidade perpassa uma série de contextos da vida social, como, por exemplo, o mercado financeiro, o sistema global de comunicação em massa, e, por evidente, o Direito, mais especificamente, a ciência processual, ainda que abarcada por áreas jurídicas cientificamente autônomas (cível e criminal), cujos objetos de estudo se diferenciam em essência, porém, conservam íntima ligação com a noção de tempo na sociedade atual, que se (re)estrutura com acentuado dinamismo e ágil complexidade. Justifica-se, via de consequência, alocar toda a discussão do presente trabalho no campo da Dromologia (do grego dromos = velocidade), pois, segundo Virílio (apud LOPES JR, 2016, p. 51), "a velocidade é a alavanca do mundo moderno".

Não sem razão, tem-se o momento oportuno para se discutir o princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), principalmente sob o enfoque das relações existentes entre a concepção relativa de tempo aplicada no campo do Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil. Em ambos os campos jurídicos, o tempo exerce papel fundamental na constatação da efetividade da prestação da denominada tutela jurisdicional, que, caso não concedida a tempo, inevitavelmente lança sobre a sociedade contemporânea, cada vez mais tendente ao estímulo à celeridade no desenvolvimento da vida, um sentimento de ineficiência

da atuação estatal, que, por consequência, propaga o retardo da tarefa da concretização do ideal de justiça.

Logo, percebe-se a importância de um pesquisa, baseada em especializada revisão bibliográfica, a fim de trazer à luz algumas importantes reflexões sobre a influência da análise social do tempo e sua respectiva e necessária influência na compreensão do princípio da duração razoável do processo, um dos fundamentos do Estado garantista e do instituto do processo constitucional, bem identificar determinadas facetas da realidade processual brasileira, tanto na seara cível quanto na criminal, apresentando, para tanto, as consequências práticas de um caso concreto (Damião Ximenes Lopes *versus* Estado brasileiro) e as correlatas sugestões doutrinárias acerca da realidade processual que se apresenta no cotidiano do Poder Judiciário pátrio.

1. DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO *VERSUS* (DE)MORA DA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, preceitua, em seu art. 5º, inc. LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o princípio da duração razoável do processo, segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Tal enunciado se aplica à ciência processual de forma geral, ou seja, abrange tanto o processo penal quanto o processo civil. A propósito, o Código de Processo Civil (CPC) registra ideia correspondente àquela constante no Texto Magno, na medida em que estabelece a seguinte redação em seus arts. 4º e 6º, respectivamente: "As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa", bem como "Todos os sujeitos do processo deve cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Aliás, tais lições processuais também fundamentam o princípio da primazia do julgamento do mérito na mesma conjuntura não criminal.

Nesse contexto, sabe-se que o Estado, ente detentor de poder soberano, é responsável pelo exercício contínuo de funções típicas e atípicas, de

acordo com as dimensões da teoria da separação dos poderes instituídos, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste momento, enfoca-se numa análise voltada ao Poder Judiciário, principal responsável pela aplicação da lei aos casos concretos levados cotidianamente à sua cognição, a fim de que apresente a solução legal mais adequada, e, na presença de litígio, substitua a vontade das partes pelo conteúdo de seu imperioso *"decisum"*. Ademais, a atividade da jurisdição (dizer o Direito no caso concreto) é cercada por uma série de orientações legais e de princípios, dentre os quais está o princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Todavia, a partir da experiência facilmente obtida no cotidiano do Poder Judiciário brasileiro, também é sabido que, na prática, uma das não raras realidades enfrentadas pelos operadores do Direito é a dilação, a morosidade, o atraso na efetiva entrega da atuação jurisdicional pretendida pelas partes, ainda que em primeiro grau de jurisdição.

Esse fenômeno de processos que se estendem por anos a fio sem pronunciamento judicial de natureza decisória e definitiva já é objeto de algumas observações doutrinárias, especialmente no sentido de elencar possíveis justificativas para tal problema forense, tais como, quantidade excessiva de demandas, quadro funcional insuficiente, desatualização dos aparatos tecnológicos forenses, etc. Entretanto, neste momento, enfoca-se na perspectiva da aplicação do referido princípio no âmbito do processo penal e civil, a fim de apontar alguns meandros particularizados de cada uma dessas áreas da processualística contemporânea, particularmente diante da atual estrutura jurídico-social, que passa por sucessivos e gradativos eventos que contribuem para a evolução cívica e institucional. Porém, é fundamental compreender ao menos um recorte da realidade judiciária que embasa toda essa discussão, a saber, o famoso caso do senhor Damião Ximenes Lopes, a seguir detalhado nos aspectos fáticos e jurídicos consequenciais.

1.1. CASO DAMIÃO XIMENES LOPES *VERSUS* RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A celeridade da tramitação dos processos no sistema judiciário brasileiro não é uma realidade frequentemente constatada, o que, por inevitável, levanta uma série de questionamentos por parte da doutrina especiali-

zada, em especial no que toca aos critérios considerados na prática forense para que se possa dizer em que medida determinados processos efetivamente são conduzidos, de modo a serem finalizados após um transcurso razoável de tempo e de recursos despendidos, o que traz à tona a realidade da (de)mora na prestação da tutela jurisdicional, ou seja, uma perceptível mora (atraso indevido) na atividade de aplicação do direito vigente a casos concretos levados à cognição do órgão judicante.

Por tal razão, "[é] natural que a excessiva demora gere um sentimento de frustração em todos os que trabalham com o processo civil, fazendo com que o valor celeridade tenha atualmente posição de destaque" (NEVES, 2017, p. 203). Dessa forma, tratando-se do desalento gerado pela não rara lentidão na entrega da tutela jurisdicional, deve-se rememorar o caso do senhor Damião Ximenes Lopes, que, segundo Lopes Jr (2019), por apresentar um histórico de doença mental, teve uma crise psicológica e, no dia 1º de outubro de 1.999, fora internado na Casa de Repouso de Guararapes (município de Sobral, Estado do Ceará), a qual, à época, mantinha leitos para atender pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Segundo Lopes Jr (2019), no dia 3 de outubro do citado ano, o internado aparentemente teve nova crise de agressividade e teria entrano num dos banheiros da clínica, do qual se recusara a sair. Ante tal situação, a vítima fora espancada e sedada com Haldol e Fenargan. No dia seguinte, 4, às 9h, sua mãe fora visitá-lo e o encontrou sangrando, com múltiplas lesões e hematomas, sujo de fezes e com as mãos amarradas nas costas, apresentando, inclusive, evidente dificuldade para respirar. E, naquele mesmo dia, às 11h30, o senhor Damião Ximenes Lopes faleceu. Ocorre que, no caso em tela,

> Incrivelmente, **até o dia 4 de julho de 2006**, quando o Brasil foi condenado na Corte Interamericana, não havia sequer sentença de primeiro grau na esfera penal. **No cível, a ação de indenização ajuizada pela família da vítima em 1999 também não havia sido sentenciada**. (LOPES JR, 2019, n.p., grifo nosso).

Lopes Jr (2019) rememora o fato de que, à época, a irmã da vítima, em razão da ineficácia do sistema de justiça brasileiro, apresentou uma petição na Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil,

por meio de uma ONG (*Centro por la Justicia Global*). Tramitado o feito na aludida Comissão (etapa prévia ao processo na Corte), ao Brasil foram solicitadas informações sobre o esgotamento, ou não, dos recursos e demais vias judiciárias domésticas. O pedido fora simplesmente ignorado pelo Estado brasileiro, que também não se manifestou após a utilização de instrumentos destinados à solução amistosa da celeuma.

A Comissão, por fim, como bem consigna Lopes Jr (2019), entendeu que houvera a violação dos arts. 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade física), 8º (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial), todos da Convenção Americana de Direitos Humanos, igualmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica). Então, a Comissão, frente a tais violações, recomendou ao Brasil uma série de medidas e fixara o prazo de 2 meses para que o país informasse sobre a implementação/execução dessas mesmas medidas. O Estado brasileiro se manifestou e postulou a prorrogação do prazo concedido, e, posteriormente, contestou, mas de forma intempestiva. O caso, pois, repercutiu de tal forma que

> Diante das graves violações praticadas e a inércia do País, em 30 de setembro de 2004, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana e, no dia 6 de julho de 2006, o País foi condenado por violação do direito à vida, integridade física e **negação de jurisdição pela demora (violação do direito de ser julgado no prazo razoável)**. (LOPES JR, 2019, n.p. - grifo nosso).

De acordo com Lopes Jr (2019), a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que houve, de fato, uma considerável demora na prestação das tutelas cíveis e penais. E, para chegar a tal conclusão, analisou três elementos valorativos ante o caso concreto, a saber: a complexidade do caso, a atuação do Estado e a atuação processual dos interessados. Frise-se que tais critérios "[...] têm sido sistematicamente invocados, tanto pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), como também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos" (LOPES JR, 2019, n. p).

A menção expressa ao caso Ximenes Lopes fora importante para evidenciar o fato de que, em determinadas demandas judiciais, a demora estatal na prestação da tutela jurisdicional escancaradamente ultrapassa

os implícitos limites impostos pela noção clássica da razoabilidade, sendo que tal constatação encontra amparo no cotejo dos três elementos básicos acima referidos. Todavia, num contexto mais local do Poder Judicário brasileiro, pode-se averiguar a presença de outras circunstâncias forenses responsáveis pela demora, ou não, no processamento e julgamento de lides semelhantes, o que pode fazer com que o caso citado não se configura uma situação excepcional no histórico da atividade judiciária nacional. De todo modo, apresentado esse fato verídico, urge tecer pontuais considerações acerca da repercussão que o princípio da duração do processo pode assumir em cada um dos dois pilares processuais brasileiro, o processo penal e o processo civil.

1.1.1. O ROMPIMENTO DO PARADIGMA NEWTONIANO ACERCA DO TEMPO E SUAS IMPLICAÇÕES NOS ÂMBITOS PENAL (PROCESSO-PENA) E CIVIL

Segundo Lopes Jr (2019), para Newton, o universo era previsível, autômato e adequadamente representado pela figura de um relógio, retratando a ideia do tempo absoluto, universal e igual para todos e em todos os lugares. De acordo com o autor, essa percepção newtoniana retrata o tempo como um fenômeno linear, baseado numa visão estritamente determinista (tempo objetivo). No entanto, essa abordagem fora completamente revista a partir da elaboração da Teoria da Relatividade, com a qual Einstein apresenta o tempo como algo relativo e perfeitamente variável, de acordo com a perspectiva do observador (tempo subjetivo). Por evidente, essa noção inovadora de tempo também se aplica ao Direito vigente numa sociedade apreciadora do presenteísmo/imediatismo. Nessa linha, Ost (apud LOPES JR, 2016, p. 53-54) aduz que "[...] passamos dos 'relógios às nuvens', no sentido de que não estamos mais vivendo um modelo mecânico (relógio), linear e previsível de uma legislação piramidal, senão o modelo das 'nuvens', interativo, recursivo e incerto [...]".

Nota-se, pois, de acordo com Lopes Jr (2016, p. 53), ante o atual dilema da sociedade acelerada, com propósitos eminentemente imediatistas e imersa na dinâmica e velocíssima era digital (também denominada era da informação), que as reflexões sobre diferentes perspectivas acerca do tempo implicam na constatação jurídica e social de dois tempos diferentes, a

saber, o tempo do direito (inerente à velocidade do processo) e o tempo da sociedade, ambos desvinculados, sendo que "[...] o Direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz" (LOPES JR, 2016, p. 53).

Chega-se, com isso, a um grande paradoxo estabelecido: "a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição" (LOPES JR, 2016, p. 53). Nessa esteira, consoante magistério de Lopes Jr (2019, n.p), no que toca ao Direito Penal, o tempo é um dos elementos fundantes da estrutura criminal, visto que tanto pode criar o Direito (punição, castigo) quanto pode igualmente matá-lo (prescrição), do que se extrai a equação segundo a qual a pena é tempo e o tempo é pena; porém, o único tempo objetivamente reconhecido pelo Direito ainda é o tempo do relógio e do calendário. Segundo Lopes Jr (2019, n.p), aporta-se numa discussão penal que envolve o choque existente entre o tempo absoluto do direito (tempo objetivo do relógio e do calendário) e o tempo subjetivo do réu, em especial no que diz respeito ao direito de ser julgado num prazo razoável (diretriz constitucional) e à (de)mora judicial no contexto da persecução penal, potencialmente violadora do citado preceito integrante da Carta da República/1988.

Na conjuntura do processo penal, "[...] quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. [...] pois o processo em si mesmo é uma pena (LOPES JR, 2019, n.p). Além disso, "[...] a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia" (LOPES JR, 2019, n.p). Por isso, deve-se reconhecer que "O caráter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal, e não apenas na questão espacial de estar intramuros", uma vez que "[...] o processo penal encerra uma pena em si" (LOPES JR, 2019, n.p).

No raciocínio de Lopes Jr (2019), a tão somente dilação indevida/atempestiva do processo, pois, do ponto de vista do tempo subjetivo do réu, pode ser concebida como a transformação do processo em pena prévia à sentença, seja por meio da estigmatização, da angústia prolongada, da restrição de bens, ou até mesmo através da aplicação antecipada de penas

privativas de liberdade (prisões cautelares), mormente porque o custo da pena-processo não é apenas econômico, mas social e psicológico.

Ainda de acordo com Lopes Jr (2019), esse prolongamento excessivo do processo acarreta em prejuízos à presunção de inocência, uma vez que fragiliza a versão defensiva apresentada pelo acusado, aumentando, por consequência, o processo de estigmatização. E, por motivos não tão diferentes, a ampla defesa e o contraditório também se esvanecem ante a morosidade do sistema de justiça, haja vista o sobrecusto que recai sobre o acusado e a dificuldade em manter a resistência processual por tempo indevidamente prolongado.

Diante disso, seria adequado falar-se em uma

> [...] ***nova pena processual*, decorrente desse atraso, na qual o tempo desempenha uma função punitiva no processo**. **É a demora excessiva que pune pelo sofrimento decorrente da angústia prolongada, do desgaste psicológico** (o processo como gerador de depressão exógena), do empobrecimento do réu, enfim, por toda uma estigmatização social e jurídica gerada pelo simples fato de estar sendo processado. (LOPES JR, 2016, p. 61 - grifo nosso).

Lopes Jr (2019) lembra que, no Brasil, não existe limite algum para a duração do processo penal, o que é diferente de prescrição. Ademais, para o citado autor, há ainda duas grandes lacunas no ordenamento processual penal, quais sejam: i) a inexistência de prazo máximo de duração do processo (até a sentença de primeiro grau e, depois, até o trânsito em julgado; e ii) também inexiste sanção processual a ser imposta em caso de violação de prazo fixado em lei. Logo, "[...] estamos diante de prazo sem sanção, o que conduz à ineficácia do direito fundamental" (LOPES JR, 2019, n. p).

Uma solução apresentada pelo exímio doutrinador Lopes Jr (2019) é "[...] necessidade de um referencial normativo claro da duração máxima do processo penal e das prisões cautelares, bem como das 'soluções' adotadas em caso de violação desses limites". Um exemplo bastante didático dessa proposta pode ser vislumbrado no Código de Processo Penal do Paraguai, pois

> Segundo o art. 136 do CPP paraguaio, o prazo máximo de duração do processo penal será de 4 anos, após o qual o juiz o declarará extinto (adoção de uma solução processual extintiva). Também fixa um limite para a fase pré-processual (art. 139) (a investigação preliminar), que, uma vez superado, impedirá o futuro exercício da ação penal pela perda do poder de proceder contra alguém (*ius ut procedatur*). (LOPES JR, 2019, n. p).

Todavia, há de ser levada em conta outra perspectiva inerente a esse debate processual e de reflexo constitucional, que, inclusive, dialoga harmoniosamente com a realidade do processo civil, a saber: "[...] a almejada celeridade processual não pode ser levada a extremos" (DONIZETTI, 2019, n. p). Isso porque

> O processo [...] pressupõe uma série de atos e procedimentos (contraditório, ampla defesa, produção de provas, recursos), diligências que inevitavelmente impedem a rápida solução do litígio, mas que, mesmo assim, hão de ser observadas. A celeridade não tem valor absoluto e deve ser estudada e aplicada sempre em conjunto com os demais preceitos que regem o processo. Por outro lado, é importante ressaltar que, em plena era de busca de eficácia dos direitos fundamentais, a razoável duração do processo não passa de declaração de boa intenção do Estado, o que, por si só, não tem o condão de alterar a realidade do Judiciário brasileiro. (DONIZETTI, 2019, n. p).

Destaque-se que a celeridade concebida isoladamente na temática processual não é capaz de, por si só, garantir a efetividade integral do processo sob o ponto de vista da tutela inarredável dos direitos e garantias fundamentais, seja na seara do processo civil, seja na esfera criminal, área com efeitos jurídicos e pessoais muito mais gravosos. Assim, deve-se perceber com ressalvas a exigência de pura celeridade processual, visto que

> Nesse cenário, juízes são pressionados para decidirem "rápido" e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais "acelerados", esquecendo-se de que o *tempo do direito* sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras

> esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importantes na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de *atropelar* os direitos e as garantias do acusado. Em última análise, o processo nasce para demorar (racionalmente, é claro), como garantia contra julgamentos imediatos, precipitados e no calor da emoção. (LOPES JR, 2016, p. 54).

Afirme-se, portanto, que é necessário ter cautela ao se analisar o fenômeno temporal que permeia a ciência do processo (criminal e civil) e sua respectiva garantia constitucional de razoável duração, pois, como visto acima, não se trata de mera e irrefletida exigência de celeridade, uma vez que, no bojo do procedimento legal, encontra-se uma série de direitos e garantias processuais que, de igual modo, precisam de especial atenção e minuciosa implementação e efetividade. Entretanto, no âmbito do processo penal, a perspectiva a ser adotada também guarda relação com a imperiosa e mais acurada observação da dilação procedimental, de modo a não se realizar uma persecução penal morosa e estigmatizadora do acusado, pessoa que, pela simples condição de processado, padece em face da angústia prolongada e, de certa forma, semelhantemente punitiva; fator que alça o processo criminal intempestivamente dilatado como uma espécie de flagelo psicológico permanente (processo-pena).

CONCLUSÕES

Do exposto, conclui-se que a sociedade contemporânea é impulsionada pela pretensa aplicação de velocidade em diversificados setores da vida humana; condição essa que situa o debate acima enredado no terreno da Dromologia, pois, reafirmando-se que, de acordo com Virílio (apud LOPES JR, 2016, p. 51), "a velocidade é a alavanca do mundo moderno". Dessa maneira, "A aceleração do tempo nos leva próximo ao instantâneo, com profundas consequências na questão tempo/velocidade. Também encurta ou mesmo elimina distâncias" (LOPES JR, 2016, p. 51).

Não bastasse tal percepção imediatista aplicada às dimensões sutis da vida cotidiana, a sociedade também traslada essa forma deturpada de pensamento a diversos outros setores da estrutura social. Logo, exige-se mais velocidade não só no campo das relações afetivas – o que já é perturbador,

na medida em que torna a interação humana igualmente superficial –, mas também nos setores do mercado financeiro, da telecomunicação, e, também, nas áreas de atuação oficial do Estado, especialmente na questão relacionada ao mandamento de celeridade a ser observado no processamento e julgamento de demandas sociais pelo Poder Judiciário brasileiro.

Surgem, então, determinadas nuances referentes à real extensão da observância obrigatória do denominado princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII, e arts. 4º e 6º, do CPC). Assim, diferentes perspectivas necessariamente vêm à tona, pois, conforme se notou a partir do triste caso do senhor Damião Ximenes Lopes, a morosidade presente na condução de determinados processos judiciais também é um fator que provoca frustração e desalento nos jurisdicionados, arrefecendo, pois, a esperança na concretização do ideal de uma justiça célere e efetiva.

Por outro lado, tanto no processo penal como no processo civil, tal exigência de celeridade deve ser percebida com ressalvas, na medida em que a marcha processual há de ser conduzida com a velocidade compatível com o respeito a direitos e garantias fundamentais, além da necessidade de se respeitar o tempo indispensável à reflexão inerente ao ato de julgar. Contudo, reconheça-se que, no âmbito criminal, a dilação indevida (leia-se: o atraso não razoável na entrega da tutela jurisdicional) também é fonte de angústia e de estigmatização do acusado (uma espécie de nova pena processual), pois a simples condição de processado o coloca em posição social e jurídica distinta da dos demais membros da socidade, fazendo com que aquele padeça com o sofrimento decorrente do desgaste de ordem psicológica e, não raro, financeira, gerando, inclusive, prejuízos a direitos e garantias de patamar constitucional, tais como, a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório.

Percebe-se que até mesmo a ciência processual deve ser observada com cautela, numa posição distanciada de clamores sociais emocionados e não refletidos, visto que, ante a velocidade presente na vida contemporânea, há de se diferenciar o tempo da sociedade e o tempo do direito, sendo que ambos se encontram apartados no aspecto da prática processual e jurisdicional. Destarte, é imperiosa a conciliação entre o dinamismo constatado nas interações sociais e a velocidade pretendida na atuação do Estado-juiz, que será norteada por outros princípios igualmente robustos, a saber, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo

que o ente público soberano atue com eficácia ao mesmo tempo em que assegura o cumprimento de direitos e garantias fundamentais, tão caros à higidez da atuação estatal e ao desempenho da atividade judiciária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**: volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DO ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS: UMA ANÁLISE DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES EM ESPÉCIE

José Bruno Martins Leão[7]

INTRODUÇÃO

Segundo a Constituição Federal, de 1988, também denominada Constituição Cidadã, em seu art. 5º, *caput*, "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]". Tal enunciado constitucional consagra o direito à igualdade (segunda dimensão de direitos humanos), que, para Nader (2014), configura um dos critérios formais da Justiça, na medida em que a ideia de justiça exige tratamento igual destinado a situações iguais. No entanto, segundo o autor, a mera noção de igualdade não é suficiente para expressar a integralidade do conceito de justiça, pois "dar o mesmo a cada um" não é uma medida completamente ideal. Para tanto, Nader (2014) recorre ao pensamento de Rui Barbosa, segundo o qual "A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam".

---

7 Advogado; bacharel em Direito; licenciado em Filosofia e Letras (UNIPAR); especialista em Análise Criminal, Ciência Política, Criminologia, Direito Penal e Processual Penal, Docência Jurídica, Gestão em Segurança Pública e Psicologia Forense e Jurídica; mestrando em Direito (UNIPAR).

Nessa toada de buscar a justiça por meio do tratamento desigual oferecido a pessoas que se encontram em situações desiguais, o Estado de Direito, alicerçado em seu fundamento democrático, confere tratamento jurídico diferenciado a determinadas funções de Estado, não para alçar determinados agentes públicos à condição de seres humanos injustificadamente privilegiados, mas tendo em vista o condão de assegurar a manutenção da independência e da liberdade necessárias ao exercício compromissado e destemido de certas funções públicas, sem ter, em razão disso, fundados receios de sofrer perseguições de toda sorte, a exemplo das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, titularizadas pelos magistrados (CF, art. 95), e dos direitos – ou prerrogativas – do advogado (art. 7º, da Lei nº 8.906/1994).

Outrossim, no campo eminentemente político, as imunidades parlamentares também se enquadram no contexto jurídico de garantias indispensáveis ao exercício livre e independente no mandato eletivo, como ferramenta imprescindível ao desenvolvimento do Poder Legislativo, na condição de instituição democrática componente da República Federativa do Brasil. Por isso, torna-se fundamental uma análise das imunidades parlamentares em espécie, abordando sua natureza e tipologia, de modo a esclarecer à opinião pública a verdadeira extensão de cada texto ostentado pela Carta Magna, no que se refere, é claro, ao âmbito das imunidades material e formal, que são o objeto de estudo deste trabalho científico.

1. DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES E SUA RELAÇÃO CONSTITUCIONAL COM A DEMOCRACIA

De início, urge anotar uma concepção moderna da noção de democracia, particularmente quando se está diante de um conceito tão debatido perante a opinião pública, embora poucos sejam aqueles que realmente compreendem a real extensão semântica dessa conjuntura tão cara à República, à soberania popular e à história de luta pela conquista e preservação dos direitos humanos. Tem-se, assim, a ideia de que

> [...] a democracia consiste em um sistema de organização política no qual: 1º) todo poder emana do povo, sendo exercido em seu nome e no seu interesse; 2º) as funções de mando são temporárias

> e eletivas; 3º) a ordem pública baseia-se em uma Constituição escrita, respeitado o princípio da tripartição do poder do Estado; 4º) é admitido o sistema de pluralidade de partidos políticos, com a garantia de livre crítica; 5º) os direitos fundamentais do homem são reconhecidos e declarados em ato constitucional, proporcionando o Estado os meios e as garantias tendentes a torná-los efetivos; 6º) o princípio da igualdade se realiza no plano jurídico, tendo em mira conciliar as desigualdades humanas, especialmente as de ordem econômica; 7º) é assegurada a supremacia da lei como expressão da soberania popular; 8º) os atos dos governantes são submetidos permanentemente aos princípios da responsabilidade e do consenso geral como condição de validade. (MALUF, 2010, p. 301).

Insta registrar o alerta de Tavares (2020), no sentido de que a democracia não se apresenta como uma verdade, muito menos é insubstituível; todavia, precisa ser constantemente monitorada, preservada e tutelada, sob pena de ser derrotada, destruída. Para tanto, a democracia necessita de instituições sólidas e uma série de garantias a serem resguardadas pela Constituição da República, tais como, as imunidades dos parlamentares eleitos.

Ainda segundo Tavares (2020), o Parlamento figura como corpo essencial à democracia, ao passo que proteger o Parlamento significa também salvaguardar as próprias funções democráticas, na medida em que, a finalidade democrática do rol de imunidades parlamentares é estabelecer a diferença existente entre as garantias constitucionais e os velhos privilégios. É por essa razão que Martins (2019) esclarece que a imunidade parlamentar não viola o princípio da igualdade, pois não se trata de um privilégio, uma vez que, encerrado o mandato eletivo, o parlamentar não terá mais tal imunidade, pois não se trata de atributo de cunho pessoal, mas de uma tutela da função parlamentar propriamente dita.

Por tais motivos, a doutrina rotula de Estatuto dos Congressistas as disposições normativas sistematizadas nos arts. 53 a 56, da Constituição Federal/1988, que, para Motta (2018), nada mais são que um conjunto de normas destinadas a assegurar uma atuação independente e imparcial dos membros do Congresso Nacional, deputados federais e senadores. De todo modo, o que importa para a finalidade deste trabalho são as dispo-

sições constitucionais presentes no art. 53 do Texto Maior, o qual consagra a disciplina das imunidades parlamentares, que são divididas em duas: material (substancial, real ou inviolabilidade) e formal (processual ou adjetiva).

1.1. IMUNIDADE MATERIAL (INVIOLABILIDADE)

O art. 53, *caput,* da Constituição Federal/1988, após a Emenda Constitucional nº 35/2001, preceitua: "Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos". Essa é a denominada imunidade parlamentar material, real, substantiva ou inviolabilidade. Segundo Motta (2018), alcança distintos esferas de responsabilização, a saber, a penal (não há possibilidade de o parlamentar ser processado criminalmente por suas manifestações); a civil (o parlamentar não pode ser condenado a reparar economicamente os eventuais danos, materiais e/o morais, que cometera em razão de suas manifestações); a disciplinar (o parlamentar não pode ser processado administrativamente na Casa Legislativa a que estiver vinculado); e a política (o parlamentar fica imunizado contra qualquer tentativa de perda do mandato).

No entender de Motta (2018), a isenção de responsabilidade provocada pelo instituto jurídico-constitucional da imunidade parlamentar material é absoluta, o que exime o parlamentar de quaisquer crimes de opinião ou de palavra, como os crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação), incitamento ao crime, apologia de criminoso, vilipêndio oral a culto religioso, contanto que a opinião, a palavra ou o voto tenham sido proferidos no exercício da função congressual. Como leciona Paulo (apud MOTTA, 2018, n. p), trata-se de "uma prerrogativa concedida aos congressistas para o exercício de sua atividade legislativa com ampla liberdade e imparcialidade, fomentando o debate de ideias, a discussão e o voto nas questões de interesse dos seus representados".

Destaque-se que a referida inviolabilidade não se limita ao espaço físico-geográfico do recinto congressual, sendo, conforme ensina Motta (2018), uma garantia de livre exercício de mandato eletivo, ou seja, deputados e senadores continuarão acobertados pela garantia da inviolabilidade onde quer que estejam, ainda que fora e distante do Congresso Nacional; como esclarece o citado autor, o congressita estará revestido de inviolabili-

dade quando desempenhar atividades outras, como declarações à imprensa falada ou escrita, discursos exarados em debates e palestras, manifestações em Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) etc., de maneira que

> [...] a conduta pelo Deputado ou pelo Senador dos denominados delitos de opinião no exercício da função é constitucionalmente permitida, e os resultados eventualmente produzidos são atípicos, ou seja, o fato típico deixa de constituit crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal, exclui a ilicitude, subtrai as responsabilidades penal, civil, disciplinar ou política. Liberdade de expressão, opiniões, palavras e votos os parlamentares só possuem quando estiverem no exercício da função legislativa, dentro ou fora do parlamento. (MACHADO, 2018, p. 382).

No que toca ao alcance da inviolabilidade dos parlamentares, Tavares (2020) lembra que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a imunidade de Deputada por manifestação na rede social *twitter* (Pet 5875/DF, decisão monocrática do Min. CELSO DE MELLO, j. 17-6-2016, *DJe* de 21-6-2016). Entretanto, Motta (2018) adverte que tal imunidade não pode ser estendida a auxiliares, assessores, suplentes e parlamentares afastados de suas funções típicas, pois a inviolabilidade tem como objetivo proteger o livre exercício da função parlamentar, e não o parlamentar.

A respeito dessas razões de direito acima apresentadas, Motta (2018) consigna que o Pleno do Pretório Excelso, no bojo do Inquérito nº 1.344/DF, pronunciou-se no sentido de que "As manifestações sobre matéria alheia ao exercício do mandato não estão abrangidas pela imunidade material dos deputados e senadores prevista na nova redação dada Emenda Constitucional nº 35/2001 ao art. 53 da CR", razão por que tal imunidade também não abarca as manifestações de parlamentares com fins político-eleitorais, na condição de candidatos ou pré-candidatos a cargos eletivos.

Deve-se ressaltar que, por força do art. 27, § 1º, da Constituição Federal/88, a matéria "imunidade parlamentar" também se estende aos Deputados das Assembleias Legislativas, "[...] aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades,

remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas".

Anote-se, por fim, que, conforme as lições de Motta (2018), a imunidade material, garantia de ordem pública e de natureza institucional, tem caráter perpétulo, de modo que, para o congressista, há a garantia de que não será responsabilizado após o término do mandato eletivo, visto que, em termos de inviolabilidade parlamentar, não existe incidência retroativa.

1.2. IMUNIDADE FORMAL

A imunidade formal, também conhecida como processual, por outro lado, na esteira do magistério de Motta (2018), é o instituto que impossibilita a prisão ou a manutenção da prisão do parlamentar, ou que, ainda, admite a sustação de processos judiciais por crimes praticados após a diplomação, uma vez que, no que toca a essa última parte, assim dispõe o art. 53, § 1º, da Constituição da República: "Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal". Essa redação se refere ao foro por prerrogativa de função, que não será o objeto desta pesquisa.

Reconhece-se, por sinal, duas espécies de imunidade formal, a saber, i) a imunidade formal relativa à prisão (CF, art. 53, § 2º); e ii) a imunidade formal referente ao processo-crime (CF, art. 53, §§ 3º a 5º). Destarte, em relação à imunidade formal relativa à prisão, tem-se o seguinte:

> Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (CF, art. 53, § 2º).

Alexandre de Moraes (apud Motta, 2018, n. p) aduz que a finalidade dessa proteção é impedir que o parlamentar seja algo de perseguições políticas dos demais Poderes, que, via de consequência, impossibilitaria a presença do congressista em discussões e votações relevantes para o país. Para Motta (2018), a presente modalidade de imunidade formal, num primeiro momento, abrange as prisões penais processuais em geral (preven-

tiva, temporária, em flagrante por crime afiançável, por pronúncia ou por sentença condenatória recorrível). Ademais, segundo o autor, a prisão de caráter civil também é alcançada pelos efeitos desta imunidade, não podendo o parlamentar ser preso em razão de inadimplemento voluntário de obrigação de natureza alimentícia, haja vista que "A proteção contra a prisão é limitada ao tempo do mandato, ou mandatos sucessivos, e abrange tanto a prisão criminal como a civil (caso de devedor de pensão alimentícia)" (MACHADO, 2018, p. 383).

Motta (2018) também enuncia o entendimento do STF, na medida em que, segundo a Corte, a imunidade formal relativa à prisão também protege o parlamentar federal contra a possibilidade de condução coercitiva no caso de negativa não justificada de comparecimento a interrogatório, podendo, simplesmente, não comparecer a interrogatório determinado por autoridade policial ou judicial. Todavia, o próprio artigo constitucional acima transcrito (CF, art. 53, § 2º) revela o caráter não absoluto, pois os membros do Congresso Nacional poderão ser presos no caso de prática flagrante de crime inafiançável. Assim, por serem inafiançáveis, o parlamentar poderá ser preso se for surpreendido em situação de flagrância nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos em lei como crimes hediondos (CF, art. 5º, inc. XLIII), além do crime de ação grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF, art. 5º, inc. XLIV).

Para fins de didática, cumpre resgatar o rol atualizado dos crimes legalmente elencados como hediondos, conforme assevera a Lei nº 8.072/1990, em seu art. 1º, *in verbis*:

> Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:
>
> I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII);
>
> I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da

Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II – roubo:

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);

c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);

III – extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º);

IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ lº, 2º e 3º);

V – estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO)

VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII – favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

IX – furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).

No mais, consoante Motta (2018), ainda sobre o teor do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal/1988, no caso de o parlamentar ser preso em

flagrante por crime inafiançável, os autos deverão ser enviados pela autoridade policial à Casa Legislativa a que pertencer o congressista (Câmara dos Deputados ou Senado Federal), no prazo de vinte e quatro horas, para que se resolva, por meio do voto da maioria (absoluta) de seus membros, sobre a prisão.

Motta (2018) ainda alerta que a decisão da Casa Legislativa acerca da prisão será eminentemente política e *interna corporis*, mediante votação ostensiva e nominal, não podendo ser (re)discutida na via judicial; e, não sendo aplicáveis as demais modalidades de prisão ao parlamentar, caso haja a decisão (política) contra a manutenção da prisão, o congressista deverá ser posto em liberdade, situação em que permanecerá durante todo o curso do processo penal.

Tal sistemática de processamento, entretanto, não se aplica quando se tratar de prisão determinada por sentença condenatória com trânsito em julgado, pois, segundo Motta (2018), ainda que essa hipótese não tenha sido expressamente prevista no texto constitucional em comento, o entendimento do STF é no sentido de admitir a prisão de parlamentar decorrente de decisão judicial transitada em julgado.

Quanto à imunidade formal relativa ao processo-crime, conforme aludido acima, tem-se a seguinte previsão do Texto Constitucional:

> Art. 53 [...]
>
> § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.
>
> § 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.
>
> § 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

Dada a clareza da redação dos dispositivos constitucionais acima transcritos, resta apenas a tarefa de elucidar que, com base em Motta (2018),

para que ocorra a sustação do processo do parlamentar, será necessário o voto da maioria absoluta dos membros da Casa a que pertencer o congressista, em votação ostensiva e nominal, sendo tal deliberação de natureza eminentemente política.

Vale ressaltar, também, a consequência jurídica da hipótese de concursos de agentes entre parlamentar e não parlamentar; situação em que, de acordo com Motta (2018), havendo a sustação da ação penal quanto ao parlamentar, o referido processo deverá ser desmembrado, enviando-se à Justiça competente os autos relativos ao réu não parlamentar, a fim de se dar prosseguimento ao feito, tendo em vista que o agente não parlamentar não é alcançado pela previsão constitucional de suspensão do processo.

Motta (2018) aduz, inclusive, a impossibilidade jurídica de o Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) impedir a instauração ou interferir no andamento de inquéritos policiais instaurados contra seus membros, lembrando, por oportuno, o entendimento pacífico do STF (Recl. no 511-9/PB):

> A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra membro do Poder Legislativo, que está sujeito, em consequência e independentemente de qualquer licença congressional –, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente: O STF, no caso de os investigados serem congressistas.

Novamente, por estrita razão de didática, importa reproduzir o teor do art. 53, §§ 6º e 7º, da Constituição da República, que apregoa estes termos: "Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações", assim como "A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva".

Ademais, pressupondo-se que a garantia constitucional das imunidades parlamentares (material e formais) é uma das condições indispensáveis

para assegurar a liberdade e a independência do exercício do Poder Legislativo no Estado Democrático de Direito, pode-se perquirir sobre a manutenção da integridade de tais disposições ante uma eventual instauração de estado de exceção (estado de defesa e estado de sítio). E, para tanto, a Constituição Cidadã também apresenta uma resposta ao proclamar o seguinte enunciado:

> Art. 53 [...]
>
> § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida".

Encerra-se, portanto, a análise das imunidades parlamentares, material e formal (prisão e processo-crime), sob a ótica do exame constitucional, em especial no que diz respeito à tutela do Estado Democrático e da ordem constitucional, pois zelar pelo livre exercício dos mandatos dos parlamentares eleitos, mantendo-os protegidos contra eventuais pressões, perseguições e constrangimentos de natureza e origens distintas, também é uma das formas de assegurar a manutenção e a higidez do esteio da democracia brasileira.

CONCLUSÕES

Sabe-se que o princípio da igualdade, ou da isonomia, encontra-se insculpido no *caput* do art. 5º, da Constituição Cidadã, de 1988, segundo o qual "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Porém, também é de conhecimento público que certos grupos de pessoas titularizam e usufruem algumas prerrogativas não comumente disponibilizadas ao restante da sociedade; isso, no entanto, não se dá sob a roupagem de privilégios imerecidamente distribuídos, mas por meio de garantias constitucionalmente asseguradas, tais como, as imunidades parlamentares (CF, art. 53, *caput* e parágrafos).

Tal previsão de patamar constitucional é uma forma de garantir o livre exercício dos mandatos dos congressistas, de modo a conferir-lhes

liberdade e autonomia necessárias a fim de que não sejam alvos de pressões e perseguições políticas em razão de manifestações destemidas, protagonizadas dentr do Parlamento, ou fora de seu recinto (espaço físico), desde que, nesse caso, faça-o em virtude de sua função pública, podendo, para tal mister, utilizar-se de quaisquer opiniões, palavras e votos, estando isento de responsabilização nas esferas civil, penal, administrativa e política (CF, art. 53, *caput*). Com isso, pode o parlamentar se manifestar publicamente na imprensa, falada e escrita, e exteriorizar, sem receio de sofrer represálias jurídicas, a integralidade de seus posicionamentos políticos e ideológicos, uma vez que se encontra totalmente acobertado pela garantia constitucional da imunidade material. No mais, cabe lembrar que os congressistas também não podem ser presos em qualquer situação, salvo no caso de flagrância na prática de crimes inafiançáveis, quais sejam, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os legalmente definidos como hediondos, conforme apregoa o disposto no art. 5º, XLIII, da CF-88.

Portanto, em linhas gerais, tem-se o instituto jurídico-constitucional da imunidade parlamentar – deputados e senadores – como o instrumento indispensável à conservação da autonomia do Poder Legislativo, de maneira que possa ser exercido sem interferências de outros poderes instituídos, atuando, pois, em harmonia com as demais instituições republicanas do Estado brasileiro e tendo constantemente em mira a concretização dos interesses públicos mais importantes para o desenvolvimento do país e da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

MACHADO, Costa (Org.). **Constituição federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri/SP: Manole, 2018.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional**: teoria, jurisprudência e questões. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DESIGUALDADES RACIAIS E SOCIAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: O QUE DIZ A COMISSÃO INTERMERICANA DE DIREITOS HUMANOS?

Carolina Bessa Ferreira de Oliveira[8]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar aspectos atrelados às desigualdades raciais e sociais persistentes no Brasil contemporâneo, tomando como base o relatório intitulado *Situação dos Direitos Humanos no Brasil* – elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e publicado em 2021. O documento se debruça em dados acessados até dezembro de 2019, ao lado de visitas concretizadas pela Comissão em 2018, e aponta para um cenário de desafios estruturais e institucionais relacionados à garantia de direitos a boa parte da população brasileira, notadamente grupos historicamente excluídos e discriminados, como negros, periféricos e indígenas.

A metodologia de pesquisa utilizada para a construção do trabalho associa-se diretamente a uma investigação de cunho qualitativo e inter-

8 Professora na Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB); doutora em Educação pela Universidade de São Paulo (USP); mestra em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU); especialista em Direitos Humanos pelo CLACSO; advogada e pedagoga.

disciplinar, pautada em pesquisa documental e bibliográfica. Para tanto, centra sua análise no constante do relatório citado (CIDH, 2021), à luz de indicadores sociais disponíveis publicamente e fundamentando-se em referencial teórico na área de Direitos Humanos em sua abordagem contextualizada, cuja ênfase assenta-se na perspectiva intercultural e complexa da teoria de Direitos Humanos (HERRERA FLORES, 2003; 2009) e no conceito de racismo estrutural (ALMEIDA, 2018). Em razão disso, o artigo está dividido em duas partes principais, sendo a primeira alusiva ao debate sobre direitos humanos, desigualdades e indicadores sociais, seguindo para a segunda parte atinente ao aludido relatório.

Como considerações finais e resultados, o estudo possibilitou compreender os desafios colocados, no contemporâneo, para a garantia, a promoção e a proteção dos direitos humanos no Brasil – país marcado por altos índices de violência letal e de negação de direitos sobretudo às populações negras e indígenas – dentre os quais se coloca uma necessária e urgente atuação estatal em prol da implementação de políticas públicas afirmativas com enfoque étnico-racial, de forma interseccional, a fim de enfrentar as desigualdades raciais e sociais que perduram historicamente no país e que impedem o acesso a direitos da maioria da população brasileira, nomeadamente a população negra.

1. DIREITOS HUMANOS E CONTEXTO SOCIAL

Em que pese a temática de Direitos Humanos possuir vasta produção teórica e acadêmica, no Brasil e no mundo, sobretudo após a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU) e, nacionalmente, considerando-se o marco constitucional de 1988, cujo cerne é o princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se primordial a contextualização do tema em uma perspectiva nacional e local, que situe a concretude das demandas, os processos de luta e disputa em torno dos direitos e que considerando as diferenças dos sujeitos. Dessa forma, adota-se a abordagem teórica complexa de Direitos Humanos, segundo a qual se pretende superar a polêmica entre o pretenso universalismo de direitos – pautada em uma visão abstrata e supostamente neutra – e a particularidade das culturas – centrada em uma visão localista (HERRERA FLORES, 2003). Para tanto, segundo o autor, deve-se

contextualizar o tema a fim de superar, por um lado, a racionalidade meramente formal atrelada à visão abstrata de direitos humanos e às práticas universalistas, e, por outro, a racionalidade material ou cultural associada à visão localista e às práticas particularistas.

Tal contextualização integra uma visão complexa dos direitos humanos, que se entende mais completa e integradora de diferentes realidades e disputas, na qual o contexto é o conteúdo, pois "a incorporação dos diferentes contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo. Quanto não aprenderíamos sobre direitos humanos escutando as histórias e narrações a respeito do espaço que habitamos expressadas por vozes precedentes de diferentes contextos culturais!" (HERRERA FLORES, 2003, p. 294). Em linha, o autor argumenta que:

> A racionalidade formal culmina em um tipo de prática universalista que poderíamos qualificar de universalismo de partida, a priori, um pré-juízo ao qual deve adaptar-se toda a realidade. Todos temos direito pelo fato de havermos nascido. Mas com que direitos se nasce; qual é sua hierarquia interna e quais são as condições sociais de sua aplicação e interpretação constituem-se em matérias que não correspondem à visão abstrata ou, o que significa o mesmo, descontextualizada dos direitos. (HERRERA FLORES, 2003, p. 295).

Nessa perspectiva, em que se pondera a imprescindibilidade da contextualização do acesso a direitos, o Relatório da CIDH (2021) pode dialogar com uma visão complexa de direitos humanos no Brasil, que, em complementaridade, articula-se a uma visão crítica em torno das relações étnico-raciais no país, como é o caso do conceito de racismo estrutural (ALMEIDA, 2018). Segundo o autor, que fundamenta sua abordagem em pilares interdisciplinares – históricos, ideológicos, jurídicos, econômicos e políticos – há um processo de naturalização de situações que promovem a discriminação racial e as práticas sistemáticas de racismo – individualista, institucional e estrutural – hierarquizadoras dos grupos raciais, que inferiorizam negros e indígenas historicamente a partir de uma dominação que atribui vantagens ou desvantagens por conta da raça.

> [...] o racismo – que se materializa como discriminação racial – é definido pelo seu caráter sistêmico. Não se trata, portanto, de apenas um ato discriminatório ou mesmo de um conjunto de atos, mas de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas. (HERRERA FLORES, 2003, p. 27).

Portanto, considerando-se a história brasileira e o continuado cenário de discriminação e desigualdades – sobretudo as de ordem racial e social – no que se refere a uma análise estrutural e institucional correlata ao acesso a direitos, entende-se que é crucial analisar o relatório citado à luz de tal conceito e, de forma integrada, observando-se os indicadores sociais de desigualdade mais recentes.

1.1. DESIGUALDADES E INDICADORES SOCIAIS

Pode-se afirmar que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil inicia uma alvissareira trajetória nacional pela redução de desigualdades históricas, considerando-se os marcos estabelecidos como objetivos fundamentais da República, a igualdade de todos e os direitos sociais universais, operacionalizados por meio de políticas públicas. Nessa linha, há que se observar dois principais pontos de debate em torno do tema das desigualdades e do acesso a direitos no país: primeiro, o sistema tributário, que tem onerado mais severamente os grupos mais pobres e a classe média, com impostos indiretos e os benefícios aos grupos mais grupos, além de não se taxar grandes fortunas, por exemplo; segundo, as discriminações de cunho racial, social e de gênero, que tem representado um sistema de opressão e exclusão de direitos, de acesso a renda e a serviços, por meio de violências praticadas por indivíduos e pelo próprio Estado.

De outra parte, pesquisas e indicadores, como serão citados a seguir, demonstram que a implementação de políticas públicas, sobretudo as de natureza social e afirmativa, tem o potencial efetivo de enfrentar tal cenário de desigualdades e reduzi-la, colaborando com a distribuição mais equânime de riqueza, renda, bens e possibilitando o acesso a direitos básicos, como educação, historicamente negligenciados pelo poder estatal.

Dessa forma, há um papel fundamental desempenhado pelas políticas sociais, que possuem um "poder equalizador" no âmbito das políticas públicas (COSTA, 2019, p. 72).

Para corroborar o debate, mencionam-se os dados abarcados no relatório publicado em 2017 pela organização Oxfam Brasil "A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras", coloca as diversas dimensões do problema em debate público, envolvendo Estado e sociedade civil, tal como o sistema tributário, o gasto social, a centralidade da educação, a discriminação racial e de gênero, o mercado de trabalho e a democracia. Segundo este relatório,

> [...] apenas seis pessoas possuem riqueza equivalente ao patrimônio dos 100 milhões de brasileiros mais pobres. E mais: os 5% mais ricos detêm a mesma fatia de renda que os demais 95%. Por aqui, uma trabalhadora que ganha um salário-mínimo por mês levará 19 anos para receber o equivalente aos rendimentos de um super-rico em um único mês" (OXFAM BRASIL, 2017, p. 6).

Aponta, ainda, que há uma tendência histórica observada pelo menos nos últimos vinte anos de maior desigualdade de renda entre pessoas negras e brancas, sobretudo mulheres, razão pela qual há uma perspectiva de que negros só terão equiparação salarial com brancos no Brasil em 2089. Com isso, resta inafastável uma abordagem do tema que analise a necessidade de políticas setoriais, voltadas à garantia de direitos humanos, a partir de um prisma interseccional (MEDEIROS, 2019).

Somado a tal contexto, coloca-se a pesquisa denominada "*Nós e as desigualdades*", também publicada pela Oxfam Brasil, que produziu informações a partir de entrevistas realizadas, em 2019, com 2.086 pessoas em 130 municípios brasileiros. Como resultado, o relatório da pesquisa indicou, dentre outros aspectos, que 86% das pessoas creem que o progresso no Brasil está condicionado à redução de desigualdade entre pobres e ricos; 52% concordam que negros ganham menos por serem negros; 71% concordam que a Justiça é mais dura com negros; 84% concordam que é obrigação dos governos diminuir a diferença entre muito ricos e muito pobres e 75% apoiam a universalidade do ensino público fundamental e médio (OXFAM BRASIL, 2019).

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), consistentes na Síntese de Indicadores Sociais a partir da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), revelam que no ano de 2019 houve uma queda na proporção de pobres, mas manteve-se o índice de extrema pobreza. Ademais, apontam para um cenário de desigualdades territoriais, também relacionados aos marcadores de raça e classe: em 2019, os estados do Nordeste apresentavam mais de um quarto dos jovens de 15 a 29 anos que não estudavam nem estavam ocupados, padrão percebido na série iniciada em 2016; entre as mulheres pretas ou pardas de 15 a 29 anos de idade, 32,0% não estudavam e não tinham ocupação em 2019, proporção 2,4 vezes maior que a dos jovens brancos nessa situação (13,2%), segundo IBGE (2020).

Somando-se a tal cenário de indicadores citados, não se pode olvidar daqueles atrelados à segurança pública, como é o caso do *Atlas da Violência* divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que trata da conjuntura de violência letal no Brasil e o perfil dos homicídios. Segundo ele, entre 2008 e 2018, com base em dados do Sistema de Informação sobre Mortalidade do Ministério da Saúde, os casos de homicídio de pessoas negras (pretas e pardas segundo o IBGE) aumentaram 11,5%. Já o número de casos desse tipo de violência em relação a não negros (brancos, amarelos e indígenas) diminuiu 12,9%, no mesmo período.

O *Atlas da Violência* evidencia, portanto, aspectos do racismo estrutural – que atravessa todo o sistema institucional de acesso a direitos, bem como está expresso na forma como a violência se dirige de forma severa contra grupos negros. Por exemplo, para cada pessoa não negra assassinada em 2018, 2,7 negros foram mortos, sendo que estes últimos representam 75,7% das vítimas. Outro dado que reforça essa análise é o fato de a taxa de homicídios entre negros chegar a 37,8 a cada 100 mil habitantes, enquanto entre não negros esse número é de 13,9 para cada 100 mil habitantes. (IPEA, 2020).

Diante de tal cenário, que menciona parte do conjunto de indicadores sociais disponíveis e produzidos por organizações públicas e privadas no Brasil, apenas com o intuito de contextualizar o tema discutido no presente trabalho, resta nítido que as desigualdades incessantes no país possuem uma orientação racial e social indiscutíveis e que, portanto, integraram também as análises e recomendações do Relatório da CIDH, como se abordará a seguir.

2. O QUE DIZ O RELATÓRIO DA CIDH

O relatório da CIDH, publicado em 2021, ao abordar a situação dos direitos humanos no Brasil, apresenta um cenário de persistentes desigualdades raciais e sociais, em descumprimento ao preconizado na Constituição Federal de 1988 e referenciando-se, também, em dados como os mencionados no item anterior. Dessa maneira, embora o Brasil se configure como um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos se relacionam a princípios como a dignidade da pessoa humana, a legalidade e a igualdade de todos perante a lei, há desafios estruturais e institucionais para a superação das discriminações e desigualdades históricas.

Frise-se que a CIDH é um órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), com atuação autônoma, cujo mandato decorre da Carta da OEA e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1969), adotada no Brasil por meio do Decreto nº 678/1992. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem o papel de promover a observância dos direitos humanos na região e de atuar como órgão consultivo da OEA nesta matéria, sendo composta por membros eleitos pela Assembleia Geral da OEA. Institucionalmente, a CIDH diagnostica a situação de avanços e retrocessos em relação ao respeito e à garantia dos direitos humanos nos países, como é o caso da implantação de programas e projetos estatais, políticas públicas, a proteção a ativistas da área e a instalação de mecanismos de prevenção e combate à tortura, por exemplo.

Ao abordar a situação atual do Brasil, com base em visitas, informações de instituições públicas, sociedade civil e dados acessados até o ano de 2019, o relatório organiza-se em um primeiro capítulo alusivo às discriminações histórica (de afrodescendentes, quilombolas, indígenas e mulheres) e socioeconômica (trabalhadores rurais, camponeses, migrantes forçados, população em situação de rua, sem teto e moradores de áreas periféricas) como causas da desigualdade estrutural, por ação ou omissão estatal.

> No Brasil, as pessoas afrodescendentes estiveram historicamente inseridas dentro em um contexto de discriminação estrutural e de racismo institucional. Conforme já relatado pela Comissão em seu primeiro relatório sobre o país de 1997, o processo de dominação

> sofrido pelas pessoas afrodescendentes e o sentimento de subjugação dessa parcela da população seguem presentes na sociedade brasileira e se repetem nas distintas estruturas estatais. Fenômenos esses que, por ações ou por omissões do Estado, contribuem para a construção de estereótipos raciais [...]. Esse padrão discriminatório está presente nos inúmeros obstáculos observados pela CIDH para que essas pessoas ascendam e exerçam seus direitos, principalmente no que diz respeito à participação efetiva em espaços democráticos, no acesso ao mercado de trabalho formal e na participação em espaços gerenciais no setor corporativo privado; na saúde e educação de qualidade; no acesso à moradia digna, assim como no efetivo acesso à justiça. Além disso, a CIDH constatou, com especial preocupação, processos sistêmicos de violência perpetrados por agentes do Estado, especialmente por aqueles vinculados às instituições policiais e sistemas de justiça baseados em padrões de perfilamento racial com um objetivo de criminalizar e punir a população afrodescendente. (CIDH, 2021, p. 19).

Na sequência, o relatório discorre sobre outros grupos em situação especial de risco, como as pessoas em situação de privação ou restrição de liberdade (sistemas prisional, socioeducativo e comunidades terapêuticas), migrantes, lésbicas, gays, bissexuais, transsexuais e intersexual (LGBTI). Embora o relatório reconheça os avanços na garantia de direitos desses grupos, também demonstra seu acirramento, sendo o Brasil um dos países com o maior índice de violência em razão de orientação sexual e identidade de gênero, o que requer o fortalecimento de práticas educativas e políticas públicas específicas.

O relatório discute, ainda, a seletividade da violência contra pessoas negras e ativistas e defensores de direitos humanos. O Estado brasileiro não tem demonstrado aportes significativos na formulação de políticas públicas de segurança cidadã compatíveis com os parâmetros de Direitos Humanos, mas, ao contrário, tem revelado um contexto geral de militarização da segurança pública e da violência praticada pelo Estado, com ênfase no racismo institucional, como revelam os indicadores de violência letal.

Por fim, o documento discute a impunidade e a denegação de justiça no âmbito das violações de Direitos Humanos cometidas durante a ditadura

cívico-militar no Brasil, como é o caso dos mortos políticos e desaparecidos forçados, além das violações contra camponeses e indígenas, sinalizando para um expressivo número de vítimas. Mesmo passados mais de trinta anos de redemocratização no país, a CIDH destaca a preocupação com o fato de que ainda não se assegurou o direito das vítimas e familiares de acessar a justiça. Por outro lado, evidencia o papel fundamental das instituições voltadas ao direito à memória e à verdade, ao lado da necessidade de adotar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Finaliza articulando o tema da institucionalidade democrática, dos instrumentos de democracia participativa, da liberdade de expressão e da reafirmação dos direitos humanos como baliza para a formulação de políticas públicas, como a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, o Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas e o Programa de Proteção a Vítimas de Testemunhas Ameaçadas de Morte.

Após significativa explanação sobre tais temas diagnosticados pela CIDH, o relatório elucida conclusões e recomendações específicas ao Estado brasileiro, como é o caso da adoção de políticas de ações afirmativas para garantir o exercício equitativo de direitos fundamentais por grupos vítimas da discriminação racial. Em relação às desigualdades sociais e raciais, o relatório ainda recomenda:

Estabelecer uma política fiscal coordenada que possa contribuir com a redistribuição da riqueza para a diminuição das brechas de desigualdade, correções das deficiências do mercado, investimentos necessários para o cumprimento dos direitos humanos, especialmente os direitos econômicos, sociais e culturais. [...]

> Desenhar, implementar e financiar sistemas governamentais para coletar dados precisos e desagregados e informações estatísticas e qualitativas sobre a situação dos direitos humanos da população afrodescendente nos diferentes níveis da federação e em temas como saúde, educação, instituições judiciais, entre outras, a fim de criar e implementar leis interseccionais e políticas públicas adequadas para atender às necessidades e superar os obstáculos específicos enfrentados por essas pessoas. [...]
>
> Fortalecer as políticas de redução da criminalidade com enfoque integral e interseccional, abordando os fatores associados à origem

> étnico-racial e que elevam o risco de mortes violentas, entre eles a pobreza, a orientação sexual e identidade e/ou expressão de gênero. [...]
>
> Incorporar uma abordagem intercultural às políticas públicas de desenvolvimento que envolva o reconhecimento e a incorporação de planos de desenvolvimento econômico e social adotados pelos povos indígenas em seus respectivos territórios ancestrais. (CIDH, 2021, p. 195-199).

À vista disso, há que se destacar importantes recomendações da CIDH visando ao aprimoramento e a consolidação de um sistema protetivo e promotor de direitos humanos, em consonância com os compromissos e normas internacionais pactuadas, ao lado do reconhecimento das políticas públicas já implantadas no Brasil que possibilitaram a redução da desigualdade estrutural e racial, como é o caso dos programas de transferência de renda e acesso à moradia, além das políticas afirmativas dirigidas ao acesso ao sistema de ensino superior por pessoas negras e indígenas.

Como pontos deveras sensíveis, colocados pela CIDH, no tocante ao enfrentamento das desigualdades sociais e raciais no Brasil e o alcance de um estado de garantia de direitos humanos, evidenciam-se fragilidades relativas aos espaços de participação democrática e ao avanço de práticas institucionais racistas. Nesse bojo, apesar da extrema desigualdade que afeta o aumento da violência a que estão expostas as pessoas em situação de vulnerabilidade e discriminação, a CIDH nota que o Estado brasileiro tem atuado institucionalmente de forma violenta e punitiva a partir de uma prefiguração militarizada, resultando em violações aos direitos humanos. Adicionalmente, os órgãos judiciais possuem papel primordial no enfrentamento a violência institucional e às práticas racistas em seu interior, vez que há uma concordância em relação ao perfilamento racial que coloca pessoas negras e periféricas em maior risco de serem detidas e sofrerem violências de várias ordens, incluindo-se a ausência de políticas públicas efetivas.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, depreende-se que o relatório da CIDH alinha-se a uma compreensão teórica contextualizada e complexa dos Direitos Hu-

manos, que não se limita a uma visão abstrata ou meramente localista desses direitos, mas articula compromissos internacionais, marco constitucional democrático e análise histórica pautada em indicadores sociais, que fundamentam não apenas o diagnóstico, mas as recomendações colocadas para que o país garanta tais direitos a grupos e situações concernentes ao seu território.

Portanto, a abordagem teórica adotada e o conceito de racismo estrutural forjado histórica, social e juridicamente no Brasil, são fundamentais para compreender a situação dos Direitos Humanos e vislumbrar cenários de proteção, promoção e garantia de tais direitos pelo Estado, que, ao que tudo indica, passa pela implementação de políticas públicas baseadas em evidências – como é o caso das pesquisas, dos indicadores das várias áreas e séries históricas –, cujo cerne é a consideração das diferenças e a participação democrática como fundantes de novas realidades frente às desigualdades sociais e raciais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil.** Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 08/03/2021.

COSTA, Sergio. Desigualdades, interdependência e políticas sociais no Brasil. *In:* PIRES, Roberto Rocha. C. (org). **Implementando Desigualdades:** Reprodução de Desigualdades na Implementação de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34743>. Acesso em: 05/03/2021.

HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionaldiade da resistência. *In:* **Direito e Democracia**. V. 4, n. 2, 2003. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2457>. Acesso em: 10/02/2021.

_____. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Agência IBGE notícias. **Síntese de Indicadores Sociais**. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao>. Acesso em 02/03/2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência 2020**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em 03/03/2021.

MEDEIROS, Rogério de Souza. Interseccionalidade e políticas públicas: aproximações conceituais e desafios metodológicos. *In:* PIRES, Roberto Rocha. C. (org). **Implementando Desigualdades:** Reprodução de Desigualdades na Implementação de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34743>. Acesso em: 05/03/2021.

OXFAM BRASIL. **A distância que nos une**: um retrato das desigualdades brasileiras. Relatório. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/>. Acesso em 20/02/2021.

_____. **Nós e as desigualdades**. Relatório de pesquisa. 2019. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/pesquisa-nos-e-as-desigualdades-2019/>. Acesso em 20/02/2021.

O CONFLITO DE DECISÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS: ADPF 153 E A SENTENÇA INTERNACIONAL NO CASO GOMES LUND

Renata Simonetti Teixeira[9]
Lucas Alberto de Alencar Brandão[10]

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos desenvolveu-se em ritmo acelerado no Brasil desde sua redemocratização. Foi com a Constituição de 1988 que a intenacionalização dos direitos humanos ganhou força, trazendo no seu arcabouço normas que garantinham expressamente a importância do respeito a esses direitos.

Importante dizer que apenas a previsão na legislação constitucional, conferindo inclusive um patamar de supralegalidade às normas internacionais de direitos humanos, não é suficiente para que se dê efetividade a esses preceitos, uma vez que no momento de se analisar os atos de direito interno, estes devem ser interpretados dentro dos parâmteros estabelecidos

9 Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP; pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil; administradora e advogada.

10 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas; mestrando em Direito pela FADISP; advogado.

pelas Cortes internacionais, não sendo suficiente uma leitura nacionalista acerca da matéria. O Supremo Tribunal Federal ainda utiliza, de maneira escassa, os entendimentos jurisprudenciais formulados pelas Cortes internacionais. Por diversas vezes, o STF opta por afastar a aplicabilidade de entendimentos internacionais para interpretar da forma que lhe convém no caso concreto, ainda que ambas as normas, tanto de direito interno, quanto de direito internacional, devam dialogar e se completar.

Uma prova desse infeliz posicionamento do STF foi o julgamento improcedente da ADPF nº 153, em que foi analisada pela corte interna a consticionalidade do § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 6.683/1979 (Lei da Anistia). Esse caso foi emblemático porque o STF não apenas conferiu, nos votos da maioria dos ministros, interpretações diferentes das adotas pelos precedentes internacionais, como também não observou o fato de a referida ADPF tramitar ao mesmo tempo que a Corte Interamericana julgava o Brasil pelo desaparecimento de pessoas no caso Gomes Lund.

Tal comportamento do STF só prejudica a segurança jurídica acerca da matéria, uma vez que, ainda que a Corte Interamericana tenha condenado o Brasil e imposto sanções ao país pelo desaparecimento de opositores políticos na época da ditadura militar rechaçando a Lei da Anistia, internamente ocorria uma interpretação diversa, o que demonstra o descaso e ausência de internacionalização das normais de direitos humanos internacionais na análise de casos concretos. Assim, sabe-se que em virtude de a Corte Interamericana não constituir uma última instância das decisões do SFT em decorrência da soberania dos Estados, o presente artigo irá analisar como pode ser conciliada essa divergência entre as jurisprudências interna e internacional, com o intuito de garantir que sejam preservadas e observadas as normas reguladores dos direitos humanos nas duas juridições.

1. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Após um longo período de ditadura militar no Brasil, que perdurou de 1964 a 1985, iniciou-se o processo de redemocratização do Estado brasileiro. Assim, a transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a ela-

boração de um novo código que refizesse o pacto político constitucional (PIOVESAN, 2008). Portanto, nesse cenário de rompimento de regime ditatorial e surgimento de um novo regime político, nasceu a Constituição da República de 1988. Com ela, os direitos humanos ganharam destaque e relevância, e, por isso, passou-se a ser considerá-la a Constituição mais abrangente e pormenorizada sobre a matéria. Sobre o tema, José Afonso da Silva (2018, p. 80), explica que a "Constituição de 1988 é considerada como Constituição Cidadã porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania".

Nesse sentido, a inclusão de direitos fundamentais e garantia às liberdades individuais, preconizadas pela Constituição de 1988, mudou consubstancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais (PIOVESAN, 2008). Dessa feita, para o professor Jorge Miranda (2011, p. 166), a Constituição "confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, e que nela repousa a dignidade da pessoa humana, ou seja, a concepção que faz a pessoa fundamento e fim a sociedade e o Estado".

Piovesan (2008), considerando que toda Constituição deve ser compreendida como unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, afirma que a Constituição de 1988 tem como valor essencial, a dignidade da pessoa humana. Ou seja, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. Inclusive, para Bonevides (2003), nenhum princípio é mais valioso para orientar a unidade material da Constituição do que o princípio da dignidade da pessoa humana. Seja no âmbito internacional ou nacional, a dignidade da pessoa humana é um princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, simbolizando, desse modo, um verdadeiro princípio constitucional, se tornando a norma maior com vista a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido (BARCELLOS, 2011).

Ao romper com o regime ditatorial que vinculava as constituições anteriores, a Constituição de 1988 consagrou, de forma inédita, o primado do respeito aos direitos humanos. A prevalência desses direitos como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o

engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da pela integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira (PIOVESAN, 2008). Ademais, para a professora Flávia Piavesan (2008, p. 40), "a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal". Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humano.

O reconhecimento por parte do Estado brasileiro da jurisdição de vários mecanismos judiciais ou quase-judiciais de direitos humanos – como por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e diversos Comitês de tratados internacionais de direitos humanos – visa evitar o que o professor André de Carvalho Ramos denomina "truque de ilusionista" (FILHO, 2013). Ou seja, aqui a ideia é evitar que todo o conceito de prevalência dos direitos humanos prevista no texto constitucional seja apenas um complexo normativo inócuo e sem efetividade prática, uma vez que se busca impedir o nacionalismo da corte interna no momento de análise da aplicabilidade dos direitos humanos. Nesse sentido, não basta que se sustente apenas a importância da ratificação e incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, ou ainda defender o estatuto de supralegalidade ou mesmo constitucional destes; é necessário aceitar as consequências da internacionalização dos direitos humanos, que surge do acatamento da intepretação internacional sobre esses direitos (FILHO, 2013). Contudo, até o momento são poucos os casos nos quais o STF abre as portas para o diálogo com a interpretação dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, e em especial, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, percebe-se que o debate é quanto à necessidade acerca da interpretação dos tratados pelos órgãos aos quais o Brasil já reconheceu jurisdição obrigatória (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Esse processo de internacionalização dos direitos humanos é importante para se considerar a jurisdição das cortes internacionais pela corte interna, com vistas a evitar o conflito de decisões existentes, como por

exemplo, o caso analisado aqui entre a decisão do STF na ADPF nº 153 e o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na análise do caso Gomes Lund.

2. ARGUIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

Em outubro de 2008, foi proposta a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando que, à luz da Constituição Federal de 1988, o disposto no § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 6.683/1979 (Lei da Anistia), não se estendesse aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, que fossem conexos aos crimes políticos ou com motivação política, contra opositores políticos durante o período militar.

Os principais argumentos utilizados pela OAB Federal foi no sentido de que a extensão da anistia aos crimes comuns, que sejam conexos com os crimes políticos ou que tenha motivação política, ocasiona a violação a diversos preceitos fundamentais, dentre eles: a isonomia em matéria de segurança, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal; o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, conforme art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal; os princípios democráticos e republicanos, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal e; o princípio da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, fundamentado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Dessa forma, a procedência da ação afastaria a impunidade dos agentes da repressão durante o regime militar que teriam sido anistiados pela Lei nº 6.683/1979. Após o ajuizamento da ação, de relatoria do Ministro Eros Grau, foram prestadas informações, tendo a Advocacia Geral da União sustentado o não conhecimento da arguição, ainda que o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, tenham se manifestado pela procedência da ação (GOMES; MAZZUOLI, 2011). Inicialmente, foram rejeitadas todas as preliminares, vencendo o voto do Ministro Marco Aurélio, que votou pela extinção da ação por falta de interesse de agir. No mérito o Ministro Eros Grau defendeu que a anistia deve ser ampla, geral e irrestrita – caráter bilateral – não sendo irrestrita,

neste caso, apenas porque não abrangeu os já condenados com sentença transitada em julgado. Se assim não fosse, segundo o Ministro, frustraria seus propósitos políticos.

Aduz ainda que a jurisprudência internacional de direitos humanos deve ter sua aplicabilidade afastada, em razão de o Brasil ter aderido à Corte Interamericana apenas após a elaboração da Lei da Anistia. Contudo, sabe-se que já havia precedentes na Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconheciam o caráter permanente de determinadas violações de direitos humanos, como é o exemplo do caso Blake na Guatemala, onde também foi arguido que o caso ocorreu antes do país reconhecer a jurisdição da Corte (GOMES; MAZZUOLI, 2011). No caso em questão, a Corte afastou a alegação da Guatemala, uma vez que a violação analisada não dizia respeito à violação da vida do Sr. Blake, mas sim, ao dever de investigar e punir os indivíduos, sendo estes deveres que perduram no tempo. Todavia, o relator Eros Grau preferiu por mencionar e se apoiar em outros países que haviam superado as respectivas leis da anistia, mas com a atuação do Poder Legislativo, e não utilizando o judiciário para tal finalidade.

Além disso, o ministro defendeu que a legislação dotada de generalidade e abstração, deve ser interpretada conforme as mudanças e histórias daquela sociedade. Essa situação se difere das que ele denomina como leis-medidas, que são aquelas que disciplinam determinados interesses, sendo imediatas e concretas. São leis apenas no sentido formal e não material, devendo ser interpretadas no contexto em que foram criadas, e não a realidade atual. Ou seja, a Lei da Anistia deveria ser interpretada no período em que ocorria a migração da ditadura para o regime democrático, e não sob a ótica dos dias atuais. Assim, o direito internacional não serviu para auxiliar a interpretação do direito interno. As obrigações internacionais do Brasil não foram mencionadas no voto do ministro relator, assim como não realizou reflexões acerca da necessidade de o Judiciário brasileiro interpretar a lei da anistia conforme preconiza os direitos humanos internacionais (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Quanto ao voto da ministra Carmem Lucia, esta acompanhou o ministro relator, e iniciou o voto mencionando que a anistia concedida se dá apenas quanto à responsabilidade criminal dos agentes, não eximindo a responsabilidade civil do Estado. Portanto, para a Ministra, a Lei da

Anistia não compromete o direito a verdade ou à investigação, sobre os desmandos cometidos no período ditatorial. Ademais, no mesmo sentido do relator, a ministra menciona que, ainda que o § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 6.683/1979 lhe pareça injusto, incumbe ao Poder Legislativo à possibilidade de alteração da norma, não sendo cabível atribuir ao judiciário tal função. Além disso, entende também que nada impede que haja uma nova interpretação da norma, contudo, esta não poderia retroagir para prejudicar o acusado, assim como ter exaurido a sua aplicação.

O voto da ministra Ellen Gracie também acompanhou o voto do relator, entendendo que não se faz transição entre regime autoritário e regime democrático sem "concessões" recíprocas, portanto, a Lei da Anistia, segundo a Ministra, foi algo necessário para que a sociedade seguisse no processo de redemocratização daquela época. Da leitura do voto da ministra, percebe-se que em nenhum momento se faz menção a qualquer jurisprudência internacional acerca da matéria, pelo contrário, acabou por sua fundamentação ter colidido com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (GOMES; MAZZUOLI, 2011). O Ministro Marco Aurélio também votou pela improcedência da ação, sem fazer nenhuma menção às jurisprudências internacionais.

No voto do Ministro Celso de Mello, foi lembrado o repúdio que a atual Constituição Federal tem diante do crime de tortura, assim como, diante da violação à dignidade da pessoa humana. Pra demonstrar isso, faz referência a alguns tratados e acordos internacionais que comprovam isso, como Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica).

Desse modo, para o ministro, isso demonstra o quanto o Brasil reprime atos caracterizadores da tortura, uma vez que estão incorporados ao direito interno, mas desconsiderou a existência do direito internacional consuetudinário de combate à impunidade dos violadores bárbaros de direitos humanos (GOMES; MAZZUOLI, 2011). Nesse sentido, declara que a reprovação internacional se aplica apenas às leis de autoanistia, ou seja, quando as autoridades que concedem a anistia, também forem agentes transgressores.

Ocorre que a Corte de San José e outros órgãos internacionais condenam a impunidade dos violadores bárbaros de direitos humanos, não importando a questão formal da origem da lei da anistia (se por "acordo" ou autoanistia) (GOMES; MAZZUOLI, 2011). Ou seja, o *distinguishing* que o ministro tentou fazer para que fosse excluída a aplicação da jurisprudência internacional ao caso apresentado tinha interpretação divergente com o que preconiza a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No mesmo sentido, o ministro Cezar Peluzo acompanhou o voto do relator quanto à improcedência da ação, fundamentando que apenas as leis de autoanistia seriam censuradas internacionalmente, situação que, segundo o Ministro, não foi vislumbrada na Lei da Anistia, uma vez que, assim como o ministro Celso de Mello, a Lei nº 6.683/1979 surgiu de um acordo entre os dois lados (ditadura e oposição).

Igualmente foi o posicionamento do ministro Gilmar Mendes, quando indica o antagonismo entre a nova interpretação da lei da anistia pretendida e a própria Constituição de 1988, aduzindo ainda, quanto à impossibilidade de revisão da lei da anistia por outra lei, pois a própria ordem constitucional brasileira seria alterada. Do voto do ministro, percebe-se que não houve qualquer menção sobre a interpretação de direitos humanos pelas jurisprudências internacionais, contrariando posicionamentos anteriores do ministro acerca da matéria.

Em sentido contrário ao posicionamento do relator, o ministro Ricardo Lewandowski criticou a ideia de conexão material entre ilícitos de natureza distintas praticados por pessoas diversas em circunstâncias diferentes, por não ter um conceito técnico-jurídico. Portanto, para o Ministro, não haveria possibilidade da ocorrência de conexão entre os aludidos crimes, nos termos da Lei nº 6.683/1979. Ademais, dos crimes comuns praticados, o ministro suscita que, ainda que diga- se que à época da ditadura, o País estava em uma situação de beligerância interna, os agentes estatais deveriam ter respeitado os compromissos anteriormente firmados com os direitos humanitários, uma vez que, para o Ministro, até para às normas vigentes à época, as violações foram arbitrárias e ilegais.

O principal ponto do voto do ministro, que o destacou dos demais, foi estabelecer a necessidade de realizar uma distinção entre crimes políticos típicos, identificados contra a integridade territorial de um país e crimes políticos relativos, que para caracterizá-los, deve ser realizada uma

abordagem caso a caso, não podendo ser feita uma leitura tão automática quanto ao que vinha sendo defendido nos votos anteriores. Para se analisar caso a caso, o ministro estabeleceu que essa abordagem deve ser guiada por dois critérios: i) preponderância da finalidade política; ii) as atrocidades dos meios. Desse modo, como a Lei nº 6.683/1979 não determina quais seriam os crimes comuns, e utiliza uma conexão tecnicamente equivocada, permite-se que haja persecução penal contra esses agentes, desde que se aplique os critérios acima.

Por fim, o ministro fez menção à inafastabilidade da jurisdição, por força do artigo 5º, inciso XXXV da CF, assim como, recordou que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – ratificado pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos. Do mesmo modo, afirmou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu ainda que o descumprimento dessa obrigação configuraria violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, gerando responsabilidade internacional do Estado.

No mesmo sentido caminhou o voto do ministro Carlos Britto, quando explicou que não se pode justificar os crimes comuns cometidos por agentes políticos, como crimes conexos aos crimes políticos de forma automática, uma vez que muitos crimes comuns praticados eram ilegítimos, não só no Estado democrático, mas também no período ditatorial, afastando assim, a aplicabilidade ampla, geral e irrestrita da Lei da Anistia.

3. CASO GOMES LUND (GUERRILHA DO ARAGUAIA)

Em 26 de março de 2009, em conformidade com o disposto nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte uma demanda contra a República Federativa do Brasil, que se originou na petição apresentada, em 7 de agosto de 1995, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch/Americas, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares. Diante disso, a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte, considerando que representava uma oportunidade importante para consolidar a juris-

prudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados, à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de reconhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos.

No relatório de mérito nº 91/2008, a Comissão processou o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, fundamentando a jurisprudência daquela Corte contrária as leis de anistia e favorável ao dever de investigação, persecução e punição penal dos violadores de direitos humanos (GOMES; MAZZUOLI, 2011). Assim, para a Comissão, o Brasil deve responder pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e camponeses da região como resultado de operações do Exercito Brasileiro empreendidas no período de 1972 e 1975 com objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, na época da ditadura militar (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Dentre várias alegações trazidas pelo Brasil em sede de contestação, a defesa brasileira tentou levar a decisão da ADPF 153, alegando que a Corte se tornaria uma instância de revisão das decisões judiciais do STF, sendo uma verdadeira quarta instância (GOMES; MAZZUOLI, 2011). Acerca desse tema, será abordado em item próprio.

Quanto aos dispositivos da Lei da Anistia que impediam que o Brasil realizasse os atos de investigação e persecução penal em face dos agentes militares que violaram regramentos de direitos humanos, a Corte os considerou incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, afirmando que carece de efeitos jurídicos e que não se pode deixar de punir os responsáveis por tais atos de violação (GOMES; MAZZUOLI, 2011). Nesse sentido, não somente a investigação acerca da Guerrilha do Araguaia deveria ser instaurada, como também a violação a todos os graves casos de violação de direitos humanos ocorridos no Brasil. Portanto, o Estado deve conduzir eficazmente a investigação, perseguir criminalmente os agentes civis ou militares da repressão e aplicar as correspondentes sanções penais.

Importante fazer referência, aqui, ao posicionamento do ministro Celso de Mello, em seu voto na ADPF 153, no que diz respeito à aplicabilidade da lei da anistia apenas quando se tratasse de autoanistia. Essa alegação foi devidamente afastada pela Corte, asseverando que devem ser

observadas as suas disposições diante de todos os casos de anistias, não fazendo distinção entre autoanistias e demais.

Outro ponto analisado pela Corte diz respeito à reponsabilidade do Estado pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas identificadas como vítimas do presente caso. Nota-se que, apesar de já terem sido transcorridos mais de 38 anos da data do ocorrido, os restos mortais de apenas duas pessoas foram encontrados. Isso significa que o Brasil nunca ofereceu nenhuma resposta acerca dessas pessoas, o que, para a Corte, demonstra uma omissão contínua e que permaneceu ainda depois da redemocratização do país (GOMES; MAZZUOLI, 2011). Portanto, a Corte determinou que o direito dos familiares das vítimas de identificar o paradeiro dos desaparecidos, gera o dever do Estado de corresponder e atender a essas expectativas. Para a Corte de San José, receber os corpos das pessoas desaparecidas é de suma importância para seus familiares, já que lhe permite sepultá-los de acordo com a sua crença, bem como encerrar o processo de luto (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Além disso, a Corte condenou o Brasil pela violação à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois permanece o direito a buscar e a receber informação, bem como de conhecer a verdade sobre a Guerrilha do Araguaia. Por conseguinte, por se tratar de violações graves de direitos humanos, o entendimento da Corte foi que o Estado não poderia aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, como, por exemplo, prescrição, para eximir-se da obrigação de investigar e perseguir em juízo criminal.

Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana, a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano compreende o dever de repará-lo adequadamente e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Para evitar que tais atrocidades e violações aconteçam novamente, foram aplicadas algumas garantias de não repetição, que consistem na obtenção de salvaguardas contra a reiteração da conduta violadora de obrigações internacionais. O caráter autônomo dessa forma de reparação repousa na natureza exclusivamente preventiva de novos comportamentos

ilícitos, sendo, por outro lado, uma verdadeira forma de reparação, pois exige uma prévia obrigação de violação internacional (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Como exemplo da condenação a essas garantias de não repetição, pode-se mencionar a exigência que se instituísse um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, destinados a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, assim como que se tipificasse o delito do desaparecimento forçado, e que, enquanto não tivesse regulamentação expressa, que o Brasil não se omitisse de punir os crimes cometidos sob a égide desse delito, com a justificativa de ausência de previsão legal, devendo aplicar demais normas de direito interno.

4. CONFLITO ENTRE A ADPF 153 E A DECISÃO DA CORTE DE SAN JOSÉ

Nota-se, de início, que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a decisão do STF na ADPF nº 153 são divergentes. Dessa forma, algumas dúvidas surgem, como por exemplo, quanto à possibilidade de aplicação e respeito à decisão da Corte quando se estiver diante de uma jurisprudência interna em sentido contrário. Importante salientar que aqui não se analisa a celeuma em torno das teorias dualista e monista, sobre a relação entre os poderes constituintes, nacional e internacional, que refletem nada menos que as atuais preocupações sobre a reconfiguração da soberania nas sociedades atuais, numa disputa entre teses internacionalistas em que nem sempre os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana são o foco do debate.

Em busca de compatibilizar esses entendimentos, caso se utilizasse o pensamento negacionista da decisão da Corte, afastando sua aplicabilidade do caso em análise por estar em dissonância com a decisão do STF, estar-se-ia diante de uma sentença internacional ineficaz e inócua. Percebe-se, ainda, que esse tipo de colisão não decorre de dois textos legais, mas de duas interpretações dadas na atividade jurisprudencial no âmbito dos direitos fundamentais mas em níveis diferentes, não necessariamente hierarquicamente distintos mas de controle diversos e independentes.

Feitas essas considerações quanto à necessidade de conciliar as duas jurisprudências e a impossibilidade de se anular a decisão da Corte em

face da decisão do STF, é imperioso analisar quanto à forma encontrada para alinhar essa situação, uma vez que as Cortes Internacionais não são soberanas em relação à corte constitucional interna.

Na visão do professor André Ramos Tavares, para resolver esse conflito, há duas vertentes: a primeira delas é preventiva e consiste no apelo do diálogo das cortes, e a segunda consiste na teoria do duplo controle ou crivo dos direitos humanos ((GOMES; MAZZUOLI, 2011). Em caso de não haver acordo entre a decisão internacional e a aplicada no direito interno, o professor propõe que, já que ambas as Cortes são protetoras de direitos humanos, cada uma é responsável por analisar o caso concreto sob a sua ótica, sendo uma da Constituição Federal, e a outra, das normas da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Dessa feita, percebe-se que há um controle de convencionalidade, por parte da Corte de San José da Costa Rica e demais órgãos de direitos humanos do plano internacional, e um controle de constitucionalidade, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e juízos nacionais. Esse duplo controle parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões, porque cada Tribunal agiria em esferas diferentes e com fundamentos diversos.

Outrossim, o controle de convencionalidade das leis consiste, para Valério Mazzuoli (2011), em síntese, no esforço de compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados no Brasil, onde seu caráter deve ser entendido como complementar ao controle de constitucionalidade:

> [...] todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais em vigor no país (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles de convencionalidade (em relação aos tratados de direitos

> humanos) e de supralegalidade (no que toca aos tratados comuns), tema até então inédito na doutrina brasileira.

Assim, percebe-se que, tratando-se da apreciação da ADPF 153, em que o STF considerou constitucional a Lei da Anistia, foi realizado um controle em face da Constituição Federal de 1988, decidindo que o § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 6.683/1979 foi recepcionada pelo atual texto constitucional. Por outro lado, tem-se a análise da mesma lei, por parte da Corte de San José, utilizando-se das normas previstas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e dos demais tratados de direitos humanos, onde invocou que a Lei da Anistia não pode ser aplicada como forma de agraciar os agentes da ditadura (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Portanto, para que não haja divergência de entendimentos, como forma de promover segurança jurídica quanto à matéria de preservação interna das garantias de direitos humanos, qualquer ato interno, não importando a natureza ou a origem, deve ser aprovado pelo duplo controle de direitos humanos, caso contrário, estar-se-ia diante de uma conduta ilícita e violadora de direitos humanos, devendo o Estado não economizar esforços para dirimir a conduta e reparar os atos danosos (GOMES; MAZZUOLI, 2011). Para o professor André Ramos Tavares, a sentença internacional não rescinde nem reforma o ato judicial interno, já que inexiste hierarquia funcional entre os tribunais internos e internacionais. Sendo assim, não cabe a alegação de coisa julgada ou efeito vinculante para obstar persecução penal que esteja a aplicar a sentença interamericana, pois não houve rescisão ou anulação da ADPF 153, que continua a produzir os efeitos no que tange aos fundamentos de direito interno (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

CONCLUSÃO

Percebe-se que o grande cerne enfrentado neste artigo, versa sobre a necessidade de internacionalização dos direitos humanos levando em consideração a interpretação das Cortes internacionais quanto ao tema.

A intepretação dada pelo STF no julgamento da ADPF nº 153, que estava sendo julgada ao mesmo tempo em que a Corte Interamericana apreciava denúncia contra o Estado brasileiro versando sobre os mesmos

direitos humanos violados, demonstra o ilusionismo tanto criticado pelo professor André Ramos Tavares. Enquanto a jurisprudência interna não se apoiar nos precedentes utilizados pelas Cortes internacionais acerca da matéria, o Brasil permanecerá obtendo decisões equívocas e que fazem a interpretação conforme o nacionalismo e a normatividade interna, o que, obviamente não pode continuar acontecendo sob pena das decisões internacionais se tornarem inócuas e ineficazes.

Diante de cenário de conflito em que não se observa um diálogo das cortes, deve ser utilizada a teoria do duplo controle, segundo a qual, com vistas a garantir os direitos humanos das vítimas, o ato em análise deve observar sempre o crivo internacional e o interno, sendo feito um controle de constitucionalidade pelo STF, e um controle de convencionalidade pela Corte Internacional de Direitos Humanos.

Frisa-se que o ideal seria que as cortes se comunicassem numa forma das decisões serem mais uniformes, ainda que se saiba da autonomia soberania que os Estados detêm, uma vez que, quando um Estado opta por aceitar a jurisdição internacional de direitos humanos, como é o caso da Constituição Federal de 1988, quanto à matéria de preservação de direitos humanos, as decisões internacionais não podem ser vistas como meramente opinativas.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar: 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FILHO, Robério Nunes dos Anjos. **STF e os Direitos Fundamentais – Diálogos contemporâneos**. 1 ed – Salvador: Juspodvium 2013.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Crimes da Ditadura: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Almedina, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e do direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2018.

ESTUPRO CONJUGAL: VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E SEUS IMPACTOS NA INVISIBILIDADE E LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA SEXUAL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Anna Luiza Fernandes Maia[11]

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende fazer um estudo aprofundado a respeito do moderno conceito de estupro conjugal ou marital, levando em consideração a violência simbólica, conceito elaborado pelo sociólogo Pierre Bordieu, em sua obra *Dominação Masculina*, que representa uma violência que não é percebida pela própria mulher vítima do crime em tela. Serão discutidos os fatores culturais e históricos que levam à invisibilidade do delito, apontando o machismo enraizado numa sociedade altamente patriarcal e a consequente violência simbólica sofrida pelas mulheres como uns dos principais fatores que dificultam a legitimação do estupro marital e, consequentemente, acarretam numa demanda exacerbada de casos como esse que sequer são registrados.

Há um elevado índice de cifras ocultas em se tratando de delitos praticados contra a mulher, mais especificamente, no âmbito da violência

11 Discente do Curso de Graduação em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO.

doméstica e familiar. As chamadas "cifras ocultas" ou "cifras negras" surgiram como um viés da criminalidade oculta, tendo em vista que essas expressões se referem aos delitos que não foram oficialmente registrados, isto é, que não foram notificados a uma autoridade policial (CUNHA, 2018).

Essa ocultação do crime, entretanto, por vezes precedida pela própria vítima, indica um caráter de vitimização atrelado a uma cultura socialmente aceita. Isso ocorre porque há uma imensa invisibilidade das demais formas de violência existentes no âmbito doméstico e familiar. É comum as mulheres atrelarem à Lei Maria da Penha apenas as violências físicas sofridas dentro de casa, tendo como polo ativo dessa agressão, seus cônjuges ou companheiros. Porém, há que se falar em violência psicológica e violência sexual na relação conjugal, pois são assuntos praticamente não discutidos e, consequentemente, de difícil perceptibilidade e legitimação.

O tema abordado neste artigo científico é um assunto que gera polêmica desde os primórdios, tendo em vista que essa ramificação do crime de estupro é praticada desde os tempos mais antigos da existência humana, pois a mulher não podia exercer a vontade própria, logo, não tinha direito à liberdade sexual, devendo ser submetida aos desejos e vontades de seu marido. Porém, a liberdade sexual passou a ser amparada constitucionalmente por normas que tem como enfoque a busca incessante por igualdade de direitos entre homens e mulheres, bem como visam a proteção a mulher, que é o caso da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

A maior preocupação, ao escrever sobre o tema, é descobrir se essa violência simbólica construída historicamente justifica ou não o estupro conjugal, e se cria na vítima a crença da impossibilidade da legitimação da violência. No mais, preocupa-se em responder se esse crime será ocultado, caso seja justificado.

Apesar de estarmos no século XXI, ainda há uma forte dominação masculina sobre a mulher num contexto social, mesmo que inconscientemente. A mulher, criada numa sociedade de dominância masculina, tende a desenvolver ideologias semelhantes às de seus pais e/ou companheiros, o que é o principal fator capaz de consolidar a violência simbólica. Ela não enxerga a ocorrência do crime ao ter relações sexuais com namorado/companheiro/cônjuge contra a sua vontade; o natural, para esta mulher criada num seio sexista, é sempre submeter-se a isso, pois faz parte do

encargo da relação. Essa cultura é enraizada e que se reproduz junto às gerações mais novas, dificultando a legitimação do crime. No entanto, esse débito conjugal que se traduz historicamente no "dever" de submissão sexual da mulher em relação a satisfação da lascívia do marido, não mais se justifica na modernidade, tendo em vista que as regras sociais evoluíram, tendo a mulher domínio sobre o seu próprio corpo e sobre suas vontades.

Assim, este artigo científico pretende se debruçar sobre o seguinte problema: a violência simbólica sofrida por mulheres na sociedade brasileira legitima o estupro na relação conjugal? Mais que isso, leva a própria vítima à crença da legitimidade dessa forma de violência? Se assim não for, ou seja, se a vítima não enxergar o estupro conjugal como um ilícito, isso faz com que ocorra uma cifra oculta nos índices de estupro?

1. VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E O STATUS DA MULHER NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Em tempos pretéritos – mas não tão remotos assim –, a mulher era vista basicamente como um objeto da vida social e matrimonial, destinada a servir ao marido. Apesar de essa concepção parecer surreal aos olhos das novas gerações, o mais impactante é que ainda há resquícios desse período atualmente, fazendo com que as mulheres acabem por se sentirem inferiorizadas e ajam como tal.

A partir de uma construção cultural, o gênero nada mais é que um sistema simbólico; isto é, as categorias masculino e feminino estão condicionadas a valores e hierarquias sociais, onde a cultura de determinado local passa a "impor" atitudes e comportamentos atinentes aos homens e às mulheres, fortalecendo, assim, uma discrepância arcaica entre os gêneros (GEBARA, 2002).

É comum associarem a fragilidade à mulher, colocando-a em situação de dependência da figura masculina, seja do marido, do pai, do irmão ou do avô, dando início, assim, ao que chamamos de patriarcalismo e machismo (SCOTT, J. 1995). Esse termo, nas palavras de Christine Delphy, citada pela *Revista QG Feminina* sobre seu texto para o *Dicionário Crítico do Feminismo* (DELPHY apud QG FEMININA, 2018), pode ser considerado sinônimo de opressão/condição feminina, dominação masculina, dentre outras expressões comumente utilizadas nos anos 70,

ano que se referiam à sujeição das mulheres às regras impostas pelos homens na sociedade.

Imperioso destacar, mesmo que de maneira breve, que a mulher teve que seu comportamento moldado ao longo dos anos. Imagine que a família patriarcal é composta por uma pirâmide: no topo está o homem, no centro, a mulher e os filhos, e na base estão os escravos. O patriarcado funciona basicamente como a pirâmide descrita, as decisões partem de cima, do cume. O homem se encontra numa posição de relevância e superioridade, ditando as ordens, e as mulheres estão sempre abaixo, junto com os filhos e os escravos, para satisfazerem o homem da casa. E assim as mulheres foram criadas, e assim elas ensinaram seus filhos (ENGELS, 1884/1964; XAVIER, 1998).

A mulher contemporânea cresceu numa posição inferior, inserida nas partes inferiores da pirâmide e, por vezes, se percebeu inserida na classe das pessoas sem direito e liberdade, como os escravos. O patriarcalismo fez nascer na mulher a ideia de que o casamento é um contrato conjugal, de alienação sexual e político, sendo o homem o único que tem vontade própria e liberdade sexual (SAFFIOTI, 1987).

Por falar em falta de liberdade sexual feminina no seio doméstico e familiar, o pensador Pierre Bourdieu em seu livro *A dominação masculina*, exemplifica essa ausência atrelada a ideia de dominação/submissão:

> Foi na fonte que o primeiro homem encontrou a primeira mulher. Ela estava apanhando água quando o homem, arrogante, aproximou-se e pediu de beber. Mas ela havia chegado primeiro e também estava com sede. Descontente, o homem a empurrou. Ela deu um passo em falso e caiu por terra. Então, o homem viu as coxas da mulher, que eram diferentes das suas. E ficou paralisado de espanto. A mulher, mais astuciosa, ensinou-lhe muitas coisas: 'Deita-te, disse ela, e eu te direi para que servem teus órgãos'. Ele se estendeu por terra. [...] e deitou-se sobre ele. O homem experimentou um prazer enorme [...] um dia, o homem disse à mulher: 'Eu quero te mostrar que eu também sei fazer coisas. Estende-te e eu me deitarei sobre ti.' A mulher deitou sobre a terra e o homem se deitou sobre ela. E ele sentiu o mesmo prazer. E então disse à mulher: 'Na fonte és tu (quem dominas), na casa sou eu'[...]. (BOURDIEU, 2012, p. 34-35).

E com o passar dos anos a mulher se viu cada vez mais inserida nessa posição imposta pelo homem e, consequentemente, comportou-se como tal, aderindo às regras, crenças, valores e costumes daquela época.

Quando falamos de cultura, crenças e valores, é normal que cada um se posicione de uma maneira e veja esses conceitos com olhares diferentes, por vezes. Acontece que na sociedade contemporânea, apesar de estarmos no século XXI e apesar de haver ideais diferentes dos ideais da época em que o patriarcalismo era dominante, ainda há fortes resquícios da dominação masculina perante as mulheres. Um exemplo disso é o ato matrimonial, onde a mulher é passada das "mãos" do pai para as "mãos" do marido (SAFFIOTI, 1987).

A sociedade atual ainda é muito marcada pelo patriarcalismo e isso faz com que as relações sociais fiquem à mercê do poder de dominação. E esse poder de dominação nas relações conjugais pode chegar ao extremo, fazendo com que a mulher seja vítima de violência sexual dentro de sua própria casa, pelo seu próprio marido. Nesse sentido, se posiciona Saffioti (1987, p. 18):

> Contrariando a vontade da mulher, o homem mantém com ela relações sexuais, provando, assim, sua capacidade de submeter a outra parte, ou seja, aquela que, segundo a ideologia dominante, não tem direito de desejar, não tem direito de escolha.

Os dados indicam que essa visão absurda e arcaica de que a mulher é um objeto de satisfação da lascívia dos homens – mesmo que esses homens sejam as pessoas mais próximas da vítima, com quem ela possui forte confiança – ainda respinga nas atitudes criminosas. A partir de uma análise produzida por meio de dados dos registros policiais e das Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social, elaborada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em relação ao vínculo com o abusador, 75,9% das vítimas possuem algum tipo de vínculo com o agressor, entre parentes, companheiros, amigos e outros. Tudo isso indica que, apesar de estarmos no século XXI, a mulher contemporânea ainda é fruto de raízes bastante antigas, raízes essas que, por vezes, condicionam seu comportamento, limitam sua liberdade/vontade e fazem com que sejam – na maioria das vezes sem perceber – fantoches de seus cônjuges, companheiros, pais e irmãos (NOGUEIRA, 2018).

O domínio masculino pode ser entendido como o método-chave do controle patriarcal, o que pode levar – e leva – à ocorrência das mais diversas formas de violência cometida contras as mulheres. A Revista QG Feminina (2018, online) publicou uma matéria sobre "estupro, cultura do estupro e o problema do patriarcado", e dela se depreende o seguinte:

> O feminismo desafia atos de dominação masculina e analisa a ideologia patriarcal subjacente que tenta tornar esse domínio parecido inevitável e imutável. As feministas radicais de segunda onda na segunda metade do século XX identificaram a violência masculina contra as mulheres — estupro, agressão sexual infantil, violência doméstica e várias formas de assédio — como um método-chave de controle patriarcal e fez um argumento convincente de que a agressão sexual não pode ser entendida fora de uma análise da ideologia do patriarcado (QG FEMININA, 2018, online).

Apesar da mulher do século XXI ter deixado de ser coadjuvante de seus maridos e ter passado a ocupar posições diferentes na esfera social, exercendo a autonomia, liberdade de expressão dentre outros direitos que lhe foram conferidos, algumas figuras femininas ainda se sentem presas às suas raízes.

Partindo desse pressuposto, surgiu a expressão "violência simbólica", termo criado pelo sociólogo Pierre Bourdieu (2002) que representa uma forma de coação fundada no reconhecimento de uma imposição determinada, seja ela cultural, simbólica ou econômica.

> Também sempre vi na dominação masculina, e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que eu chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento. Essa relação social extraordinariamente ordinária oferece também uma ocasião única de apreender a lógica da dominação, exercida em nome de um princípio simbólico conhecido e reconhecido tanto pelo dominante quanto pelo dominado, de uma língua (ou uma maneira de falar), de um estilo de vida (ou uma maneira de pensar, de

> falar ou de agir) e, mais geralmente, de uma propriedade distintiva, emblema ou estigma, dos quais o mais eficiente simbolicamente é essa propriedade corporal inteiramente arbitrária e não predicativa que é a cor da pele. (BOURDIEU, 2002).

Segundo Bourdieu (2002), o pensamento do dominado condiz com as estruturas de dominação, ou seja, as mulheres acabam por reconhecer essa submissão e aceitam a própria dominação, deixando nascer essa violência sutil, que é a violência simbólica.

A violência simbólica prova o quanto o patriarcalismo – ou a dominação masculina – possui força ainda nos dias atuais. A violência simbólica se materializa com a manutenção de crenças patriarcais e machistas que induzem a mulher a se comportar e se posicionar na sociedade seguindo o padrão do seu dominador. Esse tipo de violência suave não é percebida pelas mulheres porque elas entendem que aquela é a maneira correta de agir, afinal, foram criadas e educadas para se comportarem como tal, e mais, elas acreditam que agindo daquela forma estarão agradando os seus maridos, como uma moeda de troca por tudo que eles já fazem.

Esse tipo de violência silenciosa é considerado grave porque condiciona o comportamento feminino, a mulher passa a reproduzir os pensamentos do dominador, passando a acreditar fielmente que são corretos e naturais. Contudo, o que não pode acontecer é equiparar a violência simbólica a uma violência irreal e, assim, minimizar ou extinguir a culpa do agressor, acreditando que por se tratar de uma violência espiritual, justificaria o estupro.

A violência simbólica não tem cor nem renda, ela atinge todas as mulheres que sofrem com os resquícios do patriarcalismo existente nas massas culturais, certamente que em níveis diferentes. A título exemplificativo: a) Maria, moça humilde e com pouca instrução, é casada há 20 anos, tem quatro filhos e não trabalha fora. Seu marido, que trabalha o dia inteiro, ao chegar a casa, espera deitar-se com sua esposa. Não há nenhum problema para Maria, eis que servir sexualmente seu marido é uma espécie de recompensa por ele ser o único provedor da casa. b) Lúcia, filha de militar, casada há 20 anos, é médica e trabalha praticamente o dia inteiro. Ao chegar a casa, seu marido, que trabalha de *home office*, espera deitar-se com ela. Apesar de estar cansada, após um longo dia de plantão, Lúcia,

que cresceu vendo sua mãe servindo seu pai, atende ao pedido de seu marido pois entende que faz parte dos encargos do casamento.

Esses dois exemplos ratificam uma cultura socialmente aceita: a mulher contemporânea – que vota, que trabalha fora, que é a provedora da casa, que é independente e até mesmo solteira – ainda tem seu comportamento voltado para a cultura e, infelizmente, a erudição é patriarcal. A cultura abrange aspectos como valores morais, costumes, religiões, sistemas, leis, modo de agir e pensar, crenças etc.

Mister salientar que, apesar de os fatores culturais possuírem forte influência perante a violência simbólica, conforme já foi visto acima, o intuito dessa pesquisa não é reduzir a violência sexual à cultura do estupro, o que seria um absurdo. O marco central deste artigo é demonstrar, de maneira circular e viciosa, como a violência simbólica norteia os comportamentos humanos, principalmente o comportamento feminino. Lê-se violência simbólica como consequência de uma sociedade altamente machista e patriarcal, ainda que contemporânea.

No entanto, o ponto primordial ao escrever sobre o tema é: em que momento a mulher ocupou o papel de serventia, principalmente no quesito sexo? Que existe a submissão feminina e uma violência simbólica, resta-se claro, mas como a mulher passou a se autocolocar nessa situação e quando ela vai enxergar que sexo sem vontade e sem consentimento, ainda que com seu marido, é considerado crime de estupro?

Não se trata de fragilidade, comodidade ou coragem para sair da inércia cultural, mas é uma questão de falta de oportunidade. Apesar das leis de proteção às mulheres e os inúmeros movimentos e avanços feministas, a mulher ainda possui pouca voz. Infelizmente, ainda hoje, seria um exagero dizer que existe uma paridade plena de direitos entre os gêneros quando uma mulher não pode ter sua liberdade sexual ilimitada.

1.1. VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E O PROBLEMA DA INVISIBILIDADE E LEGITIMAÇÃO DO ESTUPRO CONJUGAL

Como visto, o estupro conjugal ou marital ocorre quando há uma transgressão sexual contra um dos parceiros. Utilizar de violência ou ameaça para que aconteça uma relação sexual é uma forma clássica des-

se tipo de estupro, e tem como punição, além da pena tipificada no art. 213 do Código Penal (BRASIL, 1940), um aumento da metade por ter sido cometido contra cônjuge ou companheira, nos termos do art. 226 do mesmo diploma legal.

A partir do conceito de violência simbólica abordado em linhas anteriores, resta-se claro que a violência sexual praticada no âmbito das relações domésticas, familiares e íntimas de afeto é fruto de uma "cláusula matrimonial" decorrente de uma "coerção naturalizada" imposta às mulheres desde os tempos mais remotos.

Infelizmente, o sexo numa relação (namoro, união estável ou casamento) – mesmo que forçado – está enquadrado como algo normal, pois é cultural e socialmente aceito, concretizando, assim, uma situação extremamente opressiva para as mulheres, mesmo que algumas delas ainda não tenham se dado conta disso. À vista disso, a falsa ideia de "sexo cedido" faz com que muitas mulheres não descortinem o que, de fato, vivem dentro de seus próprios lares.

Tal conjuntura faz com que o patriarcalismo seja alimentado, vivificando a ideia de invisibilidade desse delito tão cruel e grave. Não obstante, muito embora as vítimas não encarem a situação como um estupro – melhor dizendo, mesmo que elas não verbalizem –, estas têm apresentado descrições típicas da violência que tipifica o estupro marital. Nesse sentido, se posicionam Brazão e Grossi (2000): "É praticamente impossível desvendar, nos dados estatísticos, situações de estupro conjugal, porque elas estão escondidas em outros itens, como o de lesões corporais".

Realizou-se uma curta pesquisa qualitativa a fim de aprofundar os estudos sobre a visão da mulher sobre a violência sexual a qual foi submetida. Uma das mulheres entrevistadas – chamarei de entrevistada nº 1 – (vítima em um processo de lesão corporal decorrente de violência doméstica) relatou que sempre apanhava do marido quando este chegava em casa embriagado e ela se recusava a deitar com ele, tendo ocorrido, em uma dessas ocasiões, socos, pontapés e sexo anal forçado como forma de castigá-la pela negativa. Esta mulher, que narrou esse episódio em uma Audiência de Instrução e Julgamento para apurar um crime de lesão corporal praticada pelo seu companheiro, com o intuito de relatar as agressões recorrentes, acabou por denunciar, mesmo que inconscientemente, um crime de estupro. Esse relato nos leva a concluir que, muito embora ela não tenha

encarado a situação como um estupro, foi percebido, por esta vítima, que houve um ato de violência, que aquilo não era um comportamento normal e esperado num casamento, tanto é que ela descreveu os fatos para um juiz, acusando o companheiro "de alguma coisa". Isso mostra, felizmente, o quanto o feminismo e a educação sexual têm alcançado com as novas gerações, ainda que lenta e gradualmente.

A entrevistada nº 2 foi bastante específica quando falou do sentimento pós-relação sexual não consentida, usando expressões como: "nojo da relação", "me lavava imediatamente", "perdi o desejo sexual" e "tinha pavor de uma gravidez indesejada ou de contrair uma doença sexualmente transmissível".

Já a entrevistada nº 3 chamou a atenção com sua fala, pois de todas as entrevistadas, foi a única que mencionou a palavra *estupro*. Porém, ao descrever uma conversa que teve com a mãe, quando contou que tinha sido violentada pelo marido, recebeu a seguinte resposta: "minha filha, esquece isso, não fala besteira não. Ele só ficou chateado porque você negou, não se nega marido, por isso machucou um pouco. Se fosse para estuprar, ele estupraria alguém na rua, quem é que estupra mulher de casa?". A fala da mãe – que vale dizer, possuía 76 anos – gerou na entrevistada um sentimento de exagero, ela começou a se culpar por ter cogitado que o marido fosse capaz de algo tão cruel, tendo, inclusive, pedido para o pastor de sua igreja "a curar de pensamentos ruins".

A juíza estadual M. A. C. J. Tavares (TAVARES, 2020) colaborou com a pesquisa qualitativa ao narrar a experiência que teve com uma vítima de estupro conjugal, que, em sede de audiência de instrução e julgamento, relatou-lhe o seguinte:

> Ela foi bastante clara ao descrever os fatos. Apesar de ter entendido a situação há pouco tempo, a iniciativa de denunciar o crime de estupro marital partiu dela. Ela foi até a delegacia e usou essas palavras: "Fui estuprada pelo meu marido". Na oitiva dela, pude perceber que aquilo era um processo. E estava certa. Ela demorou 14 anos para entender e denunciar o crime. Lembro de ela ter relatado as inúmeras vezes que o marido fez relação sem o seu consentimento, inclusive com ela chorando. Ela dizia que na época achava que por ser seu marido, aquela situação estava dentro do seu dever.

> Tem uma frase dela que ficou muito marcada em mim, porque eu também já escutei essa expressão: "Ah, depois vocês resolvem dentro do quarto! Mas ninguém te diz o que é resolver dentro do quarto. Eu achava que se o deixasse fazer isso, no outro dia ele estaria normal comigo". Foi uma audiência complicada. Ela me olhava nos olhos, dizia uma palavra ou duas, caía no choro, entendia que eu estava sentindo a dor dela, e posteriormente recomeçava a fala. Foi doloroso demais (TAVARES, 2020).

1.1.1. VITIMIZAÇÃO E CIFRA OCULTA NOS CRIMES PRATICADOS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS, FAMILIARES E ÍNTIMAS DE AFETO

Como se pode imaginar, a maior parte dos delitos não chega ao conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público em razão da estagnação da vítima em denunciar os fatos para que se inicie uma persecução penal, fazendo com que a grande maioria dos crimes permaneça oculta.

O *9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública* divulgou que 47.600 pessoas foram estupradas no Brasil em 2014, isso levando em consideração apenas os casos que chegaram ao conhecimento das autoridades, isto é, que foram registrados. A estimativa apontada pelo anuário é de que essa quantidade represente apenas 35% do verdadeiro índice de estupros ocorrido no país naquele ano, o que significada, deploravelmente, que a estimativa é de que 65% da população estuprada não notificou o crime às autoridades (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RORAIMA apud ANUÁRIO..., 2014).

Avançando para dados pouco mais recentes, o *12º Anuário Brasileiro de Segurança Pública* indicou que no ano de 2017 foram registrados em sede policial 49.497 casos de estupro, e que o Sistema Único de Saúde (SUS, 2017) contabilizou 22.918 casos. Infelizmente, interpreta o mapa que se todos os casos fossem contabilizados, essa quantidade já estaria em torno de 300 a 500 mil estupros no ano de 2017 no Brasil.

Utilizando o estudo das cifras criminais, elaborado pelo sociólogo Edquin H. Sutherland, citado no artigo de Vinícius Alexandre de Pádua (SUTHERLAND apud PÁDUA, 2015, online), tem-se a "cifra ocul-

ta", também intitulada "cifra negra da criminalidade", "zona obscura" ou "cifra obscura", que revela um alarmante descompasso entre a criminalidade real (delitos realmente cometidos) e a criminalidade estatística/aparente (delitos oficialmente registrados ou que chegam ao conhecimento do poder público). Sendo assim, pode-se afirmar que as cifras ocultas ou cifras negras correspondem à porcentagem de delitos que sequer são informados ou elucidados.

Partindo desse pressuposto, Pedro Luciano Evangelista Ferreira (2002) aponta a contribuição da vítima – frise-se o termo "contribuição", que nada tem a ver com "culpa" – para que esses delitos permaneçam ocultos, ponderando que há uma enorme diferença entre a criminalidade real e a criminalidade aparente:

> Muitas vezes, a própria vítima tem certa participação no incremento da cifra negra, por não dar conta da ocorrência do fato delituoso e por considerá-lo como não delituoso ou não judicialmente punível. Temendo represálias, a vítima não denuncia ou representa, outras vezes não faz uso dos meios judiciais pela existência de meios alternativos geralmente desproporcionais. (FERREIRA, 2002, p. 10).

Nessa perspectiva, constatou Shirlei da Silva Menezes (2002) que a mulher estuprada é fruto de uma vitimização secundária, sendo coagida pelo sistema a permanecer inerte e em silêncio, sob a justificativa de que é a melhor coisa a ser feita, pois já basta toda a exposição, danos psicológicos, sociais e físicos por ela sofridos.

Conforme já elucidado e na interpretação de Ivânia Teixeira (2015, p. 14), a ineficácia do sistema penal brasileiro, atrelada a vergonha, ao constrangimento, medo da humilhação, da incompreensão de familiares, e a um atendimento fraco ou inadequado por parte das autoridades faz com que muitas vítimas temam denunciar um crime sexual, já que na maioria das vezes a população em geral culpa a mulher, acreditando, erroneamente, que ela provocou ou favoreceu a violência. A falta de amparo legal e emocional, consequentemente, alimenta o silêncio, ocasionando, em alguns casos, para além da violência, a morte da vítima.

O pensamento arcaico da sociedade atrelado ao preconceito das pessoas e a falta de suavidade e treinamento nos atendimentos dos serviços de proteção a mulher, bem como qualquer outro serviço público, faz com que a mulher seja vítima não somente do abuso sexual sofrido em seu lar, mas vítima, também, de uma sociedade altamente sexista que alimenta um comportamento violento, desrespeitoso e fora de qualquer ligação com a liberdade sexual.

Imprescindível, nessas situações, que a vítima tenha amparo e possibilidade de falar sobre o ocorrido, sem que seja culpada pela "resposta atravessada" que deu ao marido, pela comida que não ficou tão gostosa, pela hora que chegou em casa ou pela recusa, com a justificativa de ser um "encargo do casamento". Infelizmente, há muitos mecanismos invisíveis envolvendo esse tipo de crime: vítimas não denunciam seus agressores, famílias e amigos ignoram os pedidos de socorro e órgãos públicos não investigam ou não têm recursos/habilidades para chegar ao criminoso. Num contexto geral, a falta de preparo dos setores público e privado para receber mulheres vítimas de violência sexual tem sido um fator de grande valia para o aumento das cifras ocultas da criminalidade.

É preciso desconstruir velhos padrões, investir na educação sexual com as novas gerações, continuar rompendo com a cultura machista e desnaturalizar situações desconfortáveis, seja para a mulher ou para o homem, porque o feminismo não é e nunca foi preponderar os direitos de uma mulher e diminuir os dos homens, mas igualar os dois gêneros, fazendo com que se faça valer, nesse caso em específico, a liberdade sexual para ambos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que o crime de estupro é, na maioria das vezes, relativizado pela própria vítima, pela família, pelos costumes, e, consequentemente – pasmem –, pelo sistema penal brasileiro. Essa relativização é fruto de ordenamentos penais anteriores que eram escritos com base na cultura, valores e princípios vigentes naquela época. É de se esperar que o estupro conjugal não fosse caracterizado por um Código Penal que foi escrito numa época patriarcal. Naquela época não se falava em relação sexual abusiva dentro dos relacionamentos, já que o sexo era tido como

um direito do homem e um dever da mulher. Afortunadamente, os tempos passaram e não mais se encaixou na atualidade os costumes do período patriarcal. A mulher vem tomando o seu espaço e adquirindo os seus direitos, podendo – e devendo – dizer "não".

Conforme foi abordado no corpo deste artigo, é bem verdade que o discurso das vítimas, ao denunciar as agressões sofridas, nem sempre possui conotação de violência quando mencionam o ato sexual não consentido. Algumas mulheres vítimas de violência doméstica, quando chegam a denunciar as agressões perpetradas pelos seus cônjuges ou companheiros, utilizam-se de frases marcantes que auxiliam na caracterização do delito, conforme supramencionado, sendo de grande valia para que o julgador consiga distinguir da relação consentida, natural entre os casais.

Foi visto, no decorrer do artigo, que há diferentes níveis de abordagem e visibilidade do estupro, tendo sido chamado a atenção para dois: a violência sexual como um crime legítimo e ilícito, penalizado e combatido pela Lei Maria da Penha, e a violência sexual como algo natural nos contratos conjugais, como um encargo da mulher.

Diante de tudo que foi mencionado, pode-se constatar que apenas uma parte das mulheres consegue entender que a violência sofrida, por mais que seja simbólica, possui traços de uma relação sexual não consentida, o que responde a primeira indagação da introdução deste artigo: sim, a violência simbólica sofrida por essas mulheres legitima o estupro conjugal. Por outro lado, uma grande massa de mulheres não compreende a violência perpetrada por seus maridos, para se conseguir a relação sexual, como uma violência propriamente dita, caracterizadora de um estupro. A maioria dessas mulheres foi criada num seio sexista e patriarcal e, por consequência, ainda possuem resquícios dessa cultura machista em suas atitudes, o que as leva a aceitar condutas desleais, injustas e criminosas de seus companheiros. Dessa forma, respondendo ao último questionamento da introdução deste texto, se para essas mulheres não há estupro, logo, ele não será notificado, tornando-se uma cifra oculta nos índices de violência sexual.

Ante o exposto, para que as taxas desse tipo de crime sejam ao menos diminuídas, faz-se necessário reconhecer a violência sexual como um "objeto" do setor saúde. Isto é: reforçar campanhas da Lei Maria da Penha; fixar postos de atendimento à mulher nos bairros, com apoio da guarda-municipal; investir em palestras nas escolas e faculdades sobre sexuali-

dade e direitos humanos, deixando sempre claro os direitos da mulher, com atenção maior ao direito de dizer não; cursos de humanização do atendimento para todos os funcionários do serviço público, abordando situações problemáticas envolvendo a mulher; a interação das áreas cruciais de um município (Unidades de Saúde e Educação, Delegacia, Ministério Público, Instituto Médico Legal etc.), fazendo atuarem juntas para que o sistema de atendimento à mulher funcione sob um único rito, para que elas tenham um atendimento de qualidade e com segurança em qualquer setor; e, por fim, que seja construído pela Prefeitura Municipal um centro de acolhimento à mulher vítima de violência doméstica e familiar, sob proteção da Polícia Militar, com acompanhamento de assistentes sociais, equipe médica e psicólogos, a fim de evitar a reinserção dessa mulher à residência do agressor, e, consequentemente, evitar a revitimização.

Sendo assim, resta concluir que a infeliz invisibilidade do estupro marital, por vezes precedida pela própria vítima, não gera a ilegitimidade do delito, pois, como mencionado nos parágrafos deste artigo, por mais que a mulher não verbalize o crime, ela menciona sensações e dores decorrentes dessa violência, restando, assim, consumado o delito de estupro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANTONI, Clarissa de; MAZONI, Carolina; MUSSKOPT, Filipe. Concepções dos operadores do Direito sobre crimes sexuais conjugais e extraconjugais: implicações psicossociais. **PEPSIC – Periódicos eletrônicos em Psicologia.** Londrina, 2014, v. 5. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?frbrVersion=2&script=sci_arttext&pid=S223664072014000200004&lng=en&tlng=en>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Trad. Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Edições 70, 2011.

BRASIL. **Código Penal**, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm . Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 ago. 2006. Disponível em: <Lei nº 11.340 (planalto.gov.br)> Acesso em: 14 mar. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Brasília: Editora Inesc, 2008.

CERVINI, Raúl. A cifra negra da criminalidade oculta. **Revista Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 1, p. 215-225, 2010.

COSTA. Renata Sobral. **Possibilidade de Configuração do Crime de Estupro nas Relações Conjugais.** Faculdades Integradas, Antônio Eufrásio de Toledo. Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/696>. Acesso em: 14 mar. 2021.

COSTA, Tailson Pires; DIÓGENES, Thais. **A Possibilidade Jurídica de Estupro na União Estável.** Vol. 1, 2004, Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/view/500/498>. Acesso em: 21 fev. 2021.

DANTAS-BERGER, S. M. **Violência sexual contra mulheres: entre a (in)visibilidade e a banalização**. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000116&pid=S0102-311X2005000200008000001&lng=en>. Acesso em: 27 fev. 2021.

FREITAS, Júnior. **Estupro marital: uma breve análise da legislação ao redor do mundo.** Disponível em: <http://www.lumosjuridico.com.br/2017/10/30/estupro-marital-uma-breve-analise-da-legislacao-ao-redor-do-mundo/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Em que consistem as expressões cifra negra e cifra dourada?** Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=cifra+dourada Acesso em: 26 fev. 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** Niterói: Impetus, 2010.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

JENSEN, Robert. **Estupro, cultura do estupro e o problema do patriarcado.** Trad. Carol Correia. Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/estupro-cultura-de-estupro-e-o-problema-do--patriarcado-aad8556241f4>. Acesso em: 19 fev. 2021.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

A FALTA DE EXATIDÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOBRE QUEM DETÉM A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A EDUCAÇÃO NO BRASIL E OS EVENTUAIS ATRITOS QUE OCASIONA

Gustavo Henrique Betini Poço[12]

INTRODUÇÃO

Um dos direitos sociais de maior relevância é a educação. O conhecimento é fundamental para o ser humano encontrar melhores formas de viver, adaptar-se ao contexto em que se encontra, resolver os impasses e desafios que obstam seu caminho, desenvolvidos de forma autopoiética, sem uma causa específica, mas por juízo de probabilidade, ou como consequência de seus atos. Portanto, a educação deveria ser realizada da melhor forma possível, pois o futuro das gerações depende disso, inclusive a atual, já que o mundo prioriza pessoas qualificadas. Isso ocorre sobretudo no plano do trabalho, que vem deixando de ser um sistema braçal

12 Aluno da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; pesquisador do Grupo de Filosofia (Neo) Kantiana do Professor Doutor José Resende Junior.

para o intelectual, com o advento das máquinas que agem de modo mais eficiente e barato.

Este é tema de grande relevância acadêmica no sistema federalista brasileiro, para a ciência jurídica, uma vez que não é possível haver confusão, falta de clareza nas normas que regulam o sistema educacional, porque estas provocariam, na execução desse dever do Estado, fragilidade no sistema e prejuízo para o desenvolvimento nacional, já que a população não será a mais qualificada e uma elevada judicialização, sobrecarregando o Judiciário. No entanto, as confusões existem, uma vez que as normas que conferem as competências da promoção da educação no Brasil são principiológicas, ou seja, elas impõem ao Estado a obrigação de fazer algo, como garantir o ensino gratuito a todos. Cabe às legislações ordinárias delimitar e esclarecer como deveria ser o fornecimento da educação por parte de cada ente federativo, como preceitua o artigo 214 da Constituição Federal[13]. E pela omissão legislativa, a imposição não é detalhada, não se descrevendo quais condutas devem ser tomadas para atingir esse fim e por qual entidade estatal deve ser feita, além de não prever eventuais consequências.

Além disso, pelo fato de a Constituição enunciar alguns deveres do Estado como princípios, e não como regras, deixa o sistema aberto, fato que pode causar confusão na hora de delimitar as responsabilidades sobre a educação brasileira. Isso resultaria em uma pluralidade de fontes distintas que delimitam como será promovida a educação, causando disparidade no nível de escolaridade em diferentes regiões do país e ferindo o princípio da igualdade, ao criar oportunidades distintas dentro de um mesmo contexto.

---

13 Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I – erradicação do analfabetismo; II – universalização do atendimento escolar; III – melhoria da qualidade do ensino; IV – formação para o trabalho; V – promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI – Estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

A desigualdade no acesso à educação afeta negativamente os índices na educação, pois resulta na evasão escolar de jovens, que saem, por não conseguirem continuar por falta de vagas. No entanto, ela se manifesta também de acordo com a região do país e de acordo com os níveis de escolaridade, sendo mais grave no ensino médio. Isso afeta principalmente os mais pobres, pois enquanto 89,4% dos considerados mais ricos no Brasil concluem nove anos de estudo, apenas 38,8% dos mais pobres realizam o mesmo feito (INTERSCIENCE PLACE, 2010).

O atual modelo de competência da educação influencia diretamente no investimento na educação, uma vez que, por não ser unificado, apresenta disparidade na quantidade de recursos repassados pela União para cada unidade federativa. Como a verba disponível é limitada, isso acarreta dificuldades para gerir eficientemente o sistema educacional como um todo, pois cada unidade possui gastos, características e necessidades diferentes. Além disso, algumas dessas entidades apresentam uma administração muito mais eficiente do que outras, fato que possibilita expandir e manter o sistema educacional com menos recursos.

Tal descentralização também apresenta um desafio para a promoção de políticas de efeito Nacional, uma vez que, para fazer algo do tipo, torna-se necessário integrar um grande número de administrações diferentes, compensando as invitáveis diferenças da situação em que se encontram, para que seja aplicada de forma isonômica, na proporção nacional.

1. O FEDERALISMO E A SUA VERSÃO BRASILEIRA

O federalismo como sistema, nas palavras do constitucionalista João Mangabeira, é aquele no qual:

> [...] há Federação onde a tutela constitucional garante a autonomia dos Estados, onde estes participam de competência constitucional própria, onde a Constituição não se reforma sem a audiência e o consentimento dos Estados-membros, onde, por último, acima da vontade dos componentes da organização política, paira uma instância judiciária superior, tribunal supremo, com poderes para dirimir conflitos porventura suscitados entre a União e os referidos Estados (MANGABEIRA, 194-?).

Ou seja, os Estados-membros são autônomos, com competência para legislar sobre diversos assuntos que lhes são atribuídos pela Constituição e que são de seu interesse. No entanto, o Brasil, seguindo a doutrina de Rui Barbosa, adota um modelo que foge da fórmula norte-americana, por exemplo, de federalismo, estipulada por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (HAMILTON; MADISON; JAY, 2011), na qual há maior presença dos Estados-membros atuando do que da União.

Na concepção do grande jurista e político brasileiro, a "[...] federação pressupõe a União e deve destinar-se a robustecê-la" (BARBOSA, 1933), não se aceitando, em momento algum, "sua tibieza, uma vez que, segundo uma visão organicista, os Estados-membros são partes que sustentam um todo, que é a União, sendo assim, a separação deles a assassina" (BARBOSA, 1933)

Logo, "[e]nquanto o federalismo, nos Estados Unidos, surgiu pela **agregação**, [...] [o] brasileiro, por sua vez, formou-se por **segregação**, ou seja, por processo político desenvolvido a partir do governo central" (grifo da autora) (NOHARA, 2016). Ou seja, no Brasil, o federalismo surge de forma centrífuga, com o desmembramento, descentralização de um Estado unitário, com apenas um órgão de criação legislativa que irradia no território inteiro, ao invés de forma centrípeta, com Estados soberanos ou independentes se unindo a partir de uma Constituição, tornando-se autônomos (TAVARES, 2017).

Isso provoca, de certa forma, uma fragilização na autonomia dos Estados-membros, além de uma confusão sobre o que é ou não possível de deliberação por parte deles. Há um extenso rol de competências legislativas privativas à União, previstos no artigo 22 da Carta da República, dentre as quais o dever de legislar sobre as diretrizes e bases da educação (BRASIL, 2008), enquanto os outros entes federativos permaneceram com aquelas que não foram elencadas nesta lista exaustiva. No entanto, o federalismo no Brasil, apesar de não aparentar; de ser algo mais nominal, como já afirmou o Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2015), do Supremo Tribunal Federal, é um misto na seara das competências, das atribuições, com pitadas de cooperação e de dualismo (TAVARES, 2017).

Isto é, os entes federativos agem de forma cooperativa, no âmbito das competências materiais e, apesar de restritas, legislativas (art.23 e 24, CF) em certas áreas elencadas pela Carta da República, ou com cada ente

responsável por um serviço, atribuição concreta e criação legislativa específica, respectivamente. Nesta última, a União ficou com a maioria, como supracitado, e os Estados-membros ficaram limitados a questões envolvendo gás canalizado e temas residuais, ou seja, que não cabem a nenhum outro ente federativo (art.25, §1º, CF) (TAVARES, 2017).

2. OUTROS PROBLEMAS DECORRENTES DO FEDERALISMO BRASILEIRO

Outra deturpação foi realizada no modelo da Federação brasileiro, que é a consideração dos municípios como entes federativos, e não apenas como uma ferramenta de desconcentração administrativa, como normalmente se configura. Isso acarretou "[...] um tensionamento entre as autonomias, direitos e responsabilidades dos entes federativos, [...] em meio às discrepantes condições econômicas e de gestão dos governos subnacionais", como ocorre nas questões tributárias e educacionais (FEDERALISMO, 2012).

Isto se deve ao fato de serem competências ditas como concorrentes entre os entes, como disserta o artigo 24 da Constituição Federal, por faltar definição, clareza, nas normas e critérios que tratem como deve ser a relação entre os entes no cumprimento dessas competências e pela falta de um "[...] sistema nacional", de um "[...] acordo federativo claro sobre a repartição e o compartilhamento das responsabilidades para o exercício da competência [...]" com "[...] metas comuns capaz[es] de articular ações entre os sistemas de ensino" (FEDERALISMO, 2012) .

Em consonância, o maior desafio do sistema federativo brasileiro atual é a realização de uma ação colaborativa e cooperativa entre os membros da Federação, nos assuntos que permeiam cada esfera, como é o caso da educação. É necessário construir um sistema nacional de educação que não esteja preso nas "mãos" de um dos entes, mas que permaneça com o ideal de unidade nacional, com a maior parte dos recursos adicionais advinda da União, que seria, ao criar o "mapa", os critérios e requisitos para a aplicação, a condutora do sistema (FEDERALISMO, 2012). Isso só ocorrerá quando houver uma boa definição das atribuições, pois só assim a oferta de educação será de qualidade, eficiente, sem disparidades, em todos os níveis e modalidades do Estado (FEDERALISMO, 2012). Além

desse problema, da falta de clareza e definição das normas, sobre como deve ser realizado o regime de cooperação entre os entes da Federação, tem-se o conflito contínuo entre eles.

Um bom exemplo é a relação conturbada entre os Estados-membros e os municípios, na luta por recursos para sustentar os seus sistemas educacionais, como ocorre na disputa por matrículas do ensino fundamental, tanto estaduais como municipais, com um regime divergente de proporções, como ocorre no Paraná, onde 97,9% das matrículas nos anos iniciais do EF são municipais e 99,9% das matrículas nos anos finais são estaduais (ABREU, 2016).

Não obstante, há os conflitos em relação à distribuição dos recursos, dos salários dos professores, por exemplo, que antes de ser feito diretamente pela União aos municípios, era intermediado pelos Estados-membros; e do transporte escolar estadual, que é realizado pelas prefeituras, dando a elas capital argumentativo para requisitar o repasse de verbas (ABREU, 2016).Uma forma de solucionar o impasse na educação proporcionado pelo sistema federalista brasileiro, imposto com normas que não possuem uma clareza, uma definição, harmonia entre si, é a partir da instauração do Sistema Nacional de Educação, pois

> [...] definir[á] com mais clareza as competências de cada nível de governo, a fim de reduzir ou eliminar os conflitos entre os Estados e Municípios. Por exemplo, com melhor definição das responsabilidades pelo EF e pelo transporte escolar (ABREU, 2016).

Além disso, é possível observar que as disparidades, a falta de uma definição das atribuições, de um sistema que dê clareza à forma de executar o direito à educação, afetam o índice de conclusão do ensino fundamental de pessoas com mais de 14 anos, como se percebe em estudo realizado pelo IBGE em 2019 (MARIA, 2019). Enquanto a média nacional é de 35%, a das regiões com menos recursos, Norte e Nordeste, eram 44,1% e 38,7% respectivamente, o que demonstra que a qualidade do ensino público disponibilizado varia conforme a localização geográfica e em função dos recursos disponibilizados por meio do pacto federativo, aumentando a desigualdade social entre o país (MARIA, 2019).

Outro grande problema causado por isso é a falta de um padrão a ser seguido pelas redes municipal, estadual e federal, que cria uma diferença na qualidade do ensino em uma mesma localidade, além de causar problemas na transferência de um aluno para uma escola que seja administrada por uma rede distinta da escola a qual ele frequentava. Uma vez que o conteúdo escolar ensinado em uma fase do curso da rede municipal não é necessariamente o mesmo que o da rede estadual, isso causa eventuais perdas de conteúdo escolar para o aluno. Além disso, o fato do calendário escolar muitas vezes não ser unificado pode fazer com que, no ato da transferência de uma escola para outra, o aluno acabe perdendo parte das aulas ou, em casos mais severos, tenha que esperar até o próximo ano para começar a cursar as aulas.

É importante também considerar que há grande diferença na qualidade da oferta da educação privada e pública, algo que poderia ser mitigado caso houvesse maior integração entre as redes públicas. Ao invés de agir em concorrência umas com as outras, cada uma oferecendo escolas administradas em separado, poderiam agir de maneira a compartilhar seus recursos para uma administração em conjunto ou delegar a apenas uma delas a função de promover o ensino com maiores recursos e autonomia para realizar os ajustes necessários.

3. TENTATIVAS DE SOLUCIONAR O PROBLEMA

Uma das tentativas de reduzir a incerteza sobre a jurisdição da educação foi a Emenda Constitucional 59 de 2009, que determinava que os entes federados definissem formas de colaboração para garantir o acesso universal à educação e a que lei deveria estabelecer plano nacional de educação, em regime de colaboração (FEDERALISMO, 2012). Entretanto, não há no Brasil legislação que diferencie a cooperação da colaboração, uma vez que para isso haveria necessidade de Lei complementar ao artigo 23 da CF-88, algo que ainda não foi feito, pois os entes federativos iriam perder parte de sua autonomia e a União Federal teria maior responsabilidade em relação à promoção do ensino básico (PORTELA, 2010).

Outra forma criada para suplantar as disparidades causadas por tal dissonância na competência relacionada à educação é a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), que foi definida pela Lei de Diretrizes e

Bases da Educação Nacional (LDB, Lei nº 9.394/1996), que teve como objetivo nortear os currículos dos sistemas e redes de ensino das Unidades Federativas, como também as propostas pedagógicas de todas as escolas públicas e privadas de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, em todo o Brasil.

Isso foi feito a partir do estabelecimento de conhecimentos, competências e habilidades que se consideram necessários e que sejam desenvolvidos por todos os estudantes no decorrer da escolaridade básica, reduzindo assim as desigualdades educacionais no Brasil e elevando a qualidade do ensino (PENTEADO, 2019).

Entretanto, somente em 2014 a criação da BNCC foi definida como meta pelo Plano Nacional de Educação, sendo que a BNCC somente começou a ser implementada a partir de 2019, com o prazo de até 2020 para ser completamente implementada nas escolas brasileiras. Isso demonstra que ainda estamos a longos passos de que a educação brasileira tenha uma competência bem definida, mas que, apesar disso, há diversos projetos que, tal como a BNCC, estão em vias de serem implementados. No entanto, esse processo se mostra extremamente vagaroso, uma vez que a própria proposta da BNCC está regulamentada por lei desde 1996 e até hoje não foi devidamente implementada (PENTEADO, 2019).

4. ANÁLISE DOS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA SOBRE EDUCAÇÃO PELO STF

Levando em conta tais notas introdutórias ao federalismo brasileiro, passa-se a analisar criticamente a ADI 2663, Rio Grande do Sul (BRASIL, 2017), visto que constata uma solução que o STF, a corte constitucional brasileira, deu para o conflito federativo relativo à educação. O que demonstra, concretamente, como a forma federalista brasileira provoca conflitos recorrentes de competência legislativa e que coube ao STF, solucioná-los.

Trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade referente à lei estadual 11.743/02, do Rio Grande do Sul, que aparenta violar o texto constitucional. Tendo em vista que a matéria tratada, segundo alega o requerente; no caso o Governador do Estado, consistiria em um excesso da competência legislativa concorrente da Assembleia. Em outras pala-

vras, que órgão legislativo teria legislado sobre matéria privativa à União legislar. No caso, seria matéria de direito civil, além de uma questão de incentivo tributário, que precisaria de permissão unânime de todos os Estados-membros, mas que o artigo terceiro dessa lei não prevê.

A discussão chega ao plenário do STF, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, que defende a procedência parcial do pedido, acatando a violação no âmbito tributário e não a parte da competência, por estar, a seu ver, de acordo com o rol de competências concorrentes, ou seja, que são tanto da União quanto dos Estados e Distrito Federal (art. 24, IX). E tal é acatado pela maioria dos Ministros. Portanto, o artigo 3º foi considerado inconstitucional, com efeitos *ex nunc*, sendo o restante considerado segundo a Constituição.

O texto da lei que foi alvo da ADI em questão é o seguinte:

> [...] Art. 1º – **As empresas que patrocinarem bolsas de estudo para professores que ingressam em curso superior, em atendimento ao disposto pelo § 4º do art. 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional, poderão, em contrapartida, exigir dos beneficiários que lhes prestem serviço para implementação de projetos de alfabetização ou de aperfeiçoamento de seus empregados, bem como outras atividades compatíveis com sua formação profissional**.
>
> Art. 2º – Os serviços a que se refere o art. 1º serão prestados após a conclusão do curso, por tempo proporcional ao período em que vigorou a bolsa, não podendo ultrapassar a 4 (quatro) anos, nem obrigar o beneficiário a mais de 2 (duas) horas diárias de trabalho.
>
> Parágrafo único – Se a bolsa for concedida pela própria Instituição de Ensino Superior freqüentada pelo beneficiário, esta poderá exigir do mesmo a prestação de serviço durante a realização do curso.
>
> Art. 3º – **Fica o Poder Executivo autorizado a conceder à empresa patrocinadora da bolsa prevista na presente lei, mediante requerimento da interessada, incentivo equivalente a 50% (cinqüenta por cento) do valor da mesma, a ser deduzido do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de**

> **Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.**
>
> Art. 4º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Art. 5º – Revogam-se as disposições em contrário. Assembléia Legislativa do Estado, em Porto Alegre, 5 de março de 2002. [...](sic) (RIO GRANDE DO SUL, 2002 - grifo nosso).

O artigo primeiro, desta Lei nº 11.743/2002, é um exemplo do exercício da competência concorrente dos Estados de legislar supracitada, especificamente sobre questões envolvendo educação. Sendo que será, como determina a Constituição, uma legislação suplementar (art. 24, §2º), específica, que adequa uma norma geral criada pela União sobre o tema (art. 24, §1º) ao contexto estadual. No caso, a norma geral é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (L. 9394/96), que surge da competência privativa da União de legislar sobre o tema (art. 22, XXIV, CF), combinada com sua competência concorrente de legislar sobre a educação (art. 24, IX, CF). Foi este o pensamento que a maioria da corte teve sobre o tema.

Cabe lembrar que a Corte Constitucional, como o próprio relator assevera, é a guardiã da Constituição (BARROSO, 20-?), o poder que atua em diversos casos contra os interesses da maioria, que deve desenvolver uma postura, nos casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, que busque "[...] prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição" (BRASIL, 2017). Isto se deve pela configuração do sistema federativo brasileiro, que, como apresentado nas notas introdutórias, tende, em sua dinamicidade, a centralizar na União as atribuições, competências.

Sendo um problema decorrente da forma de estruturação do federalismo, a centrífuga. Visto que o Brasil, durante a época imperial, era um Estado unitário, logo, não havia autonomia regional, as províncias não tinham capacidade de produzir suas próprias leis, de ter controle total sobre as suas finanças e sobre a sua administração. Elas ficavam restritas ao poder central, devendo cumprir com suas leis, criadas pelo parlamento, sem poder adequá-las ao seu contexto regional, ou suplementá-las. E, como as províncias mais lucrativas, mais desenvolvidas, que ficavam no litoral, como a de onde se encontra o estado do Rio de Janeiro e de São Paulo, seus interesses eram sempre mais relevantes que aquelas presentes no inte-

rior do país. O que proporcionava leis mais favoráveis a elas e suscitou em desigualdades entre as regiões do país.

E tal pecha de centralizar tudo nas mãos do poder central, perdurou ao longo da história, já que se adotou e se manteve a doutrina, interpretação, de Rui Barbosa sobre o federalismo e não foi modificada pela Constituição de 1988. Com isso, cabe ao poder contramajoritário" (BARROSO, 20-?), com seu representante o Supremo, perceber que a premissa do Federalismo, como defendia seus criadores, James Madison, John Jay e Alexander Hamilton, alguns dos "*founding fathers*" (pais fundadores), dos EUA, é trazer autonomia às regiões que formam o Estado e ter a União, apenas como a representante da força que a unificação delas traz, no âmbito econômico e militar, primordialmente. Visto que a intenção era criar uma forma de aproximar o "Poder Político" da população, que se encontra nas regiões, não na capital e proximidades. E que, portanto, deve a corte, quando os outros entes federativos, como os estados, realizam uma competência, atuar para "permitir que tal se concretize" (BRASIL, 2017).

E tem sido este o entendimento seguido pela corte na maioria dos casos em que se tem conflito de atribuições (BRASIL, 2007), como na ADI 682/07. Na qual a corte julgou improcedente o pedido do Governador do Paraná, que via a lei estadual 9346/90 inconstitucional, por criar uma regra específica para a adesão de crianças no sistema de ensino, baseando-se na lei de diretrizes e bases da educação de 1971, que foi revogada pela de 1996 e alterada pela de 2006.

Sendo interpretação necessária para dar um bom funcionamento ao federalismo no Brasil, mas também para aperfeiçoar a forma democrática, do "governo de povo, para o povo", tendo em vista que confirma o poder político regional que é emanado pelo povo, que como já dito, encontra-se nos Estados, consegue atuar, aplicar os seus direitos políticos (participar dos debates nas câmaras legislativas, protestar, requisitar aos representantes), de forma mais producente, nestes. Contanto que é mais comum, recorrente, ver manifestações, nas casas legislativas, nas capitais dos entes federativos, do que na capital Federal (CASTRO, 2019).

No entanto, voltando ao caso em análise, a redação do artigo primeiro cria outra interpretação, que alguns Ministros alegaram, como o Ministro Ricardo Lewandowski, a de que seria uma relação contratual, não educacional e que, portanto, a regulamentação cabível seria a civilis-

ta e, em último caso, a trabalhista, por envolver uma possível relação de prestação de serviço. Desse modo, não seria possível os Estados legislarem sobre, pois são temas de competência exclusiva da União (art.22, I, CF), ou seja, outros entes não podem legislar sobre o assunto, sendo uma inconstitucionalidade, exceto se for o exercício de outra competência, que é a delegada.

Esta que é rara de ocorrer, por ser a permissão, via lei complementar, aos Estados ou Distrito Federal de legislar sobre temas de privativos à União, que, além de necessitar de quórum de maioria absoluta, com 50% mais um dos votos do total de parlamentares, nas duas casas, demonstraria debilidade no poder de legislar do Congresso. Mas não vem a ser o caso. Enfim, levando a interpretação acima e como não se enquadra na exceção, o Governador do Rio Grande do Sul propôs a ADI.

E essa polissemia normativa se deve ao fato de que o legislador brasileiro possui o costume de colocar redações dúbias ou de utilizar verbos que não coincidem com o sentido pretendido. Como é o caso do verbo "exigir", que dá a ideia de uma relação sinalagmática, isto é, de que cada parte possui uma obrigação, um dever quando da feitura do contrato, além de oneroso, pois estas possuem benefícios recíprocos. Sendo que o preferível seria algo como "pode requerer", dando uma ideia de faculdade, não de um direito que está ligado a um dever. Contudo, tal não interferiu na decisão da maioria dos juízes, que conseguiram, até mesmo, convencer o Ministro Lewandowski, dissidente da maioria, que alterou seu voto no decorrer do julgamento.

No entanto, o acórdão foi de procedência parcial, levando em conta que houve sim uma inconstitucionalidade por parte da Assembleia estadual. No caso, foi em questão tributária, pois o artigo terceiro viola o art. 155, § 2º, XII, 'g', da CF, ao permitir a aplicação de incentivos fiscais livremente por parte do Estado, sem a necessidade da "peremptória exigência", como disse o Ministro Luis Roberto Barroso, de que todos os Estados membros devem concordar com a isenção.

Isto porque, uma guerra fiscal se instauraria, já que seria muito mais vantajoso ter uma empresa no Rio Grande do Sul, do que em Santa Catarina, por exemplo. Ou seja, ter-se-ia a violação do "princípio da simetria" entre os Estados-membros, já que desigualdades entre as regiões se instaurariam, além das já presentes, violando um dos objetivos propostos pela

constituição (art. 3º ,III, CF), de dirimir as desigualdades regionais. Sendo uma exceção à regra que possibilita a eles instituir o ICMS de forma livre, pois a sua isenção deve estar de acordo com os outros entes federativos.

Atitude excepcional que adveio da recepção da Lei Complementar 24/75, em outras palavras, passou pelo crivo material e verificou-se que estava de acordo com a CF-88, que diz em seu artigo primeiro que as isenções "[...] do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados [...], segundo esta Lei." Além de ser posição defendida pela corte em outra ADI´s[14]. Portanto, ao não estar conforme a Carta da república, por ser violação expressa, é cabível a procedência parcial da ADI. E foi o que a maioria dos Ministros defendeu.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, em sua redação, tratou a educação como responsabilidade comum dos entes federativos, tratando como uma cooperação obrigatória entre os mesmos, sem a possibilidade de atuação isolada, porém sem definir como se dariam suas ações integradas, em regime de colaboração, que tem o objetivo de promover a prestação dos serviços educacionais públicos brasileiros, com a devida qualidade, na totalidade do território brasileiro. Disso, um dos problemas causados por essa determinação constitucional e falta de aprofundamento é a disparidade de recursos econômicos à disposição das diferentes unidades federativas, algo que acaba por influenciar na qualidade do ensino público em função da localidade onde a unidade de ensino se encontra.

Assim, após de uma descrição do "estado da arte", no qual se encontra a situação do federalismo no Brasil e uma análise crítica de tal, percebe-se que a forma atual está fadada a permanecer como uma grande preocupação e dificuldade para o mundo jurídico, uma vez que as intrigas que são provocadas pelo sistema em nada auxiliam para uma boa efetividade na execução dos preceitos constitucionais. Além de diminuir a autonomia dos entes federativos, fragiliza a manifestação regional do poder político. Seria dado ao STF, um trabalho recorrente de estabilizar as relações entre

14 ADI nº 4.481; ADI nº 4.276.

os entes federativos, para manter as atribuições dos estados, caso se pensasse em uma forma federativa em que os estados são os principais e a União suplementar, ou com um rol menor de competências em relação a eles; não se precisaria, assim, perder tempo e orçamento público debatendo produção normativa.

REFERÊNCIAS

ABREU, Mariza. **Educação e Federalismo no Brasil**. Instituto alfabeto, 29/06/2016. Disponível em:< http://www.alfaebeto.org.br/educacao-e-federalismo-no-brasil/ > Acesso em: 9 nov. 2018.

ARAÚJO, Gilda Cardoso de. Federalismo e direito à educação no brasil: entre a autonomia e a igualdade de oportunidades. **Capes**, [s.l.], 20--. Disponível em: < www.26reuniao.anped.org.br/posteres/gildacardosoaraujo.rtf >. Acesso em: 13 nov. 2018.

ASSEMBLEIA confirma fim de licença-prêmio para servidores. **Bem Paraná**, Curitiba, 15 out. 2019. Disponível em: <https://www.bemparana.com.br/noticia/sob-protestos-assembleia-confirma-fim--de-licenca-premio-para-servidores#.Xb7tN-hKjIU>. Acesso em: 15 out.2019.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 1º ed. [s.l.]: Saraiva, 1933.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Faculdade de direito de Franca**, [s.l.], 20-?. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>.Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. **Associação dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, 20/12/2008. Título III, cap. II, p. 17-23.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 682, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 11 mai. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina-

dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=451982>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.663, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 8 mar.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=12965010>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.098, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 10 mar. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363306>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.669, Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 29 jun. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469706>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luis Fux. Brasília, DF, 25 fev. 2015 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=8340395>. Acesso em: 15 out. 2019.

CASTRO, Luiz Felipe. Votação de projeto de lei que proíbe trans no esporte é adiada em SP. **Veja**. São Paulo, 9 out 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/esporte/votacao-de-projeto-de-lei-que--proibe-trans-no-esporte-e-adiada-em-sp/>. Acesso em: 14 out. 2019.

FEDERALISMO e educação: novos marcos e perspectivas. Revista retratos da escola, Brasília, jan/jun 2012. p. 11-19.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 49-232 [artº 1 – artº 23].

INTERSCIENCE PLACE. Revista Internacional Indexada. **Desigualdade de acesso à educação e evasão escolar entre ricos e pobres no Brasil rural e urbano**. [s.l.] v. 1, n. 13, p. 33-55, maio-jun

2010. Disponível em: <http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/view/127/126 >. Acesso em: 14 nov. 2018.

MANGABEIRA, JOÃO. **Estudo sobre a Constituição Brasileira**. 1ªed. [s.l.]: [s.n.], 194-?

MARIA, Bárbara. **Norte e nordeste são as regiões com o menor número de concluintes do ensino fundamental**. E+B EDUCAÇÃO, 28/05/2019. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/escolas/norte-e-nordeste-sao-as-regioes-co-menor-numero-de-concluintes-do-ensino-fundamental> Acesso em: 19 mar. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, Research, Society and Development. **O pacto federativo na construção do sistema nacional de educação: do cumprimento de competências à perspectiva da garantia do direito.** [s.l.], v. 7, n. 4, dez 2017. p. 01-18. Disponível em: < https://rsd.unifei.edu.br/index.php/rsd/article/view/226/202 >. Acesso em 15 nov. 2018.

NOHARA, Irene. **Fundamentos de Direito Público**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PENTEADO, Fernanda. **BNCC: O que é a Base Nacional Comum Curricular e qual é o seu objetivo** SAE Digital, 09/01/2019. Disponível em: <https://sae.digital/bncc-o-que-e-qual-e-o-seu-objetivo/> Acesso em: 19/03/2020.

PORTELA, Romualdo et al. **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília: UNESCO, 2010. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unesco/educacao_federalismo.pdf.> Acesso em: 19 mar. 2020.

RAPOSO, Gustavo. **A educação na Constituição Federal de 1988**. JUS, 04/05/2005. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/6574/a-educacao-na-constituicao-federal-de-1988 >. Acesso em: 14 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 11.743, de 5 março de 2002. Assegura prestação de serviço e possibilita incentivo a empresas que financiarem bolsas de estudo aos professores que necessitam completar a formação pedagógica. **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, RS, 6 de mar. 2002. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/11.743.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

UNESCO. **Educação e federalismo no Brasil**: combater as desigualdades, garantir a diversidade. 1ª ed. Brasilia, [s.n.], 2010. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001873/187336por.pdf >. Acesso em: 9 nov. 2018.

UMA ANÁLISE FEMINISTA DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E DA NECESSIDADE DA ADPF Nº 779

Lara de Souza Mateus[15]

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, como se sabe, teve como objetivo não ser apenas descritiva, reproduzindo as desigualdades vigentes à época na sociedade brasileira, mas sim, dispor normas e preceitos que servissem como proposta para uma nova realidade. Dentro desta proposta, instituiu os princípios da dignidade da pessoa humana, a proteção à vida e a igualdade entre os gêneros. É claro que, para que o fundamento de validade de todo nosso sistema jurídico-normativo seja bem-sucedido em sua empreitada, é fundamental que a sociedade como um todo e, principalmente, suas instituições sejam capazes de realizar as mudanças necessárias defendidas no texto constitucional.

Após quase 33 anos de sua promulgação, a verdade é que, até o presente momento, a igualdade de gênero segue existindo apenas no aspecto formal, encontrando entraves diversos para sua consolidação no plano material.

As mulheres são mais da metade da população nacional, porém são apenas 14,6% nos legislativos. Apesar de terem mais anos de estudo, as

15 Pós-graduanda em Direito Constitucional na ABDConst; graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá; advogada.

mulheres seguem recebendo salários menores que o dos homens. A maioria dos cargos de liderança são majoritariamente ocupados por homens. Essa tendência à desigualdade também é vislumbrada no meio jurídico, de diferentes formas. Desde que a primeira mulher, Myrthes Gomes de Campos, ingressou na faculdade de Direito (século XIX), foi um longo caminho até que, no século XX, o número de mulheres no meio jurídico aumentasse. E apesar de as mulheres serem maioria quantitativa nos bancos das universidades, no meio jurídico, como aponta Soraia Mendes (2020), seguem sendo "muito mais 'faladas' do que efetivamente falam".

Essa predileção pelo gênero masculino pode ser verificada quando se analisa, por exemplo, a lista dos constitucionalistas mais citados pelo Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade concentrado, contém 114 nomes, dos quais apenas 13 são de mulheres. Outro exemplo, que pode ser citado, é apontado por Mendes em pesquisa por ela realizada com o intuito de verificar se as pessoas haviam tido contato com texto, na área do processo penal, escrito por jurista do gênero feminino: 76% responderam que não, que nunca tiveram contato durante todo o período da graduação com obras escritas por mulheres.

Esse quadro, conforme tem cada vez indicado as pesquisas feministas na área, aponta claramente para a constatação de um discurso de gênero no Direito, tanto quanto em qualquer área do conhecimento na sociedade brasileira. Isso pode ser explicado, conforme se pretende no presente trabalho, por meio da dominação masculina que impregna a sociedade, imputando às mulheres um lugar menor, inferior, retirando delas, como aponta Gonzales (2011, p. 13-14), sua "humanidade justamente porque lhes nega o direito de ser sujeitos não só do próprio discurso, senão de sua própria história".

Essa dominação, construída histórica, social e discursivamente e solidificada pela legislação pátria e pelas decisões judiciais ao longo do tempo, vem sendo questionada e tem ganhado cada vez mais força diante da disposição do Estado Brasileiro de assumir uma postura mais assertiva na defesa do direito das mulheres. A mudança de comportamento do Estado foi resultado não apenas das mudanças trazidas pela luta feminista, mas também pelas responsabilizações internacionais impostas ao país, como no caso Maria da Penha, em que o Brasil foi, pela Comissão Interamericana de direitos Humanos, responsabilizado por negligência, omissão e

tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras.

Mesmo com os avanços em termos de proteção dos direitos das mulheres, o cenário pátrio seguiu marcado por decisões e posturas de membros do judiciário de reforço do patriarcado, como se viu na audiência do Caso Mariana Ferrer em 2020, na qual o advogado do réu empreendeu efetiva prática de culpabilização da vítima, à qual juiz e defensor público assistiram, sem nada fazer no sentido de coibir o ato.

Outro exemplo da manutenção do patriarcado é o uso da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio. A tese, objeto de análise no presente artigo, voltou a ser discutida quando do julgamento do HC 178.777 pela 1ª Turma do STF, que cassou decisão do TJMG que havia determinado a realização de novo julgamento de um acusado de tentar matar a esposa, absolvido pelo Tribunal do Júri, mesmo restando provado nos autos que o acusado havia atacado a vítima com golpes de faca, por imaginar ter sido traído. À época do julgamento, apenas divergiram os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso; os demais optaram pela tese de que a Constituição Federal prevê a soberania do júri em qualquer circunstância.

Cumpre lembrar que Moraes e Barroso, que votaram pelo indeferimento, fundamentaram sua posição em precedentes da própria Turma, como o RHC 170.559. Conforme apontou Moraes em sua manifestação, "até décadas atrás no Brasil, a legítima defesa da honra era o argumento que mais absolvia os homens violentos que mataram suas namoradas e esposas, o que fez o país campeão de feminicídio".

Nesse contexto, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) formalizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 779, com o objetivo de dar interpretação conforme à Constituição dos artigos 23, II, e 25, caput e P.U., do Código Penal e ao artigo 65 do Código de Processo Penal, a fim de banir o uso da tese da legítima defesa da honra e fixar entendimento sobre o Princípio da Soberania dos Veredictos.

Em fevereiro de 2021, o Ministro Dias Toffoli concedeu liminar no sentido de assentar a inconstitucionalidade da tese diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero. Por unanimidade, no dia 12 de março de 2021, o Plenário do STF determinou a inconstitucionalidade da tese da legitima

defesa da honra em face dos direitos das mulheres, contudo a decisão tem sido alvo de críticas por parte de alguns operadores do direito.

O presente trabalho busca discutir o tema partindo de uma visão feminista, que se propõe a olhar a discussão em seu aspecto macro, compreendendo-a do ponto de vista legal, histórico e social, fundamental para a compreensão dos caminhos que conduziram ao quadro fático atual que demanda uma reposta objetiva da instituição Poder Judiciário no que tange aos direitos das mulheres. São objetivos do estudo: apresentar uma reflexão sobre como o patriarcado serviu de base e serve como elemento de manutenção da dominação masculina na sociedade brasileira; apontar a relação de simbiose que existe entre a masculinidade, a lei e a honra, através do uso de uma perspectiva histórica; e discutir a ADPF 779.

A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica, principalmente obras feministas, destacando-se as contribuições de Soraia Mendes, Branca Alves e Jacqueline Pitanguy, bem como a análise de legislação sobre o tema e da ADPF nº 779 e dos votos proferidos pelos Ministros.

Por derradeiro, é importante destacar que o presente estudo não busca encerrar as discussões acerca do tema, mas apenas contribuir para a discussão de tema tão importante do ponto de vista do direito constitucional pátrio, uma vez que, em última instância, como se verá, acolher o pedido da ADPF 779 representa mais um importante passo no sentido de garantir a igualdade material entre os gêneros, compromisso imposto pela CF-88 que segue ainda hoje não consolidado.

1. O PATRIARCADO COMO BASE E ELEMENTO DE MANUTENÇÃO DA DOMINAÇÃO MASCULINA

A partir do momento em que o médico aponta o sexo biológico de uma criança, o que muitas vezes ocorre antes mesmo de seu nascimento, imediatamente a sociedade já lhe impõe um estereótipo de comportamento a ser seguido. Esse comportamento será absorvido pelo novo ser através do processo de socialização, que vai determinar qual a função social que aquele determinado sexo tem a cumprir na sociedade.

Daqui já é possível extrair um conceito de gênero como sendo o que irá diferenciar socialmente os componentes de determinado grupo de pessoas, com base nos padrões histórico-sociais forjados por determinada

sociedade. Assim são construídos os papéis sociais de homens e mulheres e, consequentemente, assim é determinado o que se espera de cada um deles no âmbito interno de seu ser e no externo, em sua interação com a sociedade que o circunda.

O patriarcado, por sua vez, surge a partir do momento em que se instaura em um determinado grupo social uma situação de desigualdade ou opressão entre os gêneros e é neste contexto que entra em cena a importância da discussão acerca da dominação masculina que serve como base e argumento legitimador da desigualdade ou opressão.

O filósofo Pierre Bourdieu aponta em sua obra *A dominação masculina*" que:

> [...] sempre viu na dominação masculina e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento (BOURDIEU, 2002, p. 18).

Nesse sentido, como se vê, Bourdieu demonstra que a dominação masculina se dissemina de forma sorrateira na sociedade, através do uso de ferramentas de comunicação e de conhecimento que permitem manter as vítimas nessa condição, naturalizando para elas o seu lugar inferior naquela determinada sociedade. Nesse contexto, surge a violência de gênero que, dentro de uma sociedade patriarcal, se apresenta como um reflexo da crença do homem de que a mulher é sua propriedade, devendo, portanto, agir conforme as suas regras e padrões de comportamento.

Essa violência possui, evidentemente, diferentes níveis. A forma de violência que mais interessa ao presente estudo é a física, porém, há a violência psicológica, a violência patrimonial, a violência sexual e a violência moral. É preciso que fique claro que todo tipo de violência possui a mesma base, sendo resultado de uma relação de poder, na qual as mulheres são vistas como objetos de propriedade dos homens, sendo, por isso, possível a eles fazer com elas o que desejarem.

Destaquem-se as instituições que irão ajudar na manutenção da superestrutura que mantém a dominação. E, dessa forma, ainda que tenhamos,

como na atualidade, leis que preguem a isonomia de gênero, é muito comum que, no momento de aplicação e interpretação das leis, a instituição o faça de forma patriarcal, leia-se: influenciada pelos valores do masculino. Neste sentido, a lógica patriarcal conduz a uma institucionalização na sociedade da discriminação contra a mulher, excluindo-a, em virtude de seu gênero, e levando-a a um constante prejuízo no que tange ao exercício de seus direitos.

Se isso acontece quando temos um órgão julgador que passou por uma formação, ainda que patriarcal, imagine-se o que ocorre em casos como os do tribunal do júri. Neste caso, as decisões refletem fundamentalmente experiências e crenças pessoais, sendo o resultado do julgamento, por certo, pautado pelo subjetivismo pessoal e não pela análise da conduta praticada contra a vítima.

Diante dessa realidade de discriminação que é imposta ao gênero feminino, é fundamental que sejam pensadas ações afirmativas no sentido de corrigir a desigualdade entre homens e mulheres, de forma a garantir a igualdade material que, pelo menos há 33 anos, é prometida às mulheres no Brasil.

2. A RELAÇÃO SIMBIÓTICA ENTRE A MASCULINIDADE, A LEI E A HONRA

Ao longo do tempo, tornou-se usual a utilização de uma tese de defesa muito específica nos casos de feminicídio: a tese de que o homicídio da mulher teria sido realizado em defesa da honra. O conceito de honra que embasa a sociedade contemporânea foi construído durante a Idade Média e tornou-se sinônimo de nobreza, quando associado ao homem, e virtude, quando associado à mulher, adquirindo lugar privilegiado na definição da masculinidade.

Nesse momento, o conceito passa a difundir-se através da literatura, que aborda, em mais de uma obra, a questão da honra, tornando comum o ato de morrer e de matar "em nome da honra" e referendando a prática como não apenas aceitável, mas também necessária, sendo a única conduta apta a devolver a nobreza manchada, ou seja, a masculinidade abalada no meio social.

Com a consolidação do Estado de Direito e de seu poder de punir, a vingança privada perde espaço. Em virtude disso, a compreensão acerca da honra e a sua forma de controle foi ressignificada. A honra seria a partir de então garantida através da lei, mantendo a masculinidade a salvo e as mulheres em seu lugar de objeto, controlado pelo homem.

A tradição da honra chegou ao Brasil pelas mãos dos colonizadores e foi disseminada não apenas na legislação, mas também por meio de sua cultura aristocrática, conforme aponta Ramos (2012, p. 12). A prova de que a lei passou a garantir a perpetuação da dominação masculina e do patriarcado pode ser encontrada nas Ordenações Filipinas (1605), corroborando a manutenção da crença de que honra maculada era restaurada com sangue. Veja-se trecho do Livro V, título XXV:

> E toda a mulher, que fizer adultério a seu marido, morra por isso. E se ella para fazer adultério por sua vontade se for com alguém de caza de seu marido, ou donde a seu marido tiver, se o marido dela querelar, ou acusar, morra morte natural.

O primeiro Código Criminal Brasileiro (1830) trazia disposto, no capítulo "Dos crimes contra a **segurança da honra**", o crime de estupro, o que comprova que a honra da mulher está diretamente vinculada ao seu gênero. Aqui já não mais se punia o adultério com morte, no entanto, era conferida à mulher pena de prisão de um a três anos de trabalho.

O primeiro Código Penal do período republicano trouxe uma novidade: a legítima defesa poderia ser aplicada à defesa de qualquer direito lesado, não apenas à proteção da vida (art. 32, parágrafo 2º). A partir deste momento, tem início a construção do argumento que conduzirá à fatídica tese da legítima defesa da honra. Afinal, se qualquer direito lesado ensejaria o direito a reparação por legítima defesa, sendo a honra um direito tutelado, também se poderia agir em nome dela, em legítima defesa.

Em 1940, com o Código Penal, manteve-se a figura do adultério como crime, uma vez que, conforme neste descrito:

> [...] é incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse de ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar. O exclusivismo da recíproca posse sexual

> dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar"

É importante neste ponto destacar a expressão "posse". Passados mais de quatro séculos, a mulher, em pleno século XX, ainda era entendida como coisa, objeto que pertencia ao marido e que estava inexoravelmente a ele subjugada. Àqueles que possam eventualmente querer arguir que a referida norma se aplicava a ambos os cônjuges, cumpre lembrar que isso ocorria apenas no âmbito formal. Naquela época, a sociedade brasileira ainda assumia com assertividade o seu caráter machista e patriarcal, conforme se poderia verificar em quaisquer das demais normas vigentes, a exemplo do Código Civil de 1916, que determinava que a mulher era completamente dependente de seu marido, sendo relativamente incapaz a partir do momento em que contraía núpcias, não podendo celebrar contratos ou trabalhar, a menos que tivesse a autorização de seu marido.

Com isso, a tese da legitima defesa da honra perpetuou-se, alcançando grande repercussão na década de 70, no caso Doca Street. O crime foi motivado pela não aceitação por Street do fim do relacionamento com a socialite Ângela Diniz. No julgamento, a defesa de Street, encabeçada pelo advogado Evandro Lins e Silva, montou narrativa dedicada a desmoralizar a vítima, construindo uma imagem de Ângela como uma mulher promíscua e, por isso, responsável por sua morte. A defesa foi bem-sucedida e os jurados o condenaram à pena de reclusão de dois anos, com direito a suspensão condicional da pena. A acusação recorreu da decisão e movimentos feministas ao redor do país levantaram-se, clamando pelo respeito aos direitos das mulheres.

Novo julgamento foi marcado e, desta vez, o júri não acolheu a tese da legítima defesa da honra, tendo compreendido que teria ocorrido homicídio qualificado, tendo Street, então, sido condenado a 15 anos de reclusão. Apesar disso, a tese da legítima defesa da honra seguiu sendo utilizada, principalmente em sede de Tribunal do Júri, uma vez que neste são pessoas comuns que julgam o réu e, diante disso, era muito provável que, em uma sociedade que segue patriarcal e que possui um machismo estrutural ainda forte, fosse quase impossível não conseguir convencê-los de que um "pobre marido traído, exposto à vergonha pela mulher que amava e por

quem tudo fazia como devia fazer (já que é o homem da relação), teria que ter o direito de limpar sua honra através da morte de quem a manchou".

Inclusive, insta salientar que, em setembro de 2020, a 1ª Turma do STF, manteve sentença que absolveu réu confesso em caso de feminicídio (HC 178.777), sentença esta originada pelo uso da tese da legitima defesa da honra. À época do julgado, entendeu a 1ª Turma do STF que, em respeito ao princípio da soberania dos vereditos, a decisão do júri não poderia ser alterada, ainda que manifestamente contrária às provas dos autos. Diante disso, é possível perceber que, mesmo com os avanços trazidos no plano formal quanto aos direitos das mulheres (hoje temos convenções, tratados e leis que buscam combater a violência de gênero), a sociedade brasileira ainda segue marcada pelos valores da cultura patriarcal, na qual impera a dominação masculina.

O uso da legítima defesa da honra ainda hoje é prova de que esse argumento não é somente uma mera construção jurídico-argumentativa, mas sim, resultado de uma sociedade patriarcal que se reflete no meio jurídico. E, neste sentido, combater a tese da legítima defesa da honra no âmbito jurídico é lutar por uma nova construção sobre a questão de gênero no Direito e, consequentemente, na sociedade que este regula.

3. ADPF Nº 779 E A OPORTUNIDADE DE UM NOVO OLHAR PARA A QUESTÃO DE GÊNERO PELO JUDICIÁRIO

Os direitos das mulheres começaram a ganhar contorno no país entre as décadas de 60 e 70 no Brasil, com o advento do Estatuto da Mulher Casada e da Lei do Divórcio. Posteriormente, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher fixou ser preciso observar a igualdade entre homens e mulheres nas esferas privada e pública. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi garantido, em seu aspecto formal, o direito das mulheres através de três princípios dispostos na Carta Magna: dignidade da pessoa humana, proteção à vida e igualdade entre os gêneros. Por fim, em 2006, entrou em vigor a Lei nº 11.340, ou Lei Maria da Penha, criada com o objetivo de punir, com maior rigor, aqueles que praticassem violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Apesar disso, o Brasil ainda é hoje um dos países que

mais mata mulheres de forma violenta no mundo. No primeiro semestre de 2020, mesmo com a pandemia do coronavírus, os feminicídios cresceram 2%, totalizando 648 casos.

Nesse contexto de evidente permanência de uma cultura patriarcal, marcada por um machismo estrutural e pela misoginia, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) formalizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 779, com o objetivo de dar interpretação conforme à Constituição dos artigos 23, II, e 25, caput e P.U., do Código Penal e ao artigo 65 do Código de Processo Penal, a fim de banir o uso da tese da legítima defesa da honra e fixar entendimento sobre o Princípio da Soberania dos Vereditos.

O pedido demonstra a violação que a tese da legítima defesa da honra traz ao direito fundamental à vida (art.5º, caput, CF-88), ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF-88), ao princípio da não-discriminação (art. 3º, IV, da CF-88), aos princípios do Estado de Direito (art. 1º, CF-88) e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF-88).

Os autores argumentam que a legítima defesa, tal qual prevista no ordenamento pátrio, não comporta, em seu âmbito de proteção, a figura da dita legítima defesa da honra, o que acarretaria a impossibilidade de o Tribunal do Júri utilizar tal fundamento para decidir pela absolvição genérica do acusado, nos termos do art.483, III, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal. Os autores comprovam, ainda, que a tese da legítima defesa da honra termina por gerar ênfase à inferiorização da mulher, reforçando a ideia de posse do homem sobre a mulher e, por conseguinte, levando à naturalização do feminicídio.

Em virtude disso, conforme demonstrado na ADPF nº 779, é imperioso que se afaste a referida tese de legítima defesa da honra, já que se trata de afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, revelando clara inferiorização jurídica do gênero feminino, que possui origem em tradição hierárquico-patriarcal.

Os autores apontam, também, que aceitar a justificativa de prática de homicídio como meio lícito para defender a honra ferida é evidentemente desnecessária, visto que existem formas menos gravosas de resolver a questão e, também, desproporcional em sentido estrito, pois é cristalina a supremacia do direito fundamental à vida diante do direito fundamental à

honra. Ademais, o bem jurídico tutelado honra, não pode ser confundido com masculinidade ferida, sendo óbvio que o estado de legítima defesa previsto no art. 25 do Código Penal não comporta os argumentos que compõem a tese da legítima defesa da honra.

Resta demonstrado, por derradeiro, que a cláusula constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não pode ser entendida como absoluta, sendo certo, portanto, que não se pode absolver acusado em total desvinculação com as provas dos autos pelo quesito genérico, sob pena de incorrer em grave arbitrariedade. Caso assim fosse permitido, o meio jurídico estaria diante de um poder ilimitado, o que vai de encontro ao princípio da vedação do arbítrio, base do Estado de Direito.

Conforme é possível inferir, a ADPF nº779 é uma oportunidade para o Poder Judiciário posicionar-se ativamente em defesa dos princípios constitucionais dispostos na Constituição Federal de 1988 e que, em pleno século XXI, ainda carecem de aplicabilidade efetiva. Isso porque, como buscou-se demonstrar no presente trabalho, mesmo com um maior debate público acerca da condição de gênero e com a existência de normas destinadas a coibir a desigualdade e a violência contra a mulher, o Brasil ainda é um país em que operadores do direito insistem em culpabilizar a vítima por seu comportamento pregresso em casos de estupro e em utilizar uma tese tão nefasta quanto a da legítima defesa da honra em crimes de homicídio praticados contra a mulher por sua condição de ser mulher.

É dever do Estado de Direito e de todas as suas instituições, dentre as quais encontra-se o Poder Judiciário, agir no intuito de garantir os direitos das mulheres, coibindo a naturalização da violência contra a mulher dentro do campo de atuação que lhe cabe, como o é no presente caso. Neste sentido, banir a tese da legítima defesa da honra é passo importante na luta contra o discurso discriminatório que é empreendido em face das mulheres no âmbito social e jurídico, atuando como um recado a toda a sociedade brasileira de que não mais será tolerada a impunidade daqueles que cometerem crimes tão nefastos.

4. CRÍTICAS À ADPF Nº 779

Entre os críticos da ADPF nº 779, o argumento mais utilizado diz respeito ao suposto embaralhamento que esta faria entre a plenitude e a

ampla defesa. Conforme argumenta Santos (2021, p.1), a plenitude de defesa, prevista no art. 5º, XXXVIII, "a", da CF-88, seria um plus em relação à ampla defesa fixada no art. 5º, LV, da CF-88.

Assim, se à ampla defesa não cabe a possibilidade de articular tese defensiva que não encontre respaldo na lei, na doutrina ou na jurisprudência, sob pena desta não ser cognoscível, quando se volta para a plenitude de defesa a questão adquiriria outros contornos. Isso porque, sendo esta passível de uso em situações do Tribunal do Júri, comportaria teses não fundadas na racionalidade jurídica. Tal possibilidade residiria no fato de, conforme afirma Santos (2021, p.2):

> [...] embora voltados contra o bem jurídico de maior envergadura do ordenamento, os crimes dolosos contra a vida atraem, não raro, sujeitos ativos improváveis, de trajetórias até então irrepreensíveis, mas que acabam sucumbindo quando expostos a situações emocionais extremas, quadras essas indefensáveis juridicamente, mas defensáveis, sim, aos olhos do leigo [...].

Ainda que se possa corroborar essa linha de raciocínio, há que se estabelecer que a plenitude de defesa não acolhe teses que vão de encontro ao Estado de Direito, fato que é também extensivo à ampla defesa. Logo, evidentemente, não se pode acolher a tese da legítima defesa da honra, uma vez que esta ofende os seguintes princípios do Estado de Direito: direito fundamental à vida, ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio da não-discriminação, aos princípios do Estado de Direito e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não há como não perceber o cunho, para dizer o mínimo, discriminatório da referida tese que é evidentemente fundada na crença de que a mulher é objeto que pertence ao marido, devendo, portanto, atender às suas regras, pois, caso não o faça, estaria este autorizado a matá-la. É preciso ter em mente que a plenitude de defesa em si jamais poderia considerar uma tese que professa em si mesma tão voraz atentado aos princípios do Estado Democrático de Direito. Logo, é fato que tal elaboração argumentativa não deveria ser considerada pelos operadores do direito, principalmente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988. Infelizmente, o Brasil segue mantendo uma sociedade fundamentalmente

patriarcal, apoiada em um machismo estrutural de forma tão densa que os operadores do direito ainda não conseguiram entender o absurdo que a referida tese comporta por si mesmo.

É triste que seja necessário dizer àqueles que se dedicam às leis que esta tese não pode ser utilizada por ser manifestamente atentatória ao ordenamento pátrio, mas a verdade é que, em pleno século XXI, pelo menos, na teoria, já se conseguiu fazer a sociedade entender que o racismo é crime e que, por isso, teses que justificassem um assassinato de um homem negro por um homem branco por este entender que o outro lhe é inferior, são um absurdo e, portanto, não se devem utilizá-las. Mas, ainda não se conseguiu ensinar a esta mesma sociedade que matar uma mulher por orgulho masculino ferido é justificativa tão absurda quanto aquela que previa a suposta superioridade branca. Não, não se pode justificar, em um Estado Democrático de Direito, o fim de uma vida por um "momento de desespero", por, supostamente, "amar demais"; o direito à vida se impõe ou, se ainda não se o faz, é preciso que aquele a quem cabe a salvaguarda da Constituição, o STF, o faça, a fim de que o próprio Estado Democrático de Direito não sucumba diante da perpetuação de conduta que o atinge tão diretamente em seus fundamentos.

Outra crítica feita à concessão dos pedidos formulados na ADPF nº 779 diz respeito ao fato de que ela macularia o princípio da soberania do júri. Contudo, neste ponto, é preciso destacar, conforme exposto pelo Ministro Edson Fachin, que o eventual provimento de recurso de apelação determinando que seja realizado novo júri não acarreta ofensa à soberania do júri. Isto porque, conforme aponta o Ministro, à época das discussões acerca do tema pela Assembleia Constituinte restou fixado que este princípio seria assegurado com base no conceito tradicionalmente aceito pelo direito pátrio e, neste sentido, portanto:

> A apelação da decisão do júri, quando contrária à evidência do processo e para submeter o réu ao julgamento de novo júri, foi instituída em nosso país pela lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal de 1832. Malgrado as críticas desde logo suscitadas, o princípio perdurou. Sobre a matéria doutrinava Pimenta Bueno: "Temos ouvido algumas opiniões manifestarem-se contra essa disposição da lei, mas pensamos

> que elas não têm razão. O júri tem sem dúvida o direito de decidir segundo a sua convicção, mas convicção sincera e moral, que não pode e nem deve contrariar a evidência das provas e debates concludentes; e que quando contraria, faz duvidar da sua boa fé e imparcialidade, ou supor um erro substancial. O injusto é sempre injusto, qualquer que seja o tribunal que o profira. O recurso, portanto, não desnatura a instituição; só o que é verdadeiramente justo é que apoia a liberdade e com ela a ordem pública" (CAPANEMA apud FACHIN: 2021, p. 5).

Isto posto, resta inquestionável que, para o constituinte originário, somente existiria ofensa à soberania do júri se o tribunal reformasse por si a sentença proferida pelo júri; por outro lado, o tribunal *ad quem*, que tão somente reconhece que a absolvição foi frontalmente contrária às provas dos autos e que, por isso, determina a realização de novo júri, em nada afronta o disposto na Carta Magna; ao contrário, tal decisão irá garantir a justiça da decisão. Dessa forma, verifica-se que, apesar das críticas proferidas, estas não merecem prosperar, uma vez que carecem de razoabilidade social, legal e doutrinária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou explicitado, mesmo com as diferentes vitórias empreendidas pelas mulheres na sociedade brasileira, esta segue sendo marcada pelo patriarcalismo e pelo machismo estrutural.

O constituinte originário dispôs, na Constituição Federal de 1988, um rol de princípios voltados para a garantia dos direitos das mulheres. Porém o país, ainda assim e mesmo depois de se tornar signatário de tratados e convenções internacionais, ter promulgado a Lei Maria da Penha e ter aprovado a qualificadora de feminicídio, segue proferindo decisões no âmbito do judiciário e mantendo o uso de teses defensivas pelos operadores do direito que vão de encontro aos compromissos que o país assumiu formalmente.

Neste sentido, o reconhecimento da inconstitucionalidade do uso da tese da legítima defesa da honra é uma oportunidade do Poder Judiciário de atuar dentro do âmbito que lhe cabe e informar ao meio jurídico, as-

sim como à sociedade, que o Estado Democrático de Direito brasileiro não coaduna com a discriminação contra a mulher por sua condição de gênero, não mais aceitará a reprodução do machismo estrutural em seus discursos, principalmente os jurídicos, e, em última instancia, que entendeu que, passados quase trinta e três anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, é chegada a hora do Poder Judiciário, dentro da competência que lhe cabe, agir no sentido de garantir a igualdade material dos direitos das mulheres.

Uma decisão não muda uma sociedade, mas informa uma sociedade e efetivamente rompe com padrões. Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra serve hoje ao estado brasileiro, como serviu o caso mais notório defendido pela juíza Ruth Ginsburg, em 1972, no sentido de mostrar que é preciso falar sobre gênero, para demonstrar que é preciso discutir e coibir a discriminação de gênero e de que, sim, essa discussão é tão importante no Judiciário, quanto em qualquer outro espaço público.

Assim, declarar a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa de honra é a oportunidade que o Poder Judiciário tem hoje de fazer algo para além de si mesmo, agindo no sentido de socorrer a um grupo ainda minoritário do ponto de vista político, as mulheres, tornando a vida delas melhor. Esta é a oportunidade do Poder Judiciário cumprir sua função social e ajudar a sociedade na qual está inserido a encontrar o caminho para uma sociedade, materialmente, mais justa e mais igualitária.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CEDAW. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. **General recommendation on women's acess to justice**. Disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_33_7767E.pdf . Acesso em: 20 jan. 2021.

CONJUR. <https://www.conjur.com.br/2020-set-29/stf-mantem-decisao-juri-absolveu-acusado-tentativa-feminicidio?imprimir=1>. Acesso em: 10 out. 2020.

EL PAÍS. <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-12-29/mulheres-enfrentam-alta-de-feminicidios-no-brasil-da-pandemia-e-o-machismo--estrutural-das-instituicoes.html>. Acesso em: 12 mar. 2021.

MENDES, Soraia. **Processo Penal Feminista**. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

RAMOS, Margarida Danielle. Reflexões sobre o processo histórico discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Revisita Estudos Feministas**, v. 20, n. 1, 2012. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000100004/21851> Acesso em: 20 jan. 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. A ADPF nº 779 e o embaralhamento entre plenitude e ampla defesa. **Consultor Jurídico**. Opinião. Publicado em 8 mar. 2021. Acesso em: 8 mar. 2021. Disponível em: www.conjur.com.br/2021-mar-08/marcos-santos-embaralhamento-entre-plenitude-ampla-defesa?imprimir=1

UNIÃO. **Código Civil**, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm . Acesso em 20 jan. 2021.

_____. **Código Criminal**, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Código Penal**, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Código Penal**, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 89.460**, 1984 (Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, 1979). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/

decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Lei nº 4.121**, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm> Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Lei nº 6.515**, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1175.htm . Acesso em: 12 mar. 2021.

VILIPÊNDIOS A RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA: QUESTÕES SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA E RACISMO RELIGIOSO

Raphael Prieto dos Santos[16]
Wellington Henrique Rocha de Lima[17]

INTRODUÇÃO

As práticas religiosas hegemônicas, como as judaico-cristãs, o direito à liberdade religiosa tem sido respeitado através dos séculos e sob o arrimo da Constituição Federal de 1988 não tem sido diferente. A Carta Maior de 1988 busca assegurar o direito à liberdade religiosa as mais diversas crenças e cultos, dada a pluralidade observada na sociedade brasileira. Ocorre que o respeito à liberdade religiosa por inúmeras vezes não é observado em religiões de matriz africana como Candomblé e a Umbanda, configurando até mesmo um racismo religioso.

O tema do presente trabalho é a liberdade religiosa (com foco na liberdade de crença e de culto) e o racismo religioso observados no Brasil.

---

16 Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR); mediador e conciliador no Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC) da Comarca de Naviraí-MS.

17 Professor do Centro Universitário da Grandes Dourados (UNIGRAN); mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR); doutorando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR).

Em tese, as religiões de matriz africana e seus praticantes deveriam gozar plenamente da liberdade religiosa prevista na Constituição em seu art. 5º, VI; porém, isso não acontece, levando em consideração que são alvo de demonização de outras religiões e algumas vezes são vilipendiadas com a destruição dos locais de culto, discursos de ódio e até mesmo menores sendo retirados do convívio de suas mães por serem praticantes de religiões afro-brasileiras. A pesquisa se justifica justamente pelo aumento de denúncias de racismo religioso em meio a um recrudescimento do conservadorismo no Brasil.

Desta forma, é premente questionar: como os agentes do Estado tem lidado com o racismo religioso e a violação da liberdade religiosa das religiões de matriz africana e de seus praticantes? Esse é o objetivo principal do presente trabalho, que para tanto está dividido em três partes. Na primeira será trabalhada a questão da liberdade religiosa, com enfoque na liberdade de crença e culto. Num segundo momento, pontos sobre o racismo religioso serão abordados e por último, serão trabalhadas questões concretas de violações a liberdade religiosa no que tange a religiões afro-brasileiras e como agentes estatais lidaram com isso.

O presente trabalho tem como metodologia pesquisa bibliográfica doutrinária qualitativa, tendo como base principalmente livros de Direito Constitucional e reportagens sobre o tema abordado sendo uma pesquisa teórica descritiva.

1. LIBERDADE RELIGIOSA: DIREITO DE CRER E CULTUAR

A humanidade, desde o início de sua caminhada no planeta Terra, tem a tradição de crer em divindades e cultuar deuses. Esse hábito perdura até hoje e inclusive é um direito humano e fundamental garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, como uma liberdade, liberdade de crença e culto, liberdade religiosa em linhas gerais.

Tida como uma das primeiras liberdades conquistadas pelo indivíduo, a liberdade religiosa é descrita como um dos primeiros direitos humanos garantidos na esfera do Direito internacional, bem como nas Cartas Políticas dos países. A proteção da religião, crença e culto sempre foi algo

muito importante para a sociedade, já que ela regrava não só a vida dos particulares, mas até mesmo de sociedades inteiras; por isso a necessidade se garantir esse direito em dispositivos legais nacionais e internacionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019).

Na Carta Magna brasileira, a liberdade religiosa está no art. 5º, VI e prevê tanto a liberdade de crença quanto a liberdade de culto. É importante ressaltar que essa liberdade de crença também dá o direito ao indivíduo a não crer e não cultuar qualquer divindade. Nesse sentido, escrevem Rodrigo Eduardo Zambon, Janaina Carla da Silva Vargas Testa e Wilson Sanches: "A intenção de garantir estes direitos é enaltecer o princípio da tolerância e o respeito à diversidade, no sentido de que ninguém é obrigado a aderir à religião alguma, sendo permitido, inclusive, ser descrente, ateu e agnóstico." (ZAMBON; TESTA; SANCHES, 2015, p. 171).

Conforme Uadi Lammêgo Bulos (2014), a liberdade religiosa compreende tanto a liberdade culto quanto a liberdade de crença, sendo a última a liberdade de ter fé em algo ou não tem fé alguma, bem como veda que alguém seja compelido a adotar alguma crença. Segundo o mencionado autor, o limite dessa liberdade está no respeito recíproco, sendo vedado vilipendiar direitos de outrem nesse sentido. Já a liberdade de culto é a inviolabilidade da exteriorização dos ritos e manifestações de determinada religião, que em regra não podem sofrer qualquer interferência autoritária e injustificada. Essa liberdade possui limites, devendo respeitar as leis vigentes, a paz e a ordem social, podendo o indivíduo que transgredir essas limitações, sofrer sanções de ordem civil e criminal (BULOS, 2014).

Muitas vezes os limites da liberdade religiosa só podem ser levados em consideração em casos concretos, utilizando métodos decisórios (como a ponderação) para chegar à conclusão se aquele direito de liberdade religiosa está violando outros bens jurídicos tão (ou mais) importantes que a liberdade religiosa (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019).

Alguns autores entendem como limitadores da liberdade religiosa a moral e os bons costumes, entre eles Uadi Lammêgo Bulos (2014). Entretanto, esses conceitos são no mínimo imprecisos e podem ser delineados pelo interlocutor da maneira que entender mais adequado para si. Por isso, devem ser levados em consideração os ensinamentos de Jayme Weingartner Neto (2018), que entende que essa concepção semanticamente vaga permitiria a fixação de ideias inexoráveis e segregatícias, sendo a utilização

de moral e bons costumes atalhos para fundamentar vilipêndios de direitos fundamentais, principalmente os de liberdade (de impressa, de expressão, religiosa etc.).

A proibição constitucional em embaraçar e impedir a realização cultos obriga a observância desse mandamento tanto ao ente público quanto ao ente privado. Para o poder público, isso vai além, havendo aqui a necessidade de proteção dos locais onde são realizados os ritos (inclusive durante as liturgias) de determinada doutrina religiosa, além de punir aqueles que violem tais locais, e também a proteção dos membros daquela religião na ida e volta das cerimônias e rituais. (WEINGARTNER NETO, 2018).

Importante lembrar que o Estado é laico e não pode impor nenhuma religião ou proibir o exercício de cultos e crenças por mais "diferentes" que possam parecer (obviamente que respeitando as leis e outros limites mencionados anteriormente). Apesar da laicidade, alguns atos religiosos são reconhecidos pelo Estado, como o casamento religioso, que permite sacerdotes religiosos celebrarem casamento que é reconhecido civilmente conforme o art. 226, § 2º da Constituição Federal de 1988. Boa parte desses casamentos são celebrados por igrejas de matriz judaico-cristã, havendo certa celeuma sobre casamentos realizados em cerimônias do candomblé ou centros espíritas se também teriam efeitos civis, havendo decisões reconhecendo casamentos realizados dentro da religião espírita, levando em consideração o princípio da isonomia (ZAMBON; TESTA; SANCHES, 2015).

Só necessidade de manejo de ações para reconhecimento de casamentos religiosos em ritos de religiões de matrizes africanas ou na religião espírita demonstra um desrespeito com essas crenças, tendo em vista que o dispositivo constitucional não delimita ou faz qualquer menção a um tipo de doutrina religiosa, apenas em "casamento religioso", devendo ser entendido assim como todas as crenças.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, há uma harmonização da liberdade religiosa (crença e culto) com outros valores constitucionais como dignidade, igualdade, pluralismo cultural, entre outros. Assim, a liberdade religiosa deve ser entendida numa concepção ampla que tenha um alto nível de inclusão, dando espaço para religiões menores e menos comuns, coadunando com a igualdade, dignidade e liberdade dos indivíduos, devendo resguardar fundamentalismos religiosos, que margina-

lizam e demonizam aqueles não são adeptos de religiões mais populares (WEINGARTNER NETO, 2018).

O direito à liberdade religiosa também deve ser observado no seu âmbito mais privado como na educação dos filhos com os próprios ideais religiosos, bem como a utilização de prenomes e até patronímicos na nomeação da criança relacionados à fé adotada. Insta ressaltar que cada componente de um casal pode professar uma religião diferente, podendo cada um instruir os filhos com a fé que professa, bem como os filhos possuem o direito à liberdade religiosa, o que pode vir a criar ruídos nas relações familiares (WEINGARTNER NETO, 2018).

A liberdade à crença e culto (o direito à liberdade religiosa em geral) asseguram aos brasileiros a possibilidade de professar sua fé, ou mesmo deixar de professar qualquer fé se assim quiser, sem ser alvo de censuras e perseguições tanto de particulares quanto de agentes públicos. Isso na teoria, pois na prática no Brasil do século XXI algumas religiões e seus adeptos ainda não possuem segurança para poder realizar seus ritos e professar suas crenças.

2. RACISMO RELIGIOSO

As religiões de matriz africana, a doutrina espírita e as crenças dos povos indígenas por muito tempo foram demonizadas e ainda são alvos de discursos de ódio, têm locais de culto depredados e praticantes agredidos verbal e até fisicamente. As religiões de matriz africana, como o candomblé e a umbanda, seguem sendo perseguidas ainda hoje e tal perseguição está estritamente ligada ao racismo existente na sociedade brasileira, intolerância configurada como racismo religioso.

Sobre essa forma de racismo em face de crenças matrizes africanas, Sidnei Nogueira assinala que:

> O racismo religioso condena a origem, a existência, a relação entre uma crença e uma origem preta. O racismo não incide somente sobre pretos e pretas praticantes dessas religiões, mas sobre as origens da religião, sobre as práticas, sobre as crenças e sobre os rituais. Trata-se da alteridade condenada à não existência. Uma vez fora dos padrões hegemônicos, um conjunto de práticas culturais,

> valores civilizatórios e crenças não pode existir; ou pode, desde que a ideia de oposição semântica a uma cultura eleita como padrão, regular e normal seja reiteradamente fortalecida (NOGUEIRA, 2020, p. 47).

Para aqueles que buscam vilipendiar a prática de religiões de matriz africana, desde a origem da religião incide o preconceito racial sobre as manifestações e ritos dessas crenças, buscando levá-las a uma obliteração dessas práticas divergentes de padrões eurocêntricos compreendidos como "superiores". Nessa senda, Emanuel Fonseca Lima (2019) também entende que o esforço em transformar as religiões de matriz africana em cultos demoníacos; o racismo religioso busca vincular essas religiões a grupos selvagens e incivilizados que possuem costumes funestos e precisam ser aniquilados.

A utilização da expressão "racismo religioso" tem sido adotada em detrimento da expressão "intolerância religiosa", pois no que se refere a religiões de bases africanas, essa forma de discriminação se opõe de maneira representativa e significativa a um dos principais valores do ser humano ou de um grupo, que é sua humanidade. Essa execração das crenças que possuem raízes africanas acaba por despersonalizar os adeptos dessas religiões, entendendo-os como "não humanos" (NOGUEIRA, 2020).

O racismo religioso interfere até mesmo nos ritos das religiões de matrizes africanas, e um bom exemplo pode ser visualizado nos ritos de sacrifícios de animais, quando aparecem grupos para defender a vida dos animais; no entanto, mesmos grupos não se manifestam sobre a violência sofrida pelos animais no agronegócio ou até mesmo na indústria do vestuário (LIMA, 2019).

Muitas vezes, religiões afro-brasileiras são tidas como divertimento para turistas, que as tratam como mero folclore, utilizando visitas aos locais de culto como forma de ganhar dinheiro de visitantes caucasianos e não praticantes daquelas religiões. E mesmo sendo objeto de comércio, essas religiões têm seus valores essenciais rejeitados e pintadaos como uma manifestação não natural, exótica (NASCIMENTO, 2016 apud LIMA, 2019).

Templos de religiosos cristãos, islâmicos ou budistas são visitados em roteiros turísticos no Brasil e no mundo. As visitas nesses templos são

realizadas com um respeito, o que muitas vezes não é estendido aos locais litúrgicos das religiões afro-brasileiras, locais considerados pontos folclóricos.

O racismo religioso pode ganhar contornos mais explícitos e violentos, quando locais de culto são atacados, incendiados e destruídos, como tem acontecido com certa frequência no Brasil, havendo inclusive organizações montadas justamente para esse fim. Um grupo formado por traficantes evangélicos neopentecostais atacava terreiros de religiões de matrizes africanas na Baixada Fluminense, e havia cerca de duas centenas de locais de culto em perigo na região (ESTADÃO CONTEÚDO, 2019).

A violência sofrida pelas religiões afro-brasileiras, por seus fiéis e locais de culto tem se tornado corriqueira e nem sempre o Estado e os agentes públicos coíbem de forma contundente. Em alguns casos, há certa conivência estatal.

3. O VILIPÊNDIO A RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA: QUESTÕES SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA E RACISMO RELIGIOSO

O racismo religioso tem sido praticado por sacerdotes e adeptos de outras religiões, principalmente as judaico-cristãs, muitas vezes com um verniz de proselitismo religioso, usando este argumento para encampar as visões intolerantes acerca das religiões de afro-brasileiras e espírita. Segundo Melina Alves Tostes (2012), o chamado *proselitismo* representa liberdade de buscar novos adeptos para uma religião e seria uma face da liberdade religiosa, que deve ser respeitado, já que está ligado à liberdade de expressão, à democracia e à pluralidade de ideias.

A utilização dessa liberdade com recortes de racismo religiosos tem sido manejada por adeptos e sacerdotes de algumas doutrinas, e conta até mesmo com certa indulgência do Estado, inclusive do Judiciário.

Em 2016, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal (STF) trancou ação penal em face de um sacerdote católico que foi denunciado pelo Ministério Público da Bahia por incitar discriminação religiosa de religiões afro-brasileiras e espírita, inclusive com a obliteração e vilipêndio de objetos de culto dessas religiões em um livro. O relator, apesar de verificar e assinalar em seu voto que houve intolerância prescrita pelo sacerdote em

sua obra, entendeu pelo trancamento da ação penal, já que a obra estava sob a égide da liberdade de expressão religiosa e que a liberdade religiosa dá a liberdade de fazer proselitismo de diversas maneiras, não ficando assim verificada a tipicidade penal no caso concreto (STF, 2016).

Ataques contra as religiões afro-brasileiras não partem apenas da Igreja Católica. Nos primeiros anos do século XXI, igrejas neopentecostais têm instigado afrontas em face de religiões como a umbanda e o candomblé de maneira contundente (SILVA, 2006 apud NOGUEIRA, 2020).

É imperioso ressaltar que não se trata de uma generalização tacanha, dizendo que todo cristão, seja católico, protestante, neopentecostal etc. perpetua e corrobora esse cenário de intolerância e racismo religioso. Porém, é necessário destacar o recrudescimento de um conservadorismo soez, que deturpa as lições do cristianismo de amor e tolerância, mistura religião e política tem contribuído sobremaneira para os ataques a religiões de matriz africana e por consequência ataques à liberdade religiosa dos adeptos dessas religiões.

Existe uma necessidade premente que os discursos de intolerância sejam coibidos e não encontrem guarida na falácia de proselitismo religioso, tendo em vista que há uma miríade de formas de converter novos adeptos a determinada religião que não a demonização e abusos contra religiões de matriz africana. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019) elencam em sua obra uma síntese decisão da Suprema Corte no RHC 146.303/RJ, em 6 de março de 2018, que discursos para conversão de novos fiéis (proselitismo religioso) não podem se confundir com uma retórica manifestamente aviltante e discriminatória, de forma que não se pode usar a liberdade religiosa como fundamento para propagar ódio, intolerância e violência em face de outras religiões. Que esse entendimento do Supremo no julgado de 2018 seja o adotado em detrimento daquele que anistiou o sacerdote católico em 2016.

Outro ponto que tem causado perplexidade são mães afastadas de suas filhas por serem seguidoras de religiões afro-brasileiras. No ano de 2020, a mãe de uma menina de nove anos teve sua filha retirada após denúncia anônima de maus-tratos em Pernambuco. De acordo com a genitora, os fatores que levaram isso a acontecer são questões de racismo religioso e machismo, pois sempre cuidou de sua filha com muito amor e esmero. Segundo consta, a mãe perdeu a guarda da filha sem qualquer

vistoria em seu domicílio ou qualquer averiguação sobre a vida que ela e sua filha levavam. Organizações de promoção de igualdade racial acusam o Conselho Tutelar, Ministério Público e o Judiciário de acatarem uma falsa comunicação de maus-tratos (AUGUSTTO, 2020).

Caso parecido, que ganhou o noticiário brasileiro também em 2020, foi de uma mãe de Araçatuba que teve sua filha retirada pelo Conselho Tutelar após a menor ter participado de um rito de passagem do candomblé, em que foi necessária a raspagem da adolescente e o isolamento de 21 dias. Nesse caso, a denúncia foi feita pela avó (evangélica) da menor, alegando maus-tratos e até abuso sexual. Após exames de corpo de delito e depoimento da menor, que afirmou concordar em participar do ritual de iniciação, o Juiz da 2ª Vara Criminal de Araçatuba devolveu a guarda da menor a sua genitora (CACHAPUZ, 2020).

Qual o motivo de uma mãe ter sua filha retirada com tamanha ferocidade e velocidade após a menor ter seu cabelo raspado? É flagrante que o racismo religioso está arraigado em vários níveis da sociedade, inclusive nos agentes públicos.

Como já assinalado em momento anterior, é importante ressaltar que os pais têm a prerrogativa de educar seus filhos conforme suas convicções religiosas (desde que observados direitos do menor), além de o menor ter também direito à liberdade religiosa. Esse lado da liberdade religiosa pode ser um ponto controverso entre os pais, mas as religiões de matrizes africanas não podem ser aniquilas em detrimento das judaico-cristãs, nem seus praticantes terem seus direitos tolhidos por conta de serem fiéis de religiões afro-brasileiras.

Outrossim, como também mencionado, o Estado tem o dever de proteger o local de culto antes, durante e depois dos ritos, bem como os praticantes daquela religião. A partir do momento em que agentes públicos tiram uma adolescente dos braços da mãe por conta de um rito religioso, sem qualquer indício de maus-tratos ou qualquer violação dos direitos da menor, há flagrante violação da liberdade religiosa dos adeptos das religiões afro-brasileiras, devendo essa mácula ser reparada e responsabilidades atribuídas.

O fato é que há a necessidade de implementar meios para coibir a demonização das religiões de matriz africana. Isso pode ter um início desde os bancos escolares, com o ensino de forma plena da história e cultura

afro-brasileira, que é obrigatória nos termos da Lei nº 10.639/03 (alterada pela Lei nº 11.645/09). A difusão do conhecimento sobre as religiões afro-brasileiras por meio de plataformas de vídeos, *podcasts* e redes sociais também são importantes para que o racismo religioso seja combatido. Cabe ao Estado, e principalmente ao Poder Judiciário, coibir vilipêndios a religiões de matriz africana, não podendo ser indulgente com práticas de racismo religioso, sobretudo naquelas disfarçadas de proselitismo ou numa falsa proteção de outros bens jurídicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade religiosa consubstanciada na liberdade de crença e culto é resguardada por documentos internacionais e pela Constitui Federal do Brasil de 1988, e busca encampar as mais diversas expressões religiosas existentes, desde as mais "tradicionais" até aquelas que vieram ou nasceram com os negros que foram escravizados e forçados a trabalhar no Brasil (numa das maiores atrocidades perpetradas pela humanidade). A liberdade religiosa visa proteger práticas, ritos, liturgias e locais onde a fé é expressa e também a possibilidade de crer ou não em divindades.

No entanto, essa liberdade religiosa muitas vezes acaba mitigada por um racismo religioso que está impregnando na sociedade brasileira, o racismo que permeia o país, que possui mais pessoas negras fora do continente africano. Os adeptos e sacerdotes de religiões judaico-cristãs, principalmente, têm tratado de demonizar as religiões afro-brasileiras ou torná-las expressões folclóricas e exóticas, e não como uma religião de fato, tentando obliterar suas práticas e menosprezar os fiéis, para manter a hegemonia daquelas religiões trazidas pelos colonizadores.

Há uma conivência, em alguns casos, do Estado, que deveria proteger os praticantes de religiões de matriz africana de vilipêndios a essas religiões, seja tirando a guarda de crianças de mães praticantes de religiões afro-brasileiras, ou mesmo permitindo discursos intolerantes em face dessas religiões disfarçadas de proselitismo religioso. É imperioso que exista uma alteração nesse panorama, como aconteceu na decisão do STF de 2018, ao negar trancamento da ação penal após discurso de ódio. Há urgência para a transformação desse panorama para uma sociedade mais tolerante; para isso é necessário haver integração da sociedade com a his-

tória e cultura negra de maneira contundente e aproximação dos agentes do Estado com lideranças de religiões afro-brasileiras para que as decisões tomadas por esses atores respeitem e protejam a liberdade religiosa dessa parcela da população.

REFERÊNCIAS

AUGUSTTO, Thiago. Atriz, educadora social e candomblecista perde guarda da filha após denúncia anônima lhe acusando de maus-tratos. **Notícia Preta**. 29 set. 2020. Disponível em: https://noticiapreta.com.br/atriz-educadora-social-e-candomblecista-perde-guarda--da-filha-apos-denuncia-anonima-lhe-acusando-de-maus-tratos/. Acesso em: 10 mar. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CACHAPUZ, Julia. Mãe recupera a guarda da filha retirada pelo Conselho Tutelar por participar de ritual de Candomblé. *In*: **Revista Fórum**. 15 ago. 2020. Disponível em: https://revistaforum.com.br/movimentos/mae-recupera-a-guarda-da-filha-retirada-pelo-conselho-tutelar--por-participar-de-ritual-de-candomble/ Acesso em: 10 mar. 2020.

ESTADÃO CONTEÚDO. Polícia prende 'Bonde de Jesus' que atacava terreiros de Umbanda e Candomblé. *In*: **Jornal Estado de Minas**. 18 ago. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/08/18/interna_nacional,1078089/policia-prende--bonde-de-jesus-que-atacava-terreiros-de-umbanda-e-can.shtml. Acesso em: 4 mar. 2021.

LIMA, Emanuel Fonseca. Racismo no plural: um ensaio sobre o conceito de racismos. In: LIMA, Emanuel Fonseca; et al. (org.). **Ensaios sobre racismos**. São José do Rio Preto: Balão Editorial, 2019.

NOGUEIRA, Sidnei. **Intolerância religiosa**. São Paulo: Pólen, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Encerrada ação penal contra padre acusado de incitar discriminação religiosa**. 29 nov. 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330764. Acesso em: 10 mar. 2021.

TOSTES, Melina Alves. Liberdade Religiosa: Um Estudo Comparativo da Jurisprudência Interna e dos Sistemas Regionais Europeu e Americano de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Brasileira**. v. 3, p. 77-94, jul-dez 2012.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao Art. 5º. In: CANOTILHO, J. J. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ZAMBON, Rodrigo Eduardo; TESTA, Janaina Carla da Silva Vargas; SANCHES, Wilson. **Direitos humanos e cidadania**. Londrina: Educacional, 2015.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Benigno Núñez Novo[18]
João Paulo Lima do Nascimento[19]

INTRODUÇÃO

A educação é valiosa por ser a mais eficiente ferramenta para crescimento pessoal. Assume o *status* de direito humano, pois é parte integrante da dignidade humana e contribui para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento. A Educação é um direito fundamental que ajuda não só no desenvolvimento de um país, mas também de cada indivíduo. Sua importância vai além do aumento da renda individual ou das chances de se obter um emprego. Por meio da Educação, garantimos nosso desenvolvimento social, econômico e cultural.

Partindo desta explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: o direito à educação se constitui um direito humano e fundamental? Com base neste questionamento, busca-se fazer um estudo e uma pesquisa bibliográfica e histórica das constituições brasileiras, legislação educacional

18 Doutor em Direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción; mestre em Ciências da Educação pela Universidad Autónoma de Asunción; especialista em Educação: área de concentração: Ensino, pela Faculdade Piauiense; bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

19 Graduado em Psicologia pela Faculdade Devry Facid Teresina-PI; graduando em Direito pela Universidade Estácio de Sá de Teresina-PI, com formação em controlador interno pela Controladoria-Geral do Estado do Piauí.

e de alguns teóricos que discorreram sobre o tema, dando ênfase a Constituição Federal de 1988 e das leis que regulamentam e complementam o direito à Educação: o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990; e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de 1996.

Esta pesquisa se justifica pelo direito à educação estar consagrado na Constituição Federal e na legislação educacional específica que, juntas, abrem as portas da escola pública fundamental a todos os brasileiros, já que nenhuma criança, jovem ou adulto pode deixar de estudar por falta de vaga.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO

A história da educação no Brasil inicia-se no período colonial, quando começam as primeiras relações entre Estado e Educação, através dos jesuítas. O início da educação no Brasil, mais precisamente, do ensino, entendido como um processo sistematizado de transmissão de conhecimentos, é indissociável da história da Companhia de Jesus.

Nesse contexto, a Companhia de Jesus, fundada para contrapor-se ao avanço da Reforma Protestante, foi trazida para o Brasil para desenvolver um trabalho educativo e missionário, com o objetivo de catequisar e instruir os índios e colaborar para que estes se tornassem mais dóceis e, consequentemente, mais fáceis de ser aproveitados como mão de obra. "A organização escolar na Colônia está, como não poderia deixar de ser, estreitamente vinculada à política colonizadora dos portugueses" (RIBEIRO, 1986).

As negociações de Dom João III, O Piedoso, junto a esta ordem missionária católica, pode ser considerado um marco. No período da exploração inicial, os esforços educacionais foram dirigidos aos indígenas, submetidos à chamada "catequese" promovida pelos missionários jesuítas que vinham ao novo país difundir a crença cristã entre os nativos. O padre Manuel da Nóbrega chefiou a primeira missão da ordem religiosa em 1549. Em 1759, houve a expulsão dos jesuítas (reformas pombalinas), passando a ser instituído o ensino laico e público através das Aulas Régias, e os conteúdos basearam-se nas Cartas Régias, a partir de 1772, data da implantação do ensino público oficial no Brasil (que manteve o Ensino Religioso nas escolas). Em 1798, ocorreu o Seminário de Olinda, por ini-

ciativa do bispo Azeredo Coutinho, que se inspirava em ideias iluministas que aprendera como aluno na Universidade de Coimbra.

Para Aranha (2006, p. 24):

> [...] estudar a educação e suas teorias no contexto histórico em que surgiram, para observar a concomitância entre suas crises e as do sistema social, não significa, porém, que essa sincronia deva ser entendida como simples paralelismo entre fatos da educação e fatos políticos e sociais. Na verdade, as questões de educação são engendradas nas reações que se estabelecem entre as pessoas nos diversos segmentos da comunidade. A educação não é, portanto, um fenômeno neutro, mas sofre efeitos do jogo do poder, por estar de fato envolvida na política.

Durante esses quase 300 anos da história do Brasil, o panorama não mudaria muito. A população do período colonial, formada, além dos nativos e colonizadores brancos, tivera o acréscimo da numerosa mão de obra escrava oriunda da África. Mas os escravos negros não conseguiram qualquer direito à educação e os homens brancos (as mulheres estavam excluídas) estudavam nos colégios religiosos ou iam para a Europa. Apenas os mulatos procuravam a escola, o que provocou incidentes como o da "questão dos moços pardos" em 1689: Os colégios de jesuítas negavam as matrículas de mestiços, mas tiveram que ceder, tendo em vista os subsídios de "escolas públicas" que recebiam.

O sistema de ensino jesuítico apresentava uma rede organizada de escolas e uniformidade de ação pedagógica. Além das escolas de ler e escrever, ministrava o ensino secundário e superior.

> Todas as escolas jesuíticas eram regulamentadas por um documento, escrito por Inácio de Loiola, o Ratio at que Instituto Studiorum, chamado abreviadamente de Ratio Studiorum. Os jesuítas não se limitaram ao ensino das primeiras letras; além do curso elementar, eles mantinham os cursos de Letras e Filosofia, considerados secundários, e o curso de Teologia e Ciências Sagradas, de nível superior, para a formação de sacerdotes. No curso de Letras estudava-se Gramática Latina, Humanidades e Retórica; no curso de Filosofia estudava-se Lógica, Metafísica, Moral, Matemática e

> Ciências Físicas e Naturais. Os que pretendiam seguir as profissões liberais iam estudar na Europa, na Universidade de Coimbra, em Portugal, a mais famosa no campo das ciências jurídicas e teológicas, e na Universidade de Montpellier, na França, a mais procurada na área de medicina (BELLO, 1992, p. 2).

Não se conseguiu implantar um sistema educacional nas terras brasileiras, mas a vinda da Família Real no início do século XIX permitiu uma nova ruptura com a situação anterior. Para preparar terreno para sua estada no Brasil, Dom João VI abriu Academias Militares (Academia Real da Marinha (1808) e Academia Real Militar (1810), Escolas de Medicina (a partir de 1808, na Bahia e no Rio de Janeiro), Museu Real (1818), a Biblioteca Real (1810), o Jardim Botânico (1810), e sua iniciativa mais marcante em termos de mudança, a Imprensa Régia (1808). Segundo alguns autores, o Brasil foi finalmente "descoberto" e nossa História passou a ter complexidade maior. Em 1816, foram convidados artistas franceses ("Missão Artística Francesa") como Lebreton, Debret, Taunay e Montigny, que influenciariam a criação da Escola Nacional de Belas Artes.

A educação, no entanto, continuou a ter importância secundária. Basta ver que enquanto nas colônias espanholas já existiam muitas universidades, em 1538 já existia a Universidade de São Domingos e em 1551 a do México e a de Lima, a Universidade Federal do Amazonas, considerada a mais antiga universidade brasileira, foi fundada em 1909. A USP de São Paulo surgiu apenas em 1934.

Carta de bacharel foi passada a Julio Cesar Berenguer de Bittencourt pela Faculdade de Direito de Olinda em 14 de outubro de 1844. Em 1822, havia propostas para a Educação na Assembleia Constituinte (inspiradas nos ideais da Revolução Francesa) mas sua dissolução por Dom Pedro I adiaria qualquer iniciativa no sentido de estruturar uma política nacional de educação. A Constituição de 1824 manteve o princípio da liberdade de ensino sem restrições e a intenção de "instrução primária gratuita a todos os cidadãos".

Em 15 de outubro de 1827 (BRASIL, 1827), foi aprovada a primeira lei sobre o Ensino Elementar, que vigoraria até 1946. Essa lei determinou a criação de "escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugarejos" (artigo 1º) e "escolas de meninas nas cidades e vilas mais popu-

losas" (artigo XI). A lei fracassou por várias causas econômicas, técnicas e políticas (ARANHA, 2009). O relatório Liberato Barroso apontou que, em 1867, apenas 10% da população em idade escolar se matriculara nas escolas elementares (BARROSO, 1867).

Em 1834 (Ato Adicional que emendou a Constituição) houve a reforma que deixava o ensino elementar, secundário e de formação dos professores a cargo das províncias, enquanto o poder central cuidaria do Ensino Superior. Assim foram criados o Imperial Colégio de Pedro II, em 1837, e os primeiros liceus provinciais. O Colégio era o único autorizado a realizar exames para a obtenção do grau de bacharel, indispensável para o acesso a cursos superiores (BRASIL, 1834).

Em 1879 houve a reforma de Leôncio de Carvalho (DALLABRIDA, 2009), que propunha, dentre outras coisas, o fim da proibição da matrícula para escravos, mas que vigorou por pouco tempo. No século XIX ainda havia no Brasil a tendência da criação de escolas religiosas, o que já não acontecia no resto do mundo receptível ao ensino laico – até mesmo por parte dos jesuítas, que retornaram após 80 anos. Dentre essas instituições, figuram o Colégio São Luís (fundado em Itu em 1867 e transferido para São Paulo em 1919), o Colégio Caraça em Minas Gerais (1820), Liceu Pernambuco – Ginásio Pernambucano (1825), Colégio Mackenzie (São Paulo, 1870), Colégio Metodista Piracicabano (Piracicaba, 1881), Colégio Americano (Porto Alegre, 1885), Colégio Internacional (Campinas, 1873), entre outros. Da parte da iniciativa leiga, surgiu a Sociedade de Culto à Ciência, Campinas, fundada por maçons (BRASIL, 1879). A primeira escola de formação dos professores (as chamadas "escolas normais") foi a Escola Normal de Niterói, fundada em 1835.

Com a instauração da República (1889), a Educação sofreria mudanças, mas sempre sob os princípios adotados pelo novo regime: centralização, formalização e autoritarismo. De acordo com Palma Filho (2005) durante a Primeira República (1889-1930) foram cinco reformas (Reforma Benjamim Constant, Reforma Epitácio Pessoa, Reforma Rivadávia, Reforma Carlos Maximiliano e Reforma João Luiz Alvez) de âmbito nacional do ensino secundário, preocupadas em implantar um currículo unificado para todo o país.

Em 1890 e 1891, com as reformas de Benjamim Constant (BRASIL, 1890; 1891), então Ministro da Instrução, Correios e Telégrafos (órgão

precursor do MEC), o Ensino Secundário era visto como meramente preparatório para o Ensino Superior. Em 1901, vieram as reformas de Epitácio Pessoa (BRASIL, 1901a; 1901b).

Entre 1911 e 1915, vigorou a "Reforma Rivadávia" (BRASIL, 1911), de iniciativa do Ministro Rivadavia Correa, que afastava da União a responsabilidade pelo Ensino. Nessa época também surgiu o conceito de "Grupo Escolar", quando as classes deixaram de reunir alunos de várias idades e passaram a distribuí-los em séries ("ensino seriado"). Em 1915, saiu a Reforma Maximiliano (BRASIL, 1915) e, em 1925, a reforma João Luiz Alvez (BRASIL, 1925).

As décadas de 1920 e 1930 viram surgir o "Escolanovismo", de iniciativa de liberais democráticos, os quais empreenderam reformas educacionais em diversos estados tais como Lourenço Filho (Ceará, 1923) e Anísio Teixeira (Bahia, 1925), dentre vários outros. Em 1924 foi fundada a Associação Brasileira de Educação (ABE) que na primeira fase sofrera influência da militância católica, mas que a partir de 1932, foi dominada pelos adeptos da Escola Nova (ARANHA, 2009). Em 1932, foi publicado o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, defendendo a laicidade, gratuidade, obrigatoriedade e coeducação no ensino público (AZEVEDO, 1932).

É a partir de 1930, início da Era Vargas, que surgem as reformas educacionais mais modernas. Assim, na emergência do mundo urbano-industrial, as discussões em torno das questões educacionais começavam a ser o centro de interesse dos intelectuais. E se aprofundaram, principalmente devido às inquietações sociais causadas pela Primeira Guerra e pela Revolução Russa que alertaram a sociedade para a possibilidade de a humanidade voltar ao estado de barbárie devido ao grau de violência observado nestas guerras. Com o Decreto n º 19.402, de 14 de novembro de 1930, foi criado o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública. O Ministro Francisco Campos reformou o Ensino Secundário, Reforma Campos (BRASIL, 1931; 1932), criando os Exames de Madureza (provável nome derivado do hebraico *Bagrut*).

O Decreto nº 19.850, de 11 de abril de 1931, organizou o Conselho Nacional de Educação e a Constituição de 1934 deu-lhe a incumbência de criar o Plano Nacional de Educação. Em 1932 alguns intelectuais brasileiros como Lourenço Filho, Fernando de Azevedo e Anísio Teixeira,

dentre outros (no total de 26), assinaram o "Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova". Desse modo, os intelectuais voltaram sua atenção para a educação, uma vez que pretendiam contribuir para a melhoria do processo de estabilização social. Não demoraram muito a declarar a insuficiência da pedagogia tradicional diante da exigência do mundo moderno, capitalista, concluindo que as instituições escolares deveriam ser atualizadas de acordo com a nova realidade social.

O movimento educacional que surgiu naquele momento e que influenciou consideravelmente o pensamento educacional brasileiro foi o que nos Estados Unidos denominou-se de Escola Nova. Esse movimento valorizava os jogos e os exercícios físicos de forma geral, desde que servissem para o desenvolvimento da motricidade e da percepção. Seu desenvolvimento levava em consideração os estudos da psicologia da criança e buscava os métodos mais adequados para estimular o interesse delas, sem, no entanto, privá-las da espontaneidade.

Tanto a Constituição de 1934 como o manifesto de 1932 traçaram pela primeira vez as linhas mestras de uma política educacional brasileira (PALMA, 2005). Contudo, a Constituição de 1934 durou pouco e foi substituída pela de 1937, imposta por Getúlio Vargas. Na década de 1920 havia universidades, como a do Rio de Janeiro (1920) e a Universidade Federal de Minas Gerais (1927), que eram simples agregação de faculdades. Em 1934, surgiu a USP, sob a nova organização decretada pelo governo.

Em 1942, o ministro Gustavo Capanema incentivou novas leis de reforma do Ensino, que ficaram conhecidas como "Reforma Capanema". Nesse ano, surgiram a Lei Orgânica do Ensino Industrial (BRASIL, 1942a) e a Lei Orgânica do Ensino Secundário (BRASIL, 1942b), além de ter sido fundado o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai). Em 1943 foi aprovada a Lei Orgânica do Ensino Comercial (BRASIL, 1943). Em 1946, saiu a Lei Orgânica do Ensino Primário (BRASIL, 1946b) e do Ensino Normal (BRASIL, 1946c), além da Lei Orgânica do Ensino Agrícola (BRASIL, 1946d). Também houve em 1946 um acordo financeiro com o Banco Mundial para a Escola Técnica de Curitiba (BRASIL, 1946e).

Com as reformas de Capanema, o Ensino Secundário foi dividido em dois ciclos, o ginasial e o segundo ciclo ("colegial"). O segundo ciclo

contava com duas modalidades: curso Clássico e Científico. Esses dois cursos tinham caráter propedêutico, permitindo o acesso ao Ensino Superior (OTRANTO; PAMPLONA, 2008).

Quanto ao ensino profissional, era previsto em quatro modalidades: industrial, agrícola, comercial e normal. O ensino profissional era dividido ainda em cursos de formação profissional do primeiro ciclo (equivalente ao ginásio), e os cursos técnicos (equivalentes ao segundo ciclo ou "colegial"). Em tese, a conclusão de um curso técnico dava acesso ao ensino superior, mas tais cursos se configuravam, na prática, como terminais, sendo destinados aos pobres (OTRANTO; PAMPLONA, 2008), caracterizando uma dualidade no sistema educacional, entre escolas de ricos e de pobres. Uma exceção era feita ao curso Normal, destinado, em geral, às moças da elite (OTRANTO; PAMPLONA, 2008).

Com o fim do Estado Novo, surgiu a Constituição de 1946, que trouxe dispositivos dirigidos à educação, como a gratuidade para o Ensino Primário e a manutenção da mesma na sequência dos estudos, para aqueles que comprovassem falta de recursos. Em 1948, também surgiu a discussão para uma Lei de Diretrizes Básicas (LDB), a partir da proposta do deputado Clemente Mariani (MARIANI, 1948). Depois de 13 anos de debates dos escolanovistas e de católicos tradicionalistas como o padre Leonel Franca e Alceu Amoroso Lima, além do Manifesto dos Educadores Mais uma Vez Convocados (1959), assinado por Fernando de Azevedo e mais 189 pessoas, foi aprovada em 1961 a primeira LDB, que instigou o desencadeamento de vários debates acerca do tema (BRASIL, 1961; HENTSCHKE, 2007).

Com o regime iniciado em 1964, houve aumento do autoritarismo, marcado na área da Educação com o banimento de organizações estudantis como a União Nacional dos Estudantes (UNE) em 1967, consideradas "subversivas". Em 1969, foi tornado obrigatório o ensino de Educação Moral e Cívica em todos os graus de ensino sendo que, no ensino secundário, a denominação mudava para Organização Social e Política Brasileira (OSPB).

Em 1964, no contexto da Guerra Fria, foram assinados os acordos MEC-Usaid, entre o Ministério da Educação e a Agência para o Desenvolvimento Internacional dos Estados Unidos, através dos quais foram introduzidas algumas mudanças de caráter tecnicista. Em 1968 (BRASIL,

1968), a LDB passaria por mudanças significativas, com base em diretrizes do Relatório Atcon (BATTISTUS; LIMBERGER; CASTANHA, 2006) de Rudolph Atcon e do Relatório Meira Mattos – coronel da Escola Superior de Guerra (ROTHEN, 2008). O Movimento Brasileiro de Alfabetização foi criado em 1967, objetivando diminuir os níveis de analfabetismo entre os adultos.

Entre os anos 1960 e 1970, foi feita a "reforma universitária", substituindo-se o sistema de cátedras pelo de departamentos ou institutos, além de ocorrer o desmembramento das Faculdades de Filosofia, Ciências e Letras (FFCL).

Em 1971, com uma nova LDB, ocorreu a reforma dos ensinos fundamental e médio, durante o governo Médici (BRASIL, 1971b). Foram integrados o primário, ginásio, secundário e técnico. Disciplinas como Filosofia (no 2º grau) desapareceram e outras foram aglutinadas (História e Geografia formaram, no 1º grau, os "Estudos Sociais"). As "Escolas Normais" foram extintas (ARANHA, 2009). Ainda em 1971, foi criado o "vestibular classificatório", garantindo a vaga nas universidades apenas até o preenchimento das vagas disponíveis (BRASIL, 1971a). Em 1982, foi retirada a obrigatoriedade do ensino profissional nas instituições de ensino médio (BRASIL, Lei nº 7.044/1982).

1.1. O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Educação mereceu destaque na Constituição Brasileira de 1988, que em seus dispositivos transitórios (ADCT 60 modificado pela Emenda Constitucional 14/1996) dava o prazo de dez anos para a universalização do Ensino e a erradicação do analfabetismo. Ainda em 1996, surgiu a nova LDB – Lei das Diretrizes Básicas, que instituiu a Política Educacional Brasileira. A Lei nº 9.131/1995 criou o Conselho Nacional de Educação, substituindo o antigo Conselho Federal de Educação que havia surgido com a LDB de 1961 e tinha sido extinto em 1994. Em 1990 foi organizado o SAEB – Sistema de Avaliação do Ensino Básico. Com a Lei nº 9.424/96 foi organizado o FUNDEF – Fundo de Manutenção do Desenvolvimento do Ensino Fundamental (que depois de dez anos foi substituído pelo FUNDEB), que obrigou os estados e municípios a aplicarem

anualmente um percentual mínimo de suas receitas (e desse montante, 60% pelo menos para o pagamento do pessoal do magistério).

Analisando especificamente o direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988, observa-se que o art. 6º da Carta Magna consagra o direito à educação como direito social ao dispor que são direitos sociais a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

1.1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

A fim de concretizar o direito fundamental à educação o art. 205 da Constituição Federal estabelece que "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". A educação, portanto, é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à dignidade da pessoa humana, bem maior do homem, sendo que por isso o Estado tem o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

A educação infantil será oferecida em creches e pré-escolas para crianças de até cinco anos de idade, conforme prevê o inciso IV do art. 208 da Constituição Federal, sendo os Municípios os entes federativos que atuarão prioritariamente na mesma (art. 211, §2º da Carta Magna). Conforme o art. 208 da CF, o direito à educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, reproduzindo a Constituição Federal, apresenta o direito ao ensino básico, em seu art. 54 como direito público, já a LDB ou Lei nº 9.394/1996 estabelece em seu art. 32, a duração do ensino fundamental de nove anos, começando ao sexto ano de vida, prevê ainda as metas que o ensino básico deverá proporcionar ao cidadão.

A garantia do ensino fundamental obrigatório é o mínimo em termos de educação, uma vez que este integra o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, formado pelas condições materiais básicas para a existência. Neste estágio, tão importante para o cidadão que está sendo

educado é a educação para a sociedade, que necessita de pessoas esclarecidas, de cidadãos capazes de exercer a sua cidadania. Conforme prevê o art. 29 da Lei de Diretrizes e Bases, a educação infantil "tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade". Estabelece o art. 208, II, da CF que o dever do Estado para com o ensino médio será garantido mediante sua progressiva universalização, sendo nesta mesma linha o contido no art. 4º, II, da Lei de Diretrizes e Bases.

Alguns autores afirmam que todos os cursos do ensino superior estão garantidos na carta através no art. 208, uma vez que a expressão: "níveis mais elevados do ensino" significaria educação superior, entretanto outra ala diz que apenas os cursos voltados à pesquisa e as artes, isto porque a expressão: "da pesquisa e da criação artística" determinaria isso. Conforme prevê o art. 44 da Lei de Diretrizes e Bases, o ensino superior abrange os cursos sequenciais por campo de saber, os cursos de graduação, de pós-graduação e de extensão, tendo por finalidade, segundo o art. 43 da referida lei.

O Plano Nacional de Educação (PNE) é uma lei brasileira que estabelece diretrizes e metas para o desenvolvimento nacional, estadual e municipal da educação. O Plano vincula os entes federativos às suas medidas, e os obriga a tomar medidas próprias para alcançar as metas previstas (BRASIL, Lei nº 13.005/2014). O PNE estabelece que, até 2024, metade das crianças com até três anos de idade devem estar matriculadas em creches públicas e 100% das que têm entre 4-5 anos de idade devem frequentar a escola.

No *Anuário de Competitividade Mundial* 2020 (*World Competitiveness Yearbook* – WCY), o Brasil está em último lugar no fator educação. A posição do país é a de 63, duas abaixo de 2019. Analfabetismo, analfabetismo funcional, péssima qualidade do ensino público, especialmente o básico, incertezas sobre o ensino médio, expansão acelerada e desequilíbrios no ensino superior.

Os problemas educacionais no Brasil, além de diversos são também complexos; muitas escolas têm uma estrutura física incompatível com a clientela que atende prédio pequeno demais para o número de alunos, falta pátio, biblioteca, quadra para as aulas de educação física, muros para

garantir a segurança dos discentes. Em outras, o corpo docente não tem formação superior na área em que atua, e os professores que possuem formação não fazem ou não fizeram nenhuma capacitação, o que torna seus conhecimentos e métodos de trabalho obsoletos, ultrapassados e cria um abismo entre professor e aluno.

O ensino híbrido está no topo das tendências escolares para 2021, ou seja, o distanciamento social em sala de aula ainda será necessário, e a forma de viabilizá-lo é com ensino híbrido. Nesse cenário, em que a inovação é uma forte tendência, as atividades educacionais precisam acompanhá-la. Mais do que nunca, a construção do conhecimento tem exigido e continuará exigindo ações diversificadas, que saiam dos modelos preconcebidos (NOVO, 2021).

Os alunos aprenderão na sala de aula e também no ambiente *on-line*, por meio de atividades remotas. Assim, elas podem acontecer por meio de plataformas de aprendizagem, aplicativos ou softwares. A grande certeza é que 2021 consolidará uma mudança no paradigma da educação. Novas necessidades, metodologias e processos entrarão em cena, alterando permanentemente a cara do ensino (NOVO, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No rol dos direitos humanos fundamentais, encontra-se o direito à educação, amparado por normas nacionais e internacionais. Trata-se de um direito fundamental, porque inclui um processo de desenvolvimento individual próprio à condição humana. Além dessa perspectiva individual, este direito deve ser visto, sobretudo de forma coletiva, como um direito a uma política educacional, a ações afirmativas do Estado que ofereçam à sociedade instrumentos para alcançar seus fins.

O Poder Público, como um dos responsáveis pelo fomento à educação, deve promover ações não só no âmbito de elaboração de políticas públicas (executivo), no âmbito de elaboração de leis (legislativo), mas também exercendo o papel de protetor e fiscalizador desse direito (Judiciário).

As diversas instituições do poder público cumprem papéis importantes na garantia dos direitos dos cidadãos. Num país marcado por desigualdades como o Brasil, onde a distribuição de direitos espelha essa desigualdade, garantir o direito à educação é, sem dúvida, uma prioridade

e um passo fundamental na consolidação da cidadania. A educação é uma competência comum a todos os entes federados que formam o Estado brasileiro. É um direito público subjetivo de todos.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Brasil no século XX**: o desafio da educação. In: _____. História da Educação. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1996.

_____. **História da educação e da pedagogia**. São Paulo: Moderna, 2006.

_____. **História da Educação e da Pedagogia**. 3a ed. São Paulo: Moderna, 2009. p. 222.

AZEVEDO, Fernando et al. **A reconstrução educacional no Brasil**: ao povo e ao governo; manifesto dos pioneiros da Educação Nova. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1932.

BARROSO, José Liberato. **A Instrução pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Garnier, 1867.

BATTISTUS, C.; LIMBERGER, C.; CASTANHA, A. **Estado militar e as reformas educacionais**. Revista Educere et Educare, Cascavel, v. 1, n. 1, p. 227-232, 2006.

BELLO, Luiz de Paiva. **História da Educação no Brasil**. Disponível em: http://www.pedagogiaemfoco.pro.br/. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm#:~:text=%C2%A7%201%C2%BA%20%2D%20O%20Congresso%20Nacional,mesmo%20tempo%2C%20Deputado%20e%20Senador. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/

ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Constituição dos estados Unidos do Brasil**, **de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro, 1946a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20%2D%20Os%20Estados%20Unidos,%C3%A9%20a%20Capital%20da%20Uni%C3%A3o. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 11.530**, de 18 de março de 1915. Reorganiza o ensino secundário e o superior na República. Rio de Janeiro, 1915. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11530-18-marco-1915-522019-republicacao-97760-pe.html. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 16.782-A**, de 13 de janeiro de 1925. Estabelece o concurso da União para a difusão do ensino primário, organiza o Departamento Nacional do Ensino, reforma o ensino secundário e superior e dá outras providencias. Rio de Janeiro, 1925. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16782aimpressao.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 19.890/1931**. Dispõe sobre a organização do ensino secundário. Rio de Janeiro, 1931. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19890-18-abril--1931-504631-publicacaooriginal-141245-pe.html. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 21.241/1932**. Consolida as disposições sobre a organização do ensino secundário e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1932. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21241-4-abril-1932-503517-publicacaooriginal-81464-pe.html. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 3.890**, de 1º de janeiro de 1901a. Aprova o Código dos Institutos Oficiais de Ensino Superior e Secundário, dependentes do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro, 1901. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-3890-1-janeiro-1901-521287-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Veja%20tamb%C3%A9m%3. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 3.914**, de 26 de janeiro de 1901b. Aprova o regulamento para o Ginásio Nacional. Rio de Janeiro, 1901. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-3914-26-janeiro-1901-503356-norma-pe.html. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 68.908/1971**. Dispõe sobre Concurso Vestibular para admissão aos cursos superiores de graduação. Brasília, 1971a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d68908.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 7.247/1879**. Reforma o ensino primário e secundário no município da Corte e o superior em todo o Império. Rio de Janeiro, 1879. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 8.659**, de 5 de abril de 1911. Aprova a lei Orgânica do Ensino Superior e do Fundamental na República. Rio de Janeiro, 1911. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8659-5-abril-1911-517247-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=5%C2%BA%20O%20Conselho%20Superior%20do,e%20os%20estabelecimentos%20de%20ensino. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 981**, de 8 de novembro de 1890. Aprova o Regulamento da Instrução Primaria e Secundaria do Distrito Federal. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-981-8-novembro-1890-515376-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Approva%20o%20Regula-

mento%20da%20Instruc%C3%A7%C3%A3o%20Primaria%20e%20Secundaria%20do%20Districto%20Federal.&text=1%-C2%BA%20E'%20completamente%20livre%20aos,e%20estatistica%20definidas%20nesta%20lei. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 6.141/1943**. Lei Orgânica do Ensino Comercial. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del6141.htm. Acesso em: 24 de mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 4.073/1942**. Lei orgânica do ensino industrial. Rio de Janeiro, 1942a. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4073-30-janeiro--1942-414503-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 4.244/1942**. Lei orgânica do ensino secundário. Rio de Janeiro, 1942b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4244.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 8.529/1946**. Lei Orgânica do Ensino Primário. Rio de Janeiro, 1946b. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8529-2-janeiro--1946-458442-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 8.530/1946**. Lei Orgânica do Ensino Normal. Rio de Janeiro, 1946c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del8530.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 9.613/1946**. Lei Orgânica do Ensino Agrícola. Rio de Janeiro, 1946d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del9613.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 9.724/1946**. Aprova o Acordo celebrado entre o Ministério da Educação e Saúde e a Interamericana Educacional

Foundation Inc., sobre educação industrial vocacional, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1946e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del9724.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei de 15 de outubro de 1827**. Manda criar escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do Império. Rio de Janeiro, 1827. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM..-15-10-1827.htm#:~:text=LEI%20DE%2015%20DE%20OUTUBRO,lugares%20mais%20populosos%20do%20Imp%C3%A9rio.&text=1%C2%BA%20Em%20todas%20as%20cidades,primeiras%20letras%20que%20forem%20necess%C3%A1rias. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.005/2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834**. Faz algumas alterações e adições a Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Rio de Janeiro, 1834. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei nº 4.024/1961**. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4024.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.024%2C%20DE%2020%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201961.&text=Fixa%20as%20Diretrizes%20e%20Bases%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Nacional.&text=a)%20a%20compreens%C3%A3o%20dos%20direitos,grupos%20que%20comp%C3%B5em%20a%20comunidade%3B&text=%C3%80%20fam%C3%ADlia%20cabe%20escolher%20o,deve%20dar%20a%20seus%20filhos. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei nº 5.540/1968**. Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e

dá outras providências. Brasília, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5540.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei nº 5.692/1971**. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1° e 2º graus, e dá outras providências. Brasília, 1971b. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5692-11-agosto-1971-357752-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Dados%20da%20Norma-,LEI%20N%C2%BA%205.692%2C%20DE%2011%20DE%20AGOSTO%20DE%201971,graus%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Para%20efeito%20do,m%C3%A9dio%2C%20o%20de%20segundo%20grau. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei nº 7.044/1982**. Altera dispositivos da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, referentes a profissionalização do ensino de 2º grau. Brasília, 1982. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7044.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei nº 8.069/1990**. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei nº 9.394/1996**. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Diário oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/l9394.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

DALLABRIDA, N. **A reforma Francisco Campos e a modernização nacionalizada do ensino secundário**. Educação, Porto Alegre, v. 32, n. 2, p. 185-191, maio/ago. 2009.

HENTSCHKE, Jens R. **Reconstructing the Brazilian nation**. Public schooling in the Vargas era. Baden-Baden: Nomos, 2007 pgs. 136-145.

MARIANI, Clemente. **Exposição de motivos da mensagem presidencial n. 605 de 29 de outubro de 1948**. Diário do Congresso Nacional, 13/11/1948, p. 11615-11617.

NOVO, Benigno Núñez. **O ensino híbrido está no topo das tendências escolares para 2021**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 24 mar. 2021. Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56168/o-ensino-hbrido-est-no-topo-das-tendncias-escolares--para-2021. Acesso em: 24 mar. 2021.

OTRANTO, C. R.; PAMPLONA, R. M. **Educação Profissional do Brasil Império à Reforma Capanema**: dicotomia na educação e na sociedade brasileira. In: V Congresso Brasileiro de História da Educação, 2008, Aracajú. O Ensino e a Pesquisa em História da Educação, 2008.

PALMA FILHO, João Cardoso. **Política Educacional Brasileira**. São Paulo: CTE, 2005.

RIBEIRO, M. L. S. **História da Educação Brasileira**: A Organização Escolar. 3a. Edição. São Paulo, Editora Morais, 1981.

ROTHEN, José Carlos. **Os bastidores da reforma universitária de 1968**. Educ. Soc., Campinas, v. 29, n. 103, p. 453-475, 2008.

O DIREITO EDUCACIONAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UM BREVE PANORAMA ACERCA DA EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO NAS AMÉRICAS

Arthur Pacheco Pereira Carvalhal[20]
Jasmine Lima de Melo[21]

INTRODUÇÃO

De acordo com Silva e Scherf (2020), o direito à educação, englobado nos direitos sociais, se refere:

> [...] à educação em seu sentido restrito, da educação formal que "[...] realiza-se nas escolas e nas universidades, sendo por isso designada ainda por educação escolar, é metodicamente organizada seguindo um currículo, regras e leis de âmbito nacional, dividida em disciplinas e classe de conhecimento" (REGO, 2018, p. 44).

A educação é um direito humano fundamental, que "funciona como um multiplicador, potenciando todos os direitos e liberdades quando garantidos

20 Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

21 Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

e prejudicando a todos quando é violada" (TOMASEVSKI, 2006). Embora o direito internacional exija que os Estados forneçam acesso gratuito à educação para todos,[22] essa obrigação raramente é cumprida. Ademais, existem disparidades significativas na implementação do direito à educação. Em muitos países, os homens continuam tendo preferência educacional em relação às mulheres. Ainda há cerca de 793 milhões de adultos sem habilidades básicas de alfabetização – dois terços deles (508 milhões) são mulheres.[23] É nesse sentido que aqui se busca compreender o *status* do direito educacional internacionalmente, tendo como foco específico o Sistema Interamericano.

A educação é uma "ferramenta indispensável" que ajuda os indivíduos a lidar com os desafios que enfrentarão em suas vidas e promove o gozo de outros direitos humanos (CRC, Comentário Geral No. 1: Objetivos da Educação, Doc. ONU. CRC / GC / 2001/1, 17 de abril de 2001, par. 3). Nina Ranieri (2013, p. 57-58) leciona que o direito à educação é internacionalmente garantido, estando a preocupação com o mesmo no fundamento de grandes organizações internacionais, como a ONU, bem como tendo sido consagrado na Declaração Universal de Direitos Humanos – documento este essencial ao estudo dos Direitos Internacionais.

Neste diapasão, o objetivo desta pesquisa é fazer um estudo mais detalhado sobre como o Sistema Interamericano trata do direito à educação, seja por meio da Convenção, Comissão ou Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, explorar-se-á o *status* do direito à educação no direito internacional e o local onde se enquadra dentro do Sistema Interamericano, apresentando quais obrigações o Brasil (e outros países) sustentam internacionalmente quanto a essa garantia. Além disso, adotou-se o método dedutivo de raciocínio, bem como assumiu-se uma postura crítica e educativa, no sentido de o acesso à informação ter sido feito através de dados postos e coletados pelos Órgãos Internacionais – os quais são de extrema relevância para um demonstrativo da realidade do continente americano, demonstrando a importância da atuação de certas instituições de Direito Internacional no combate às desigualdades.

---

22 Organization of American States, American Convention on Human Rights art. 26, Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 [hereinafter American Convention].

23 UNESCO, *World Atlas of Gender Equality in Education* (2012), p. 21 e 93.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Embora os Direitos Fundamentais sejam um conceito relativamente recente na história (JÚNIOR, p. 75), as suas primeiras aparições datam do epílogo do século XVIII – principalmente no que se refere às Revoluções Americana e Francesa, de 1776 e 1789, respectivamente.

Conforme bem preceitua Jorge Miranda (1998, p. 7), os Direitos Fundamentais são:

> [...] os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Seriam eles as garantias imprescindíveis aos cidadãos, para que possam gozar de uma sociedade que lhes respeite enquanto pessoas. Em verdade, a expansão dos Direitos Fundamentais está diretamente atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana (DIDIER, 2012, p. 29), funcionando como uma ferramenta essencial à sua garantia. Contudo, a Constituição Federal de 1988 (CF-88) consolidou a proteção aos Direitos Fundamentais, dando-lhes importância colossal em seu texto – principalmente quando se avaliando os "Direitos e Garantias Fundamentais" (HIRSCH, 2020, p. 2-3).

A CF-88, em seu art. 6º, inclui a educação no âmbito dos Direitos Sociais Fundamentais. Na realidade, conforme pondera o Professor Carlos Rátis (2009, p. 52) a Constituição inaugurou uma "nova era" para a garantia fundamental da educação, sendo instaurado o mais complexo e avançado arcabouço jurídico do mundo na proteção ao ensino fundamental de qualidade.

Adiante, considerando o tanto quanto exposto, questiona-se como conceituar juridicamente o que seria "educação". Aqui, embora não seja possível conceituar com precisão o termo em si (GOUVEIA, 2015), não há impedimentos para que se aventure o legislador em delimitar legal-

mente a sua abrangência. É justamente o cumprimento desta atribuição que propõe o artigo 1º da Lei de Diretrizes Básicas (Lei nº 9.394 de 1996):

> Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Adiante, cumpre pontuar que ao observar a Constituição Federal em vigor, é possível perceber que a Educação é o direito social que mereceu o maior número de dispositivos no texto constitucional – sendo referenciado em cerca de trinta artigos.

Conforme postula Nina Ranieri (2013, p. 67), a constitucionalização da Educação nas dimensões ocorridas em 1988, individualizou a mesma como um bem jurídico, sendo consagrada como fundamental para o desenvolvimento nacional, social, pessoal e na esfera dos direitos. Portanto, é justamente nesse sentido que disciplina o art. 205 da CF-88:

> 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.

A Constituição segue por disciplinar acerca da garantia do Direito Educacional como um dever público, de forma a consolidar sua proteção. Aqui, podemos pontuar determinações no sentido de competência, conforme classificação elaborada por Edivaldo M. Boaventura (1995, p. 39-40):

> **Competências em educação**: 1) Competência privativa da União: estabelecer diretrizes e bases da educação nacional: artigo 22, XXIV; 2) Competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: proporcionar meios de acesso à educação: artigo 23, V; 3) Competência da União, dos Estados e do Distrito Federal: legislar concorrentemente sobre educação: artigo 24, IX; 4) Competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: fixar e implantar política de educação

> para a segurança do trânsito: artigo 23, XII; 5) Competência legislativa e suplementar dos Estados no campo educacional: artigo 24, parágrafo 2º.

Portanto, através da análise das competências é possível notar uma prioridade especial conferida ao ensino fundamental, uma vez que, nos termos do art. 211, §§ 2º e 3º da CF-88, a atuação sobre o mesmo é prioritária para todas as pessoas jurídicas de direito público interno, devendo zelar pela sua universalização, qualidade e equidade. Em seguida, cabe pontuar que a proteção ao direito em questão vai se desdobrar não apenas constitucionalmente, mas também nas Leis Orgânicas e ordinárias municipais, bem como em diversas leis federais. No âmbito destas últimas, podemos mencionar diversos diplomas que incluem o direito à educação, desde simples menções até diretrizes para sua aplicação, a saber: a Lei de Ação Civil Pública (nº 7.347/85), a Lei da Improbidade Administrativas (nº 8.429/92), o Estatuto da Criança e do Adolescente (nº 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (nº 10.172/01) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº 9.394/96).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) disciplina acerca da matéria em comento, regulando a educação escolar, sobretudo àquela fornecida em instituições próprias. Sendo assim, a LDB é de suma importância, uma vez que "tem dado oportunidade à abundância de normas regulamentares, impossibilitando a flexibilização das atividades educacionais" (VIEIRA, 2001). Sendo assim, não restam dúvidas de que a garantia à Educação é um Direito Fundamental, que muito além de protegido constitucionalmente, é disciplinado legalmente como atribuição do Estado.

Insta salientar, no entanto,que a referida proteção não significa que inexistam desafios à sua garantia no território brasileiro. Assim, muito embora a fórmula legislativamente prevista para a garantia educacional seja realmente proveitosa, é inviável pensar em torná-la efetiva sem que haja desenvolvimento (FERREIRA, 1995, p. 261). Assim, a mera proteção ao Direito Educacional que este artigo se propõe a discutir não quer dizer que o mesmo seja universalmente garantido. Senão, vejamos:

> A trajetória da educação básica no Brasil avança, positivamente, em direção à meta da sua universalização, com tendência à diminui-

> ção [...] da histórica desigualdade em seu oferecimento. Apesar de tudo, é preciso foco nas famílias mais pobres, com renda per capta inferior a ¼ de salário-mínimo, que requerem políticas públicas específicas, entre estas [...]. (RANIERI, 2018)

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Após a 2ª Guerra Mundial, foi percebida a necessidade da criação de sistemas que protegessem os direitos fundamentais em nível supranacional (GORENSTEIN, 2002). O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um dos sistemas regionais de promoção e proteção dos direitos humanos, sendo integrado por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ("CIDH" ou "Comissão") e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ("Corte IDH" ou "CtIDH).[24]

Em um de seus folhetos informativos[25], a OEA discorre dentre outras coisas a importância da Comissão:

> [...] no contexto da proteção dos direitos de toda pessoa sob jurisdição dos Estados americanos, é fundamental dar atenção às populações, comunidades e grupos historicamente submetidos à discriminação. A função da Comissão é promover a observância e a defesa dos direitos humanos nas Américas. A Convenção protege diversos Direitos Humanos, inclusive o Direito ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, onde se pode encaixar o Direito à Educação.

Silva e Scherf (2020, p. 357), ao escreverem sobre a criação do Sistema Interamericano, falam que ela nasceu dentro da estrutura institucional da Organização dos Estados Americanos (OEA, criada em 1948). O instrumento de maior importância no Sistema Interamericano é a Convenção Americana de 1969, também denominada de Pacto de São José da Costa Rica, na qual apenas Estados-membros da OEA podem aderir (PIOVESAN, 2015).

---

24 OEA. **Sistema de petições e casos**: folheto informativo, 2010, p. 5.

25 OEA. **Sistema de petições e casos**: folheto informativo, 2010, p. 6.

Assim, temos que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi ratificada, até janeiro de 2012, por 24 países, dentre eles o Brasil, criou, também, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, definindo atribuições e procedimentos tanto da Corte como da CIDH. O direito à educação e à liberdade sindical são os únicos sobre os quais a Comissão e a Corte IDH podem pronunciar-se em resposta a uma petição individual[26] apresentada contra um Estado.[27]

2.1. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Na doutrina do Pós-2ª Guerra, uma das primeiras pessoas a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos, para uma existência digna, foi o publicista Otto Bachof. De acordo com Sarlet e Zockun (2019), "considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada."

Sarlet e Figueiredo (2008) discorrem que as pessoas têm o direito de levar vidas dignas devido ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, trazendo que essa seria "a razão pela qual o direito à assistência social alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*)." Logo, primeiramente, é fundamental compreender a natureza do direito à educação e debater a sua justiciabilidade.

O acesso à educação de qualidade é um direito integral ao desenvolvimento da sociedade. As populações minoritárias enfrentam obstáculos específicos para obter educação de qualidade devido à discriminação estrutural herdada dos legados de colonização, escravidão, desigualdade, dentre outros (MARGERIN, 2010, p. 20). Assim, a OEA tem um corpo significativo de tratados que exortam os Estados membros a promover, proteger e cumprir o direito à educação para todos, sem discriminação.

---

26 Para saber mais sobre como se dá e funciona esse procedimento, ler: MARGERIN, Marselha Gonçalves. **The Right to Education:** A Multi-Faceted Strategy for Litigating before the Inter-American Commission on Human Rights.

27 OEA. **Sistema de petições e casos**: folheto informativo, 2010, p. 10.

Além disso, existem obrigações decorrentes da Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana), e do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção Americana), exigindo que os Estados Partes tomem medidas para alcançar progressivamente a realização do direito à educação.

Finalmente, todos os Direitos Humanos são interrelacionados, interdependentes e indivisíveis, havendo diversos documentos de caráter internacional, assinados por países membros das Nações Unidas, reconhecendo e garantindo o acesso à educação a seus cidadãos. Contudo, persiste o problema em garantir a efetivação e justiciabilidade deste direito, até porque, como assinala Norberto Bobbio (2000), a codificação e efetivação de um direito não acontece repentinamente.

2.2. O PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Um dos instrumentos mais importantes para a consolidação da proteção internacional ao Direito Educacional no continente americano, ao qual cabe aqui fazer menção, é o Protocolo de San Salvador. Tal instrumento – que passou a vigorar no Brasil em 16/11/1999 – encarregou-se de preencher uma significativa lacuna relativa ao reconhecimento e à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, haja vista que a Convenção Americana de Direitos Humanos se limitou a tratar de um "desenvolvimento progressivo" (DUARTE; GOTTI, 2016, p. 252). O referido diploma estabeleceu, dentre outros, o direito à educação (art. 13).

Adentrando especificamente nessa esfera, Tauã Verdan (2015) bem avalia as obrigações assumidas pelos Estados-Membros:

> Os Estados Partes no Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna [...].

Ademais, o artigo 13 do Protocolo disciplina especificamente que os estados membros reconhecem que, para garantir o pleno exercício do Direito à Educação, é necessário: a) o ensino de primeiro grau ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; b) o ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional, ser generalizado e acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pelo estabelecimento progressivo do ensino gratuito; c) o ensino superior tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pelo estabelecimento progressivo do ensino gratuito; d) promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau; e) estabelecer programas de ensino diferenciados para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental (BRASIL, 1999).

Portanto, embora faculte aos pais o direito de escolher o tipo de educação que deverá ser ministrada aos seus filhos, o Protocolo de San Salvador trouxe um importante arcabouço regulatório educacional aos seus Estados-Membros. A existência de tal instrumento permitiu que os seus signatários, incluindo o Brasil, pudessem cumprir com sua obrigação fundamental de garantia ao Direito Educacional, de forma mais concreta, em consonância com suas obrigações internacionais.

2.3. ESTUDO DE CADOS

A educação é um direito fundamental, mas limitado, sob os direitos internacionais humanos. Os componentes essenciais, para a realização desse direito, requerem que os Estados providenciem ensino primário compulsório[28] gratuito[29] e proíbam qualquer tipo de discriminação

28 O componente obrigatório do direito estabelece que a frequência à escola primária não é opcional e que os Estados, juntamente com os pais e responsáveis, têm o dever de garantir o acesso das crianças à educação. Ver: CESCR, *General Comment No. 11: Plans of Action for Primary Education*, para. 6.

29 A exigência de que a educação primária seja gratuita obriga os Estados a remover quaisquer custos diretos associados à frequência à escola primária, incluindo mensalidades ou taxas. Ver: CESCR, *General Comment No. 11: Plans of Action for*

na escolaridade. Adicionalmente, pode se pontuar que os pais devem ter liberdade para escolher a maneira em que querem que seus filhos sejam educados[30], as atividades acadêmicas devem ser garantidas e respeitadas pelo Estado e a educação pública deve ser igualmente acessível a todos, sem distinções.

Os Estados têm, assim, o dever de assegurar que o acesso à educação seja livre de discriminação de gênero, tomando medidas especiais para garantir que as mulheres tenham acesso à educação, ajudando a combater a discriminação de gênero de forma mais ampla. A educação vai ter um papel vital no empoderamento das mulheres e na proteção das crianças contra a exploração[31]. Inclusive, a CtIDH declarou que "o Estado deve dispensar atenção especial às necessidades e aos direitos das supostas vítimas [a quem foi negado o acesso à educação] por sua condição de meninas"[32].

Ademais, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD) e alguns instrumentos regionais exigem que os Estados garantam que pessoas com deficiência "possam ter acesso a uma educação primária e secundária inclusiva, de qualidade e gratuita, em igualdade de condições com as demais"[33]. Portanto, além de proibir a discriminação, o direito à educação requer inclusão, onde os alunos aprendam a respeitar as diferenças e desafiar todos os aspectos da discriminação[34]. A inclusão é uma "abordagem dinâmica de responder positivamente à diversidade dos alunos e de ver as diferenças individuais não como problemas, mas como oportunidades para enriquecer a aprendizagem" (UNESCO, *Guidelines for Inclusion: Ensuring Access to Education for All*, 2005, p. 12).

Pondera-se que para oferecer acesso igual à educação, os Estados são obrigados a distribuir igualmente os recursos educacionais. O Comitê dos

---

Primary Education, UN Doc. E/C.12/1999/4, 10 May 1999, para. 7.

30 American Convention on Human Rights, art. 12(4).

31 *General Comment No. 13: The Right to Education*, para 1.

32 CtIDH, *Caso das Meninas Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, para. 134.

33 CRPD, art. 24(2)(a); Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights "Protocol of San Salvador", art. 13(3)(e).

34 CRC, *General Comment No. 1: Aims of Education*, para. 11.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU[35] observou que "disparidades nas políticas de gastos que resultam em qualidades diferentes de educação" podem constituir com a discriminação. Os Estados devem, assim, garantir que pessoas detidas não sejam discriminadas para obter acesso à educação[36].

Abaixo mostrar-se-ão alguns casos selecionados especificamente da CtIDH, nos quais de alguma forma são discutidos aspectos do direito à educação. Quando crianças forem impedidas de frequentar a escola por falta de certidão de nascimento, a Corte Interamericana declarou que o Estado deveria cumprir sua "obrigação de garantir o acesso à educação primária gratuita para todas as crianças, independentemente de sua origem e filiação, que decorre da proteção especial que deve ser fornecida às crianças" (CtIDH, Caso das Meninas Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C nº 130, par. 244.). A Corte considerou que a lei estadual que exige a apresentação simultânea de uma certidão de nascimento válida e outra documentação de nacionalidade para frequentar a escola violou a Convenção Americana (par., 186). Esta decisão foi ainda reforçada pelo fato de que muitos pais migrantes não tinham os meios para obter as certidões de nascimento de seus filhos. A Corte acrescentou que "o Estado deve prestar especial atenção às necessidades e aos direitos das supostas vítimas por sua condição de meninas, que pertencem a um grupo vulnerável" (par. 134). Interpretaram ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos exige "educação primária gratuita para todas as crianças em um ambiente apropriado e nas condições necessárias para garantir seu pleno desenvolvimento intelectual" (par. 185), quando lido em conjunto com o Protocolo de San Salvador e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

No caso da Comunidade Indígena Yakye Axa, a Comissão Interamericana mencionou que o Estado deve prestar serviços educacionais permanentes aos membros da Comunidade de "maneira culturalmente pertinente, levando em consideração seus costumes e tradições" (CtIDH, Caso

35 *General Comment No. 13: The Right to Education*, para. 35.

36 Right to Education Project, *Persons in Detention*. Disponível em: https://www.right-to-education.org/issue-page/marginalised-groups/persons-detention. Acesso em: 25 nov. 2020.

Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C nº 125, par. 219.).

Ao ouvir um caso envolvendo o encarceramento de menores em um centro de detenção, a Corte Interamericana considerou que o Estado violou o direito à educação por não oferecer às "crianças internadas no Centro a educação de que necessitavam e que o Estado era obrigada a fornecer como parte de sua obrigação de proteger o direito à vida" (CtIDH, Caso "Instituto de Reeducação Juvenil" Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C nº 112, par. 174). Ainda se entendeu que a "falha do Estado em fornecer uma educação adequada limitou as chances [das crianças] de realmente se reintegrar à sociedade e levar adiante seus planos de vida".

A Corte Interamericana concedeu bolsas de estudo para o ensino médio e superior como forma de reparação às vítimas de violações de direitos humanos (CtIDH, Escue Zapata v. Colombia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C nº 165, par. 170). A Corte ouviu o caso em que um homem foi executado ilegalmente por um membro do Exército Nacional da Colômbia e determinou que o Estado violou os direitos humanos do homem e de seus familiares (par. 78-80). O Tribunal discutiu como a morte do homem fez com que sua filha perdesse muitas oportunidades e observou como seu sofrimento afetou sua educação, condenando o Estado a lhe conceder uma bolsa de estudos universitários como "reparação pelo projeto de vida" que ela poderia ter tido (par. 169-170).

Em agosto de 2020, a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou sua primeira sentença para identificar as obrigações dos Estados de prevenir e reparar a violência sexual nas escolas (CtIDH, Guzmán Albarracín e outros v. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2020. Série C nº 405). O caso dizia respeito a Paola del Rosario Guzmán Albarracín, que foi abusada sexualmente pelo vice-diretor de sua escola pública quando adolescente e morreu por suicídio em 2002. Ao considerar o Equador responsável por múltiplas violações de direitos humanos, a Corte afirmou que as crianças têm direito a um ambiente educacional seguro e livre de violência sexual, que os Estados devem tomar medidas proativas para proteger, incluindo a criação de processos simples de denúncia, além de enfatizar a importância da educação sexual e reprodutiva como parte do direito à educação, já que como ela

não teve seu direito à educação sexual e reprodutiva garantidos, ela nunca teve as ferramentas para entender e denunciar o abuso sexual que sofreu. A Corte considerou o Equador responsável por violar o direito de Paola à vida, integridade pessoal, vida privada e dignidade, educação e seu direito a viver livre de violência de gênero e discriminação.

Em suma, todos os casos julgados pela Corte, que é o órgão judicial máximo de direitos humanos das Américas, são importantes porque além de garantirem reparações aos direitos violados de vítimas e/ou seus familiares, também estabelece e descreve padrões que todos os Estados da região devem implementar para garantir que casos iguais ou similares não se repitam.

3. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve o objetivo de traçar um breve panorama acerca do Direito Educacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sem, contudo, perder o foco do Sistema Jurídico brasileiro. Inicialmente, foi possível entender a Educação como um dos Direitos Sociais constitucionalmente mais importante, sendo sua garantia um dever jurídico do Estado para com seus cidadãos. Em seguida, através da análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e de suas peculiaridades, foi possível perceber a garantia da Educação como preponderante, principalmente no que tange ao Protocolo de San Salvador e aos casos julgados sob o referido Sistema.

Conclui-se, portanto, que o Brasil não apenas possui obrigações constitucionais e legais nacionais, como também deve respeitar a garantia à Educação de qualidade como um Direito Humano ao qual assumiu, como integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Cabe pontuar que, conquanto os Direitos Humanos sejam aqueles estabelecidos em documentos internacionais com caráter supranacional (CECILIO, 2018), os Direitos Fundamentais seriam aqueles positivados no texto constitucional, funcionando como "um meio de defesa, se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir" (BONAVIDES, 2005). Sendo assim, embora nem todos os Direitos Fundamentais sejam Direitos Humanos (CECILIO, 2018), em alguns casos, como no da educação, algumas garantias são tanto fundamentais quanto humanas – tendo o Brasil assumido o compromisso educacional constitucionalmente

e pelos Tratados Internacionais que assina. Assim, não há como se pensar no Direito Educacional dentro do Sistema Jurídico brasileiro como uma coisa à parte do seu *status* perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Inclusive, através da realização da pesquisa aqui apresentada, foi possível identificar que em diversos aspectos, em ambos os sistemas, diversos elementos se coincidem.

A exemplo das coincidências propostas acima, pode-se apontar uma preocupação ainda mais intensa sobre o Ensino Fundamental, uma vez que a análise do art. 211 da CF-88 revela uma preocupação geral do Estado em relação ao mesmo, enquanto a frequência ao ensino primário gratuito não é considerada opcional no Sistema Interamericano. Ainda, cumpre pontuar que em ambos os Sistemas a educação é utilizada como forma de desenvolvimento, pautada principalmente no Princípio da Dignidade Humana (SARLET, 1998; SCHOLLER, 1980).

Principalmente no tocante à América Latina, a realidade prática do Direito Educacional é infelizmente semelhante. Conforme pontuado por Marselha Margerin (2010), o legado secular da colonização escancara uma incessante dificuldade dos mais pobres e menos favorecidos no acesso à Educação – o que restou mais ainda evidente através do Estudo de Casos proposto *supra* frente às desigualdades educacionais. Em mesmo sentido, Nina Ranieri (2018) nos alerta que dentro do Brasil, embora haja sim uma tendência de evolução acerca do acesso ao ensino de qualidade, é necessário que haja foco nas famílias menos favorecidas, as quais requerem políticas públicas específicas de forma a sanar tal desigualdade.

Portanto, frente a essa infeliz realidade e considerando tudo quanto exposto até o momento, é importante reiterar a educação como ferramenta de desenvolvimento social, tal qual constitucionalmente estabelecida no Brasil. Ainda, conclui-se que o Brasil deve respeito tanto às garantias nacionais, quanto internacionais que assumiu, de forma a garantir ensino de qualidade a todos, independentemente de realidades socioeconômicas discrepantes.

REFERÊNCIAS

BOAVENTURA, Edivaldo M. A Constituição e a educação brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, n. 127, jul./set. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16º. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 526.

BRASIL. **Decreto nº 3.321**, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 11 dez 2020.

CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. **Less as More**: Rethinking Supernational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. Hastings lj, v. 56, 2004.

CECILIO, Adriana. **A diferença entre direitos fundamentais e humanos e cláusulas pétreas**. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-02/adriana-cecilio-diferenca-entre-direitos-fundamentais-humanos. Acesso em: 27 nov. 2020.

CtIDH. **Caso "Instituto de Reeducação Juvenil" Vs. Paraguai**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C nº 112.

_____. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C nº 125.

_____. **Caso das Meninas Yean e Bosico Vs. República Dominicana**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C nº 130.

_____. **Escue Zapata v. Colômbia.** ***Mérito, Reparações e Custas***. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C nº 165.

_____. **Guzmán Albarracín v. Equador.** Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2020. Série C nº 405.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 1. Salvador: Juspodivm, 2012.

DUARTE, Clarice Seixas; GOTTI, Alessandra. A educação no sistema internacional de proteção dos direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 11, n. 1, 2016. p. 219-257.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GORENSTEIN, Fabiana. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a organização dos Estados americanos. LIMA JR, JB **Manual de direitos humanos internacionais.** Acesso ao sistema global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

GOUVEIA, Homero. A genealogia do Sistema Constitucional Educacional Brasileiro na História das Constituições. **Revista Cientefico.** Fortaleza, v. 15, n. 31, p. 11-26, jul-dez. 2015.

HENRICH-KOENIS, Geraldine. Landmark Ruling by Inter-American Court of Human Rights Sets International Standards to Prevent Sexual Violence in Schools. **Center for Reprodutive Rights**, 2020. Disponível em: https://reproductiverights.org/press-room/landmark-ruling-inter-american-court-human-rights-sets-international-standards-prevent. Acesso em: 26 nov. 2020.

HIRSCH, Fábio. Extensão dos Direitos Fundamentais no Brasil: Os Direitos Esparsos e de 'Origem Alienígena', Integrantes do Bloco de Constitucionalidade Nacional Contemporâneos. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, jan-abr. 2020.

IJRS. Inter-American Court Issues First Judgment on Sexual Violence in School, 2020. Disponível em: https://ijrcenter.org/2020/08/26/inter-american-court-issues-first-judgment-on-sexual-violence-in--school/. Acesso em: 26 nov. 2020.

JÚNIOR, Dicesar. Teoria dos Direitos Fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, n. 28, p. 73-96, dez. 2015.

MARGERIN, Marselha Gonçalves. "The Right to Education: A Multi-Faceted Strategy for Litigating before the Inter-American Commission on Human Rights." **Human Righs Brief**, v. 17, n. 4, p. 19-24, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1998.

OEA. **Sistema de petições e casos**: folheto informativo, 2010. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

OEA. **O que é a CIDH?** 2020. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp. Acesso em: 20 out. 2020.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador". 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

RANIERI, Nina. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. In: RANIERI, Nina; ALVES, Ângela (org.). **Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018. p. 15-48.

RANIERI, Nina. O Direito Educacional no Sistema Jurídico Brasileiro. In: **Justiça pela Qualidade na Educação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-103.

RÁTIS, Carlos. **Habeas Educationem**. Salvador: Juspodvm, 2009.

REGO, Amancio Mauricio Xavier. EDUCAÇÃO: conceitos, finalidades e modalidades. **Scientia Cum Industria**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 38-47, 10 fev. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18226/23185279.v6iss1p38>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Right to Education Project. **Persons in Detention**. Disponível em: https://www.right-to-education.org/issue-page/marginalised-groups/persons-detention. Acesso em: 25 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional: Algumas Aproximações e Alguns Desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 1, p. 29-44, dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 11 dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Rev. Investig. Const.** vol.3, n. 2 Curitiba May/Aug. 2016 Epub Apr 15, 2019.

SCHOLLER, Heinrich. Die Störung des Urlaubsgenusses eines empfindsamen Menschen «durch einen Behinderten—Bemerkungen zum Frankfurter Behinderten-Urteil. **Juristenzeitung**, v. 35, n. 20, p. 672-677, 1980.

SILVA, Marcos Vinicius Viana da; SCHERF, Erick da Luz. A justiciabilidade do direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma possível saída para o desmonte da educação pública brasileira? **Revista Humanidades e Inovação**, v. 7, n. 7, p. 350-367, 2020.

TOMAŠEVSKI, Katarina. **Human rights obligations in education**: the 4-A scheme. Wolf Legal Publishers (WLP), 2006.

UNESCO. Guidelines for Inclusion: Ensuring Access to Education for All, 2005.

VERDAN, Tauã. **Comentários ao Protocolo de San Salvador**: Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direito Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 2015. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45365/comentarios-ao-protocolo-de-san-salvador-protocolo-adicional-a--convencao-americana-sobre-direitos-humanos-em-materia-de--direitos-economicos-sociais-e-culturais. Acesso em: 27 nov. 2020.

VIEIRA, Evaldo. A política e as bases do direito educacional. **Cadernos CEDES**, vol. 21, n. 55, nov. 2001, p. 9-29.

A EDUCAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA A REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

Vitória Souza Andrade[37]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo realizar um breve estudo sobre a criminalidade no Brasil e como a educação, sendo esta um direito fundamental, pode ser um dos meios a modificar os altos índices de vidas no crime. O estudo traz maior enfoque no estado da Bahia, que, segundo restou apurado pelos dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) na realização do *Atlas da Violência* em 2017, é um dos estados da federação mais violentos do País sendo registrados 7.487 homicídios no ano de 2016. Segundo dados da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (Unesco), ao publicar o estudo "Mapa da violência 2015: mortes matadas por armas de fogo", constatou-se que 116 pessoas morrem por dia por conta de armas de fogo no Brasil, sendo, a maioria das vítimas, jovens com idade média de vinte e dois anos.

Publicação do *Jornal O Globo* em março de 2016, com base nos dados de um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FPSP), afirmou que jovens com baixa renda e de escolaridade mínima de sete anos estão mais suscetíveis a mortes violentas e, ainda, segundo essa mesma repor-

37 Acadêmica em Direito, IX período, do Centro Universitário Ages – UNIAGES.

tagem, as regiões Norte e Nordeste do Brasil estão entre as áreas mais violentas. Dados alarmantes do *9° Anuário de Segurança Pública*, realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, demostraram que a polícia brasileira mata em média oito pessoas por dia, comparando tal fato ao atentado de 11 de setembro nos Estados Unidos que teve quase três mil vítimas fatais.

Para a redução desses números exorbitantes, torna-se necessário desenvolver políticas públicas para a resolução da causa do problema. Segundo restou apurado pela pesquisa realizada, um dos problemas é a falta de acesso igualitário a educação e de políticas públicas bem organizadas que se projetem à origem do problema e criem eficientes ações de combate à criminalidade. Neste sentido, geralmente são apresentadas aos cidadãos políticas que buscam resolver o problema de forma rápida, mas os resultados não perduram por um longo tempo pelo fato de que, juntamente com elas, não foram implementadas demais ações que visam a erradicação dos fatores de exclusão.

As Unidades de Polícia Pacificadora são um exemplo de política pública que inicialmente reduziu a presença dos criminosos, mas dada a ausência de outras ações governamentais que auxiliassem estes resultados, viu-se a falência do programa. De acordo com a reportagem de Resende (2018) para a *Folha de São Paulo*, muitas unidades foram fechadas ou incorporadas a batalhões de polícia que estão fora da comunidade, além disso estudos afirmaram que entre 2015 e 2016 havia presença extensiva do crime nas comunidades.

Políticas públicas voltadas para a promoção de atividades esportivas, da arte e da cultura dentro do ambiente escolar, da mesma forma com uma melhora no ensino, inclusive na possibilidade de um ensino em tempo integral, e maior investimento na educação básica brasileira podem ajudar a melhorar os índices de criminalidade, tendo em vista que as pessoas terão melhores oportunidades de emprego e trabalho em razão de melhor acesso à educação e, por conseguinte, à formação profissional.

Conforme se verá no estudo, a educação, aliada às demais ações e políticas públicas, pode ser capaz de atenuar os números da criminalidade no país, em razão dessas pessoas terem acesso a uma melhor qualidade de vida, incluindo acesso a trabalho, e dessa forma, terem uma vida digna. Por isso, em um primeiro momento, analisou-se a criminalidade no Bra-

sil, com enfoque maior no estado da Bahia apresentando dados e possíveis raízes da criminalidade no país; no capítulo seguinte, realizou-se um breve relato sobre as políticas públicas e seu papel no planejamento de ações dos governos. Seguindo nesta mesma esteira, realizou-se uma análise sobre a educação como política pública, assim como as políticas públicas municipais e o programa Mais Educação; por fim, apresentaram-se possíveis resoluções para o problema de pesquisa em questão.

1. METODOLOGIA

Para realização da presente pesquisa, foi utilizado o método bibliográfico, em razão de a mesma ser baseada em artigos científicos, obras e estudos oficiais sobre educação e criminalidade. Segundo Gil (2019), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida em base de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

Aliado ao método bibliográfico, também foi empregado o método de estudo de caso, pois foi realizada breve análise do Programa Mais Educação no município de Monte Santo-BA, além de uso de dados oficiais que tem como objetivo analisar a situação da criminalidade no país, como exemplo: o mapa da violência realizado pelo IPEA e Censo em relação à educação, tendo como centro das buscas o estado da Bahia. Nas palavras de Gil (2019), o estudo de caso consiste em um estudo sobre um ou mais objetos de maneira que permita um conhecimento mais aprofundado sobre suas características.

1. A CRIMINALIDADE NO BRASIL

A criminalidade no Brasil é um tema que gera grande discussão no meio acadêmico e social, e também é pauta nas campanhas eleitorais, mas não são debatidos planos efetivos para sua redução com objetivos bem estruturados e formas de atuação. Geralmente, os discursos são voltados para a ação ostensiva, dissociados de uma política pública que realize efeito em longo prazo, o que só irá gerar maiores problemas.

Conforme dados do IPEA, de 2017, no estado da Bahia houve 4.452 homicídios de pessoas entre 15 e 29 anos, um número altíssimo que demostra que o estado está perdendo mais de quatro mil jovens em razão dos

altos índices de criminalidade e violência. O mesmo estudo relata que lá houve 417 mortes de mulheres negras e 55 de mulheres não negras.

Em relação ao gênero masculino, é ainda mais assustadora a diferença no número de homicídios inter-raciais: houve 6.377 mortes de homens negros e 428 homicídios de homens não negros. Diante dos dados, percebe-se uma taxa de 106,87 de homicídios por mil habitantes, quanto aos homens negros em comparação a 29,63 de mortes por mil habitantes de homens não negros. Quanto a mortes de mulheres baianas, foram registradas 417 mortes de mulheres negras, um número absurdamente maior se comparado ao registro de 55 mortes de mulheres não negras.

Definir criminalidade é tão complexo quanto estudar suas diferentes origens; há diversas teses e teorias sobre o que é delito e o que é crime, mas é necessário trazer, mesmo que breve, uma concepção sobre criminalidade. Neste sentido, Sanna (2013 p.155) traz o conceito de crime na perspectiva da criminologia: "a criminologia trata da criminalidade como algo que é produto da sociedade. Mais do que isso, o crime vem atingir a própria sociedade da qual é fruto. Trata-se de um ciclo que se repete a toda e qualquer época em todas as comunidades de que se tem noticia".

Levando em consideração que a criminalidade é produto da sociedade, Duarte (2010) afirma que estudiosos indicam que a criminalidade no País pode ter suas raízes pelo modo de exploração dos povos e o processo de colonização, que desde já lançou parte da população à margem da sociedade impedindo que tivessem acesso a educação, emprego e qualidade de vida. Neste sentido, Laurentino Gomes (2007) afirma que quando a Família Real Portuguesa chegou ao Brasil, expulsou o povo das suas propriedades para doá-las aos nobres portugueses, deixando-os à deriva. Estes foram agrupar-se de forma desorganizada nos morros da cidade do Rio de Janeiro, que no futuro se tornariam as comunidades, um dos cenários mais marcantes da exclusão e disparidade social no Brasil.

Seria imperioso afirmar que há apenas uma raiz de criminalidade no país, que a pobreza ou a falta de acesso à educação seriam os únicos fatores para sua evolução. Prova disso são os grandes escândalos de corrupção que os principais atores são grandes políticos e empresários, mas é inegável que grande parte dos crimes são cometidos por pessoas que não tiveram acesso à educação ou que não permaneceram na escola.

Conforme Duarte (2010), a insuficiência educacional ocasiona exclusão social e consequente desemprego entre outras consequências maléficas. O autor afirma, ainda, que entre os anos de 2003 a 2010 houve queda na taxa de homicídios, com a implementação, no Brasil, de políticas públicas voltadas para a redução da criminalidade, entre as quais o Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência (PROERD) e outros programas dirigidos à educação de crianças, adolescentes e jovens.

Desta forma, verifica-se que a educação aliada a demais políticas públicas podem auxiliar na redução da criminalidade, pois além de possibilitar um nível maior de consciência social, a educação viabiliza empregos melhores e uma maior qualidade de vida.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

As políticas públicas são um conjunto de ações governamentais que objetivam a diminuição de um problema específico da sociedade em que esta atua; para isso, devem ser promovidos diálogos de diferentes fontes do conhecimento, para que haja maior complexidade no planejamento e na sua atuação. Há diversas concepções de políticas públicas, e conforme Melazzo (2010 apud Costa 1998), "considera-se como política pública o espaço de tomada de decisões autorizada ou sancionada por intermédio de atores governamentais, compreendendo atos que viabilizam agendas de inovação em políticas ou que respondem a demandas de grupos de interesse."

Segundo Farah (2016), as políticas públicas começaram a surgir no país na década de 1930 com o esforço para a profissionalização do serviço público e a modernização da administração pública, além de consagrar uma base de profissionalização técnica. Neste sentido, o Brasil alavanca uma herança histórica de dependência do governo federal para a implantação de políticas públicas que são planejadas e, por conseguinte, não alcançam a efetividade almejada, sem que haja iniciativa dos municípios e estados.

Isto porque elas são introduzidas no meio social sem que haja nenhuma conscientização em relação à sociedade, são jogadas para o povo, sem qualquer explicação do objetivo, do que se busca na efetivação de tal ação. Desta forma, o povo se acostuma com aquilo ou até mesmo não participa

por falta de conhecimento ou por obrigação; além disso, não há planejamento financeiro para a projeção desses programas, de forma que muitos se extinguem por falta de verbas.

De acordo com Amaral et al. (2016), as políticas públicas da Primeira República se baseavam na coercitividade, na violência e na ignorância da realidade da população, de forma que não havia informação das políticas públicas implantadas, apenas sua execução. Esta, inclusive, gerou revoltas, como as da vacina em 1904. Além disso, ao analisar o histórico das políticas públicas no Brasil, verifica-se que estas não são bem planejadas em relação ao orçamento ou até mesmo em conhecer a realidade dos locais que serão alvos das ações previstas.

Assim, torna-se evidente a necessidade de conhecer a realidade da população para a criação e planejamento de políticas públicas que venham a ser verdadeiramente efetivadas. Para que isso venha acontecer, é preciso que a população tenha consciência do que está participando e no que se objetiva aquela ação, o que se dá por meio do conhecimento e da educação, assim como um bom planejamento orçamentário. É preciso abrir caminhos para o saber, de forma que as ações afirmativas empreendidas por meio de políticas públicas venham alcançar seu alvo: erradicar os problemas pertinentes à população que obstam seu crescimento tanto físico, psíquico e econômico.

3. A EDUCAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA A REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

A educação é importante arma para a redução da criminalidade. De acordo com o presidente do IPEA, em 2017, na apresentação do Mapa da Violência daquele ano, através da educação que os seres humanos são levados a pensar, a serem críticos, não aceitando as propostas do mundo criminoso. Além disso, ter um grau de instrução mais elevado possibilita o acesso em cursos de educação superior e a um possível emprego.

Conforme Abrucio (2018), a educação igualitária e acessível para todos é algo extremamente recente no Brasil, pois teve sua previsão constitucional apenas na Constituição de 1988. Nos anos da Primeira República, houve uma tentativa de trazer escolas para o País, mas quem geralmente tinha acesso a estes espaços eram as elites. Na era Vargas, houve um ma-

nifesto por parte de grandes educadores, incluindo Anísio Teixeira, eminente profissional da época, que propunha uma universalização da educação para jovens entre 7-15 anos. No entanto, não houve eficiência na realidade, pois houve uma centralização do governo federal na educação superior, e no sistema S para a profissionalização da educação, de forma que, mais uma vez, a educação básica ficou esquecida.

Percebe-se que a educação como política pública universal e direito fundamental constitucional foi declarada e reconhecida em 1988. Abrucio (2018) afirma que ainda há muitos desafios a serem superados, pois os efeitos negativos de apenas duas gerações brasileiras terem tido acesso amplo e igualitário à educação são latentes na sociedade. A participação de pais e avós na escola é importante para a conscientização geral da importância da educação e de uma melhor qualidade de vida das gerações posteriores.

Percebe-se que é latente a importâncias de as gerações terem acesso à educação, tanto para construírem uma consciência educacional quanto para angariarem melhores condições de vida através de empregos melhores, que possam facilitar a permanência das futuras gerações nas escolas, sem que sejam necessária a saída desses jovens do meio escolar para prover suas famílias. Se há um acesso igualitário à educação, há maiores oportunidades para que as pessoas ingressem em um curso superior, invista-se de um pensamento crítico capaz de saber discordar e argumentar frente a opiniões divergentes, seres pensantes que saibam conviver em sociedade sem ir para a via violenta.

A educação possibilita o ingresso a um trabalho que possa garantir melhor qualidade de vida; o mercado de trabalho passa por uma séria crise. Os dados do Pnad – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – apontam para o desemprego no País, enquanto a renda do trabalhador diminui e o trabalho informal cresce. Apesar de toda a problemática, este breve estudo irá mostrar como a educação pode melhorar a situação criminológica no Brasil mesmo diante de tantas adversidades. Duarte (2010) afirma que a implementação de políticas públicas voltadas à educação entre os anos de 2003 e 2010 teve como consequência uma queda no número de homicídios nos anos posteriores. Partindo desse pressuposto, demonstra-se que a educação aliada às demais políticas públicas pode fazer diferença na vida das pessoas.

A realidade das escolas do Brasil é precária. Segundo dados do Censo 2018, a maioria das escolas não possuem salas adequadas ao ensino, bibliotecas, laboratório de ciências e informática, quadras de esportes, capacitação extensiva para os professores, alimentação saudável e que dure todo o ano; até mesmo não há sequer água potável. Esses dados ressaltam a importância de políticas públicas para garantir uma educação de qualidade aos cidadãos, e a omissão dos governos perante a estas situações é ir de encontro aos preceitos constitucionais de igualdade, dignidade e acesso a educação.

Magalhães Filho (2003) afirma que o que se chama de Estado Democrático de Direito é a sociedade organizada que reconhece e luta para a efetivação dos direitos fundamentais que estão ressaltados em nossa carta constitucional. Por isso, deve o povo, através do voto, do protesto e da cobrança, exercer pressão nos governos para políticas públicas que contemplem uma melhora na estrutura educacional é um direito fundamental, para se desenvolver projetos que chamem a atenção dos jovens através de cursos de músicas, poesia, esporte, unidos a uma educação teórica eficaz.

No sentido de demostrar como as políticas educacionais são importantes para a redução da criminalidade, Boldori (2016), em sua pesquisa, demostrou que o número de pessoas encarceradas que não possuem o ensino fundamental completo é maior que o número de pessoas que possuem o ensino superior. Segundo dados apresentados pela autora, em 2014 de 482.073 dos presos do gênero masculino 219.241 tinham o ensino fundamental incompleto, enquanto 1,8 tinha o superior completo, o que demonstra que a educação faz diferença para a redução da criminalidade, ao observarmos que a maior parte das pessoas presas não possuem nem o ensino fundamental completo.

Pelo exposto, partindo da análise dos dados referentes ao nível de instrução da grande maioria dos atores do processo penal no Brasil, é evidente a importância de um bom ensino, de políticas que impeçam a evasão escolar e o baixo índice de matrículas sendo realizado ano a ano. Assim, a educação é a forma mais eficaz para mudança nos indicativos dos níveis de violência, sendo alcançada através de escolas que possibilitem um acesso igualitário, com boas estruturas e com programas que retirem os alunos da rua e do contato com o crime.

4. AS POLÍTICAS EDUCACIONAIS MUNICIPAIS NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

O acesso igualitário às condições de ensino e permanência na escola é um dos fundamentos que norteiam a educação nacional de acordo com o art. 3° da Lei nº 9394/96, conhecida como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional a LDB ou LDBEN. Infelizmente as paridades são enormes quando é realizada comparação entre a educação privada da pública, principalmente em relação à estrutura da escola, como já ressaltado no tópico anterior.

Com fulcro no art. 11, inciso V, da Lei nº 9.394/96, os municípios devem oferecer a educação infantil, tendo como prioridade o ensino fundamental. Por isso, a prefeitura deve estabelecer políticas públicas unindo setores, a exemplo da assistência social para promover atividades, cursos, competições escolares para fomentar a iniciativa dos alunos a participarem ativamente das ações escolares.

É também dever do município observar as condições das estruturas escolares, realizando reformas anualmente, construindo laboratórios de informática e ciência com aparelhos que realmente funcionem, quadras esportivas, material escolar para serem usados nas aulas, biblioteca atualizada com diversidade de temas, para que o aluno venha ser levado a pensar, a ser crítico. O transporte escolar também deve ser alvo do poder público, pois é responsabilidade do mesmo garantir o transporte público para os alunos que estão sob sua competência (art. 11 inciso VI Lei nº 9394/96), ou seja, aumentar o efetivo de ônibus de forma a alcançar todos os alunos, facilitando o acesso destes a escola, além de possibilitar vagas de emprego aos motoristas.

O art. 3° da LDB em seus incisos VII, VIII, IX, X,XI tem como fundamento, respectivamente, a valorização do profissional da educação escolar, gestão democrática do ensino público na forma da Lei e da legislação dos sistemas de ensino, garantia de padrão de qualidade, valorização da experiência extraescolar, vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais. Desta forma, para efetivamente esses princípios terem força normativa, o poder público deve buscar ações no campo social extraclasse, como a promoção de esportes, artes, reforço escolar como extensão da escola.

A educação como política pública deve ter como objetivo manter o aluno na escola, melhorar a qualidade do ensino oferecendo suporte ao professor em uma formação continuada, reformular suas diretrizes tomando como pressuposto a situação do local em que ela se aplica. Segundo Abrucio (2018), as diferentes realidades devem ser observadas para a implementação de políticas públicas voltadas a educação, para que esta tenha o efeito desejado.

Conforme o mesmo autor, deve haver uma comunicação entre escola e sociedade, melhor capacitação de gestores de políticas públicas, de diretores e professore, pois são eles que serão a ponte entre as ações das políticas públicas e os alunos na maioria das situações. A política pública como educação deve se ajustar a realidade do aluno, ou seja, aquele aluno que vive em um ambiente familiar violento deve ter acesso a um psicopedagogo ou psicólogo; aquele que tem dificuldades em determinada matéria deve ter auxilio de reforço escolar; os que ficam nas ruas devem ter oportunidade de praticar atividades esportivas ou artísticas que lhes chamem a atenção; a escola deve ser lugar de formação de indivíduos e de acolhimento.

Programa parecido foi implantado nas escolas em 2017, chamado de Mais Educação, criado pela Portaria Interministerial nº 17/2007 e regulamentado pelo Decreto nº 7.083/10. Constitui como estratégia do Ministério da Educação para a construção de uma agenda de educação integral nas escolas, para no mínimo sete horas diárias por meio de atividades de acompanhamento pedagógico, educação ambiental, esporte e lazer entre outros. Não havia, no entanto, nas instituições de ensino, estrutura para promover o programa nem capacitação aos monitores, conforme pesquisas realizadas nas escolas de Pedra Vermelha, em Monte Santo-BA; caso houvesse melhor estrutura, isso possibilitaria a permanência do aluno na escola e o programa teria melhores resultados; atualmente, ele não existe mais. Nessas escolas, como não havia estrutura para a permanência dos alunos no ambiente escolar, eles voltavam para casa para depois retornarem no turno oposto. Ocorre que nem 50% dos alunos retornavam para o programa, o que o tornou ineficaz para o objetivo que fora criado.

Esse é outro ponto importante sobre as políticas públicas: elas devem ser bem planejadas, e segundo Amaral et al. (2016), tais políticas devem ter um planejamento orçamentário condizente com a realidade local, o

tempo para a execução, os objetivos que se pretende manter no projeto, qual o público-alvo. O grande problema das políticas públicas no país é o mau planejamento.

Os munícipios, em parceria com os governos estaduais e federais, deveriam reforçar o Programa Mais Educação, pois seu ideal é excelente e deveria ser mais explorado; por isso, as escolas deveriam reformular seu espaço físico com ampliação e salas com estrutura para adequar a educação integral, de forma a possibilitar que o aluno permaneça todo o dia na escola. Deveria haver, ainda, Programas Educacionais para a capacitação para os professores promovidos pelas universidades públicas de modo a alcançar todos, através de pós-graduações, assim como promover feiras e competições para fomentar a participação dos estudantes.

Diante do exposto, torna-se importante que o governo também analise os fatores de exclusão. Segundo Brito Filho (2016), o governo deve observar que não existem apenas as desigualdades socioeconômicas, por isso as políticas públicas como as ações afirmativas devem basear seus critérios, sobretudo nos fatores de exclusão, como a existência de mais vagas nas cotas para alunos oriundos de escolas públicas. A qualidade para escolas particulares, principalmente na questão estrutural, é gritante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora seja um problema constante na sociedade brasileira, ainda não há políticas públicas efetivas para o combate à criminalidade. Apesar dos altos índices apurados pelas pesquisas, principalmente na Bahia, em que os números são assustadores, os governos permanecem omissos não apresentando soluções efetivas.

No trabalho foi apresentada a hipótese de que a educação poderá ser uma arma poderosa no combate à criminalidade através de políticas públicas bem planejadas. Verificou-se, através dos dados, que a maioria dos encarcerados não possui o ensino fundamental completo. O estudo também trouxe à baila dados sobre a situação precária da educação pública no país; sendo assim, deve haver maior responsabilização dos governos em priorizar o ensino público, pois ele pode salvar vidas.

A educação é um dos meios de se alcançar uma diminuição do crime, não será o único e pode não ser o mais eficiente, pois resultados virão em

longo prazo; em uma questão intergeracional, não será uma medida imediata e simples, deve haver afinco e paciência para sua execução.

Aumentar o tempo de pena dos tipos penais, reduzir a imputabilidade penal para 16 anos, instituir pena de morte, que vai contra todos os direitos fundamentais instituídos em nossa Carta Magna em seu art. 1° e 5°, todas estas "soluções" são simplistas e servem apenas para agradar a opinião pública e aumentar os níveis de popularidade de quem propõe, mas não trazem nenhuma resolução ao problema do crime. As políticas públicas que envolvam o sistema educacional devem ser fundamentadas na dignidade humana, na igualdade de condições de qualidade e acesso ao ensino, de atividades extracurriculares, de capacitação para os professores, de melhoria nas estruturas das escolas, devendo ser um esforço conjunto entre estados, municípios e governo federal.

Os governos não devem descartar ações que estão dando bons resultados apenas por questões partidárias, mas devem repensá-las de modo a alcançar mais pessoas. Para que isso aconteça, aqueles que representam a nação deve conhecê-la se eximir de seus próprios preconceitos e planejar o crescimento da coletividade, mas tudo isso parece tão utópico quando nos deparamos com a realidade vivida.

Este estudo apresentou o programa Mais Educação, que visa implementar uma educação integral nas escolas. Este é uma excelente política pública e deve ser repensado para ser colocado em prática novamente, primeiro reformulando os espaços físicos da escola de modo a suportar os alunos em suas dependências integralmente, depois a capacitação dos profissionais que irão atuar e, por fim, iniciar as ações com os discentes.

Através das pesquisas realizadas, percebeu-se a importância da educação, e de acordo com os dados colhidos, a maioria das pessoas que têm sua vida pregressa no crime não possui alto grau de instrução, não se sabe as razões que isso se deu. Algo é certo, entretanto: o ensino faz pensar, ser crítico, além de possibilitar o acesso a empregos que tenham melhores salários, o que nem sempre acontece.

Importante frisar que este estudo não afirma que somente a falta de acesso à educação e a ineficiência dessas políticas públicas são a única causa do problema; é certo que há inúmeras razões e motivos para a criminalidade, mas os dados apresentados atestam que a educação faz uma enorme

diferença na vida das pessoas, e sendo estas partes da sociedade, esta também muda.

Ante o exposto, percebe-se como é essencial as ações governamentais bem planejadas no acesso a educação básica, mas não nos esqueçamos da educação de jovens e adultos, que proporcionam a muitos que não tiveram oportunidade ou até mesmo desistiram de ir à escola, por múltiplos fatores, terem uma nova oportunidade de ingressar novamente no meio escolar. É preciso pensar a educação, dar a valorização que ela merece para uma mudança efetiva na sociedade.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Uma Breve História da Educação como Política Pública no Brasil. *In:* BRAGA, Felipe Michel, DALMOM, Danilo Leite, SIQUEIRA, Caetano. **Políticas Educacionais no Brasil:** o que podemos aprender com ela? São Paulo: Edições SM, 2018.

AMARAL, Renato Rossato BOLFARINI, Isabella Christina da Mota FALEIROS, Juliana Leme SMANIO, Gianpaolo Poggio**. Políticas Públicas no Brasil** – Trajetórias, Conquistas e Desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRASIL, **Constituição da República do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL, **Lei n 9394 de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Disponível em: 28 out. 2019.

BRASIL, **Saiba Mais – Programa Mais Educação.** Ministério da Educação. Disponível em http://portal.mec.gov.br/expansao-da--rede-federal/195-secretaria112877938/seb-educacao-basica--2007048997/16689-saiba-mais-programa-mais-educacao. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas.** 4ed. LTR: São Paulo, 2016.

DUARTE, Haroldo Pereira. **Educação Formal e Prevenção a Criminalidade:** uma análise do caso brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso, especialização- Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

ESQUERDA DIÁRIO. **Censo Escolar 2018**: a evasão escolar continua aumentando; mas a "culpa" é dos alunos e dos professores? Disponível em https://www.esquerdadiario.com.br/Censo-Escolar-2018-a--evasao-escolar-continua-aumentando-mas-a-culpa-e-dos-alunos--e-dos-professores. Acesso em: 28 de out. 2019.

FARAH, Maria Ferreira Santos. **Análise de Políticas Públicas no Brasil:** de uma prática não nomeada à institucionalização do "campo de públicas". São Paulo, 2016. Disponível em https://www.scielo.br/pdf/rap/v50n6/0034-7612-rap-50-06-00959.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GOMES, Laurentino. **1808:** como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História do Brasil e Portugal. São Paulo: Editora Planeta, 2007.

INEP. **Inep divulga dados inéditos sobre fluxo escolar na educação básica**. Disponível em http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/inep-divulga-dados-ineditos-sobre-fluxo-escolar-na-educacao-basica/21206. Acesso em: 28 de out 2019.

IPEA. **Atlas da Violência.** Disponível em http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia. Acesso em 28 out. 2019.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. A Essência do Direito. Editora Rideel: São Paulo, 2003.

MARQUES, José Roberto. **Qual o estado atual do mercado de trabalho no Brasil?** Disponível em https://www.jrmcoaching.com.br/blog/qual-o-estado-atual-do-mercado-de-trabalho-no-brasil. Acesso em: 28 out. 2019.

MELAZZO, Everaldo Santos. **Problematizando o Conceito de Políticas Públicas:** desafios à análise à prática do planejamento de gestão. Disponível em https://revista.fct.unesp.br/index.php/topos/article/view/2253/2062. Acesso em: 31 mar. 2021.

OLIVEIRA, Gabriel. **Mapa da Violência 2016 mostra recorde de homicídios no Brasil.** Disponível em https://oglobo.globo.com/brasil/mapa-da-violencia-2016-mostra-recorde-de-homicidios-no--brasil-18931627#ixzz4v3gaxa60. Acesso em: 10 mar. 2021.

PAGNAM, Rogério. **Mortes por policiais no país em um ano equivalem a um 11 de Setembro.** Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1689789-mortes-por-policiais-no--pais-em-um-ano-equivalem-a-um-11-de-setembro.shtml#. Acesso em:9 out. 2017.

RESENDE, Leandro. **UPP 10 anos depois: as promessas cumpridas e as que ficaram pelo caminho.** Disponível em https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/12/22/upp-10-anos/. Acesso em: 1 nov. 2019.

SANNA, Flávia. **O Papel da Criminologia na Definição do Delito.** Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_153.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Do início ao fim: populações negras tem menos oportunidades educacionais.** Disponível em https://todospelaeducacao.org.br/noticias/do-inicio-ao-fim-populacao-negra-tem-menos-oportunidades-educacionais/. Acesso em: 10 mar. 2021.

UNESCO, **Mapa da violência revela que 116 brasileiros morrem todos os dias por arma de fogo.** Disponível em https://nacoesunidas.org/unesco-mapa-da-violencia-revela-que-116-brasileiros--morrem-todos-os-dias-por-arma-de-fogo. Acesso em: 9 out. 2017.

POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL: UMA NOVA ROUPAGEM PARA O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Éwerton Aparecido de Souza Lima[38]
Robson De Oliveira Lezainski[39]

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a Política Criminal Atuarial, um novo modelo de política criminal emergido nos Estados Unidos a partir da década de 1970, com o abandono do Estado de Bem-estar Social que marcou o período pós Segunda Guerra Mundial. Busca-se compreender o contexto histórico em que surgira esse modelo de abordagem do fenômeno do crime; os pressupostos que lhe possibilitaram ganhar o campo de atuação estatal e expandir-se para diversos setores da persecução criminal; seu modo de operação; os fundamentos criminológicos que compõem sua racionalidade e, por fim, refletir acerca da compatibilidade dessa maneira de abordar o crime com o Estado Democrático de Direito, com especial destaque para o Brasil.

A tratativa aqui proposta justifica-se ao analisar o crescente descrédito em torno do previdenciarismo penal e do Estado de Bem-estar Social,

38 Discente no Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN.

39 Docente no Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN); pós-graduado em Metodologia do Ensino Superior (UNIGRAN, 2017), Direito Processual Civil (ANHANGUERA, 2018) e Direito Público (UNIGRAN, 2018).

que marcou uma ruptura com antigas certezas e inaugurou um período de transformações, avanços e retrocessos em diversas esferas do campo político e social. Em termos de controle de criminalidade, o abandono do ideal de reabilitação do criminoso trouxe consigo o desafio de legitimar o *jus puniendi* (direito de punir) estatal e, mais do que isso, a antiquíssima instituição da prisão. A tendência à adoção de medidas punitivistas, apostando no oposto dos ideais correcionalistas, serviu-se do fracasso da função preventiva especial positiva como retórica para uma centralização da política criminal na função preventiva especial negativa. Acompanhando seu tempo, a máquina punitiva do Estado capitalista simultaneamente serviu-se das ciências atuariais como instrumento e como argumento de racionalidade para o controle do crime.

Ocorre que, ao ser apresentada como solução definitiva, imparcial e racional para o problema dos elevados índices de criminalidade, a Política Criminal Atuarial oculta seu real alinhamento aos interesses do modelo econômico que lhe é contemporâneo. Constatado seu funcionamento como ferramenta de gerenciamento dos excedentes populacionais inúteis ao sistema, aventa-se sua possível vinculação com o Direito Penal do Inimigo. Por conseguinte, questiona-se a compatibilidade desse modelo de política criminal com o Estado Democrático de Direito vigente.

Por fim, o presente estudo estimula a pesquisa e debate acerca das novas tendências punitivistas em matéria de política criminal, com enfoque na Política Criminal Atuarial. De igual modo, buscar-se-á analisar a capacidade de influência no direito brasileiro.

1. INSERÇÃO DAS CIÊNCIAS ATUARIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

A ciência estatística iniciou sua trajetória no sistema de justiça criminal no campo da execução penal, aperfeiçoando o processo de individualização da pena através do cálculo do risco de reincidência, no início do século XX. Dotada de significativa administrativização, a execução penal americana existia em moldes nos quais, uma vez condenado o réu, a sentença deveria abrir caminho para que os especialistas evitassem a reincidência, o que se concretizou com o sistema que combinava sentenças

indeterminadas com o benefício da *parole boards*, similar ao livramento condicional no Brasil (DIETER, 2012).

As *paroles* eram comissões compostas por cientistas e burocratas, destinadas a avaliar se o condenado se encontrava apto a retornar ao convívio social, com maior ou menor supervisão. Contudo, estas comissões sofriam com a falta de critérios claros e científicos para a classificação dos condenados com rapidez e segurança, pois ainda sobressaia no resultado das entrevistas a visão do avaliador. Conforme Dieter (2012), para preencher esta lacuna, "se desenvolveram os métodos de verificação do *risco* estatístico de fracasso no cumprimento da '*parole*', que constituem o verdadeiro ponto de aterragem da lógica atuarial no sistema de justiça criminal."

Interessante apontar que essa aproximação entre estatística e *parole* começa antes mesmo do colapso do Estado de Bem-estar. Dieter (2012) aponta que, ainda em 1923, com a publicação de um artigo de Warner que descrevia a pretensão de identificar "regularidades em reincidentes" que subsidiariam a decisão acerca da manutenção ou não da reclusão nos casos individuais. Apesar dos esforços empreendidos, a conclusão foi de que o único fator capaz de antecipar a reincidência futura era *a própria reincidência* (pretérita). Mesmo com o insucesso dessa primeira tentativa, a produção intelectual continuou a desenvolver-se ao longo das décadas seguintes.

O estudo de Hornell Hart, pesquisador da Estação de Pesquisa para o Bem-Estar da Criança do estado de Iowa, seguiu na busca de pontos em comum, desta vez focado em crianças e adolescentes infratores. As similaridades encontradas entre os infratores estavam na resposta à quesitos como tabagismo, falta de ocupação lícita, prática de religião não cristã, uso de drogas, alcoolismo na família, uso de fraude para prática do crime, seis ou mais sanções disciplinares anteriores, pais com antecedentes criminais e reincidência (DIETER, 2012).

As conclusões de Hart apresentaram relativo sucesso quanto à delinquência juvenil, levando o presidente do departamento penitenciário de Illinois a solicitar análises sobre as atividades da *parole board* local voltada para adultos e sugerir métodos mais avançados de avaliação. Os estudos que se seguiram chegaram a elencar como fatores considerados para a apuração do risco de reincidência a nacionalidade de ascendência e a cor da pele, como apurado por Dieter (2012, p. 64):

> Em resumo, o modelo de "*Prognásio*" formulado por Ernest BURGESS e as tabelas sintéticas propostas por Eleonor e Sheldon GLUECK constituíram as matrizes que balizaram a produção intelectual relativa à aplicação da lógica atuarial na Execução e no Direito Penal entre as décadas de 30 e 50.

Salta aos olhos que essa nova maneira de abordar a questão criminal aponta como fatores determinantes da reincidência os mesmos problemas que a criminologia previdenciária buscava corrigir. A mudança não consiste nos elementos indicados como sendo intimamente ligados a inclinação à criminalidade, mas na postura adotada frente a essas mazelas, uma vez que o novo objetivo estatal passou a ser simplesmente a neutralização dos indivíduos atingidos por "deficiências sociais", o que leva, em última análise, a concluir que a nova estratégia criminal consiste justamente em punir os pobres e indesejáveis.

De acordo com Dieter (2012), essa expansão começa a ter início somente na década de 1970, quando as autoridades federais americanas se mobilizaram para implementação de instrumentos atuariais nas *paroles* de todo o país, sob o argumento de reduzir a subjetividade, acelerar a avaliação e diminuir diferenças regionais na concessão do benefício. A racionalização do exercício punitivo por meio da lógica atuarial não se limitou às *paroles*, mas disseminou-se para outras etapas da criminalização.

1.1. O SISTEMA DE POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL

Por volta da década de 1970 intensificam-se os discursos de contestação do estado *welfarista*. Nesse cenário, invocando os altos níveis de reincidência e buscando um ideal de eficiência, formou-se uma lacuna teórica que foi preenchida com grande habilidade retórica pelo gerencialismo: Promoveu-se a ideia de uma incapacitação seletiva, satisfazendo as exigências por eficiência através do emprego de prognósticos no sistema de justiça criminal.

As penas deixariam de ser impostas conforme culpabilidade e proporcionalidade, passando a se reportar ao "risco individual". Dieter (2012) descreve que a chamada incapacitação seletiva encontrou fundamento criminológico em um estudo conjunto de Robert Figlio, Thorsten Sellin

e Marvin Wolfgang, que acompanharam a vida de um grupo de dez mil pessoas e buscaram comparar as características daqueles que se mostraram delinquentes, classificando-os conforme a frequência e gravidade dos fatos registrados.

Concluiu-se com essa amostra, que 6% dos indivíduos eram responsáveis por 52% dos delitos cometidos na juventude. Com a conclusão desse estudo, os pesquisadores sugeriram que o governo desistisse dos programas de reeducação pois, "Seria mais racional, enfim, privilegiar ações que simplesmente retirassem os menores reincidentes crônicos da sociedade pelo maior tempo possível, sem se preocupar com sua reinserção social" (DIETER, 2012).

Um marcante exemplo listado pelo autor é a lei californiana conhecida como *Three strikes*, segundo a qual qualquer pessoa com duas ou mais reincidências específicas deve ter a pena do novo crime triplicada, desde que oscile entre o estonteante mínimo de 25 (vinte e cinco) anos e a prisão perpétua, sem direito a qualquer benefício.

As descobertas de Figlio, Sellin e Wolfgang estimularam o mundo acadêmico a se enveredar pelo caminho da previsão do crime. Farrington chegou ao extremo de sustentar ser possível antever o perfil de risco para o cometimento de delitos em crianças entre 8 (oito) e 10 (dez) anos de idade, com base em fatores como comportamento antissocial; hiperatividade; baixo rendimento escolar; contato com membros da família com histórico de criminalização; família pobre, numerosa ou em condições ruins de moradia e disciplina parental deficiente (DIETER, 2012).

Tais critérios, que flagrantemente deveriam importar em uma preocupação de melhoria estrutural do Estado, em verdade passaram a servir de legitimação para uma criminalização perniciosamente seletiva, cujo alvo fácil era justamente os indivíduos atingidos pela distribuição desigual de riquezas inerente ao capitalismo. Com mesmo entendimento, Garland (2008, p. 220-221) sustenta que:

> O crime – juntamente com os correlatos comportamentos da "subclasse", tais como o abuso de drogas, gravidez precoce, mães solteiras e dependência previdenciária – passaram a funcionar como legitimação retórica para políticas econômicas e sociais que efetivamente puniam os pobres, bem como para o desenvolvimento de

> um Estado marcantemente disciplinador. [...] Em vez do idealismo e da humanidade, as discussões de política criminal passaram a ser inspiradas pelo ceticismo para com a reabilitação, pela desconfiança com os especialistas em penalogia e pelo reconhecimento da importância e da eficácia da pena.

A crítica aqui tecida à Política Criminal Atuarial não diz respeito à uma refutação das ciências atuariais enquanto campo científico. O que se propõe a combater é o seu emprego inadequado como legitimação do controle de grupos sociais indesejados, numa verdadeira eugenia que se furta à corresponsabilidade estatal pelo fenômeno do crime.

Assevera-se o perigo de perpetuação da criminalização dos indivíduos selecionados com base em perfis de risco, uma vez que estes se baseiam fundamentalmente nos resultados estatísticos pretéritos, formando um odioso ciclo de estigmatização criminal contínua que Wermuth (2017) se refere como "profecia autocumprida em matéria de perfis de risco". Nesse cenário, se o Estado foca a repressão em grupos predeterminados por sua criminalidade pretérita, com o decurso do tempo, estes grupos tendem a representar uma parcela significativa das novas condenações; por sua vez, isso justificará estatisticamente uma maior repressão Estatal, com base nos índices significativos de criminalidade. O resultado é um ciclo viciado de repressão que recai sempre sobre os mesmos grupos sociais.

De fato, se os indivíduos mais reincidentes são aqueles marginalizados pelas condições de vida precárias, e o fator comum utilizado pelo Estado para rotulá-los como perigosos (e neutralizá-los em prisões por longos períodos de tempo) é justamente essa origem humilde, o que está ocorrendo na verdade é que, ao invés de combater a marginalização, o Estado passa a excluir do convívio social os indivíduos que tenham condições socioeconômicas precárias, sob o argumento de que, estatisticamente, é provável que voltem a delinquir.

Como bem salientou Gabor (apud DIETER, 2012), o que a Política Criminal Atuarial pretende é "punir um indivíduo por comportamento incerto que pode ser realizado de acordo com aquilo que outros – que aparentam ser semelhantes a ele – disseram que tendem a fazer quando perguntados". São abundantes os exemplos dessa pretensão, como largamente exposto nos parágrafos acima.

2. AFINIDADE COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Pode-se sintetizar que o direito penal do cidadão criminaliza fatos, repreendendo a violação do ordenamento jurídico, ao passo que o Direito Penal do Inimigo criminaliza autores, antecipando-se à lesão do bem jurídico. Cancio Meliá (apud BERTI, 2011) elenca os três elementos básicos caracterizadores deste último: a antecipação da punibilidade, o estabelecimento de penas desproporcionais e a relativização de garantias penais e processuais.

A ideia de inimigo não é nova no direito penal, mostrando-se presente, por exemplo, nas inquisições cristãs e na construção teórica de Garofalo, penalista alemão que defendia a realização de uma "seleção natural", excluindo-se os "indesejáveis": ladrões, prostitutas, homossexuais, entre outros. Na mesma esteira, Franz Von Liszt, cujas ideias concretizaram-se com o direito nazista, declarava guerra aos chamados "irrecuperáveis" (ZAFFARONI, 2007).

Ao abordar o tema em seu livro *O inimigo no direito penal*, Zaffaroni (2007) condena tais concepções, destacando que a legitimação de um tratamento diferenciado "baseou-se em emergências, ou seja, em ameaças à própria sobrevivência da humanidade ou da sociedade, que assumiram o caráter de guerras", asseverando que "no Estado Constitucional de direito não é possível admitir que um ser humano seja tratado como não-pessoa, fora das hipóteses de coerção direta [...], inevitável e muito transitória", ainda, analisando o fato de o inimigo não oferecer garantias de seu comportamento ulterior, ressalva que "a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém [...] acabaria na *despersonalização de toda a sociedade*", revelando-se "nada além de um pretexto a mais para legitimar o controle social punitivo".

O que se pretende enfatizar não é a sobrevida acadêmica da excludente noção de inimigo no direito penal, mas sim sua preocupante revitalização – concreta e silenciosa – em nações nas quais oficialmente vigora um Estado Democrático de Direito. Sob um olhar cauteloso, a Política Criminal Atuarial transparece em seu caráter punitivista uma nova abordagem do direito penal focada no autor, em evidente reavivamento da tenebrosa cisão do direito entre cidadãos e inimigos.

Distanciando-se da culpabilidade e proporcionalidade – elementos basilares do Estado Democrático de Direito, conforme lição de Nucci (2015) – essa nova abordagem antecipa a punibilidade com base em fatores de risco e estabelece penas desproporcionais em nome de sua evitação. O objeto de estudo dessa excêntrica expressão criminológica afasta-se do fato delituoso, direcionando sua energia a escrutinar o indivíduo, atitude típica de um direito penal do autor.

Analisando a tendência ao recrudescimento penal nos EUA do ponto de vista sociológico, Garland (2008, p. 285-287) extraiu que:

> Este discurso político se baseia na criminologia arcaica do tipo criminoso, do Outro. Às vezes de forma explicita, mais comumente em códigos, o problema é atribuído ao comportamento insidioso, imoral, de delinquentes perigosos, que pertencem tipicamente a grupos raciais e culturais que guardam pouca semelhança "conosco". [...] Criminosos individuais são vistos como "criminosos de carreira", "viciados em drogas", "vilões" e "desordeiros" [...] Alguns – particularmente "pedófilos", "predadores sexuais" ou "superpredadores" juvenis – são evocados de maneiras que mal são humanas; [...] O público sabe – ninguém precisa lhe contar – que estes "superpredadores" e criminosos multirreincidentes são jovens do sexo masculino, integrantes de minorias, aprisionados no submundo do crime, das drogas, das famílias destruídas e da dependência aos programas previdenciários. A única resposta prática para estes tipos, tão logo pratique um crime, se não antes, é 'retirá-los de circulação' para a proteção do público.

Para o autor, "a crença, hoje em dia, é que não existe mais a figura do 'ex-criminoso', mas apenas criminosos que foram apanhados antes e que cometerão novos crimes", logo, "têm poucos direitos ligados à intimidade".

Ao estabelecer filtros indicativos de risco, através dos quais selecionará indivíduos dignos de segregação *preventiva* em razão de suas características pessoais, a Política Criminal Atuarial se transforma em ferramenta de definição de inimigos do Estado, em forma muito semelhante à desenvolvida pela criminologia positivista – que teve seu ápice de crueldade no

direito penal nazista e seu total desprendimento de elementos éticos na icônica teoria de Cesare Lombroso.

Em sua crítica mais ampla ao Direito Penal do Inimigo inserto no Estado Democrático de Direito pós-moderno, Zaffaroni (2007, p. 117-119) chega à seguinte conclusão:

> [...] Portanto, admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identifica-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, consequentemente, condenações e penas a inocentes. [...]

Nesse ponto, criminologia e sociologia novamente comungam o mesmo tom: Zaffaroni (2007) entende que este cenário "cedo ou tarde, devido à sua segurança individualizadora, *termina na supressão física dos inimigos*"; enquanto Garland (2008) enfatiza que "um governo que rotineiramente sustenta a ordem social através da exclusão maciça começa a se parecer com um Estado-*apartheid*".

3. FRAGMENTOS DA POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL NO BRASIL

Apesar de originada nos Estados Unidos, a Política Criminal Atuarial não encontra limitação nas fronteiras geográficas, especialmente quando considerada a alta influência política e ideológica que o país exerce sobre o globo.

Exemplo notável é a cultura de controle estabelecida de forma similar à americana na Grã-Bretanha, também a partir da década de 1970, fenômeno amplamente dissecado pela obra de Garland (2008). No Brasil, não se olvida que as prisões de segurança máxima são adaptações das aclamadas *Supermax* americanas (DIETER, 2012), em clara demonstração da capacidade que o modelo atuarial de gestão da criminalidade tem de permear outros países, ainda que naturalmente existam diferenças decorrentes da adaptação local.

De forma lenta e silenciosa, nações oficialmente tidas como Estados democráticos de direito vão erodindo às tendências punitivistas implantadas com sucesso em outros países, apesar de sua incompatibilidade medular. Especialmente no Brasil, país que se espelhou e costumeiramente continua a se espelhar na primeira federação, muitos são os fragmentos da Política Criminal Atuarial que podem ser constatados, embora sua presença ainda não esteja estruturada como política norteadora de toda a atuação estatal em matéria criminal.

Esta abordagem do fenômeno do crime reveste-se de especial importância para a academia brasileira, visto que as características políticas e socioeconômicas historicamente arraigadas no país favorecem a proliferação de um mecanismo de racionalização do arbítrio estatal no uso da violência e no controle de seus cidadãos. Nesse sentido, Pastana (*apud* SILVA, 2017, p. 28) destaca:

> É bom salientar que não é de hoje que o estado brasileiro adota uma política penal de exceção, contrária às noções de democracia e cidadania, e que coloca "a questão social como um caso de política". [...] Nesse contexto, o controle social brasileiro apresenta-se ainda mais autoritário e seletivo, traduzido em aumento desproporcional das penas, maior encarceramento, supressão de direitos e garantias, endurecimento da execução penal entre outras medidas igualmente severas. [...] Todos os problemas resultantes dessa desregulamentação, como a precarização das relações de trabalho, o desemprego e a dificuldade de acesso aos serviços essenciais, que podem levarão aumento da criminalidade, não são solucionados, apenas a consequência se torna questão emergencial. [...] Embora o discurso político aponte várias iniciativas democráticas de controle, é a postura ostensiva e os objetivos repressivos que acabam se destacando na política brasileira de controle social. Em outras palavras, todos os poderes insistem em afirmar que austeridade no trato do desvio é questão urgente e circunstancial.

Além das prisões de segurança máxima, outros elementos introduzidos no direito pátrio indicam a porosidade de nosso ordenamento aos fundamentos que propiciaram a escalada da Política Criminal Atuarial nos EUA: iniciativas proponentes de privatização do sistema carcerário –

conforme elencado por Silva (2017); limitações à progressão de regime e outras garantias processuais, penais e constitucionais, impostas pela redação original da Lei dos crimes hediondos (BRASIL, 1990); e o polêmico RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), cuja discussão acerca de sua (in)constitucionalidade se arrasta há mais de dez anos perante o STF (ADI N. 4162), são exemplos das pretensões estatais em termos de controle da criminalidade.

Conferindo especial destaque ao Regime Disciplinar Diferenciado, não há dúvidas de que o mesmo constitui expressão legislativa intimamente correlata à Política Criminal Atuarial, valendo-se do mesmo método de "alocação" dos reclusos como meras mercadorias. Tratando sobre o tema, Dieter (2012, p.99) discorre que:

> A face mais visível desse fenômeno é o cruel regime de execução solitária da pena realizado nas penitenciárias de segurança máxima pela disciplina do "ADX", destinada aos indivíduos mais perigosos. No Brasil, a tentativa de cópia-carbono dessa perversa forma de neutralização de seres humanos por meio do isolamento celular resultou no execrável regime disciplinar diferenciado ou RDD, uma "pena dentro da pena" que permanece como afronta explícita à proibição constitucional instituída pelo princípio da humanidade e igualmente aplicável aos presos de alto risco.

Como se verifica da Lei de Execução Penal, a aplicação do RDD se dá nos casos de "prática de fato previsto como crime doloso *que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas*", "presos que apresentem *alto risco para a ordem ou a segurança* do estabelecimento penal ou da sociedade" e "presos sobre os quais recaiam *fundadas suspeitas*" (BRASIL, 1984).

Em absolutamente todos os casos, utilizam-se termos vagos e imprecisos, que podem ser empregados ao arbítrio para suprimir garantias importantes na execução da pena, sobrepujando a legalidade e a taxatividade da lei penal e aplicando critérios voltados à uma análise não do fato, mas do autor, o que evidencia a inserção do Direito Penal do Inimigo no Estado de direito brasileiro.

Ao considerar o sistema carcerário pátrio – que por sinal teve um aumento de mais 70% (setenta por cento) no número de pessoas privadas

de liberdade entre 2007 e 2017 – percebe-se que sua clientela preferencial é uma parcela da população já segregada em sua condição de vida socioeconômica: em sua maioria jovens de 18 a 29 anos (54,06%), pretos ou pardos (63,6%) e subescolarizados (51,3% possuem ensino fundamental incompleto); roubo, furto e tráfico de drogas constituem mais de 70% (setenta por cento) dos crimes tentados/consumados pelas pessoas privadas de liberdade. Os dados são do DEPEN (2020), e salientam o vínculo profundo entre criminalidade e transferência forçada de renda.

Não é difícil imaginar quais seriam os alvos preferenciais de uma eventual Política Criminal Atuarial brasileira, estruturada única e friamente nos prognósticos estatísticos. Os criminosos "persistentes" e "incorrigíveis", aos quais seria "ineficiente" dedicar esforço e orçamento estatal pela recuperação – restando apenas a neutralização por meio da prisão – seriam justamente aqueles que já são alvos da exclusão e frutos da desigualdade e estratificação social crônicas: as pessoas pobres, não-brancas e com baixíssimo grau de qualificação profissional destacadas acima.

3.1. O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A (IN)COMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Não obstante o poder emanado do povo seja exercido, em geral, por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único, CF), para que se coteje a política criminal atuarial com o bloco constitucional brasileiro, afim de desvendar se é possível sua coadunação, faz-se necessário levar em conta que o Estado Democrático de Direito vai muito além do controle político democrático, sendo indispensável o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais para a efetivação da soberania popular (DA SILVA, 2005).

Disso decorre que a legalidade da política adotada em matéria criminal está condicionada não só ao rito procedimental seguido pelos representantes do povo para sua implementação, mas também à compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, notadamente aquelas relativas à proteção dos direitos humanos.

As normas programáticas presentes no texto constitucional brasileiro ordenam uma postura fundamentalmente oposta à adotada pela

racionalidade da Política Criminal Atuarial: a Carta Constitucional vincula nossa República como um Estado Democrático de Direito, alicerçado na defesa da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III); o gerencialismo penal, entretanto, dissocia-se por completo de preocupações ético-humanitárias, desenvolvendo seu projeto de controle social por meio da prisão com base em indicadores de similaridade entre indivíduos, à procura do "outro", do criminoso nato com características pessoais de delinquente.

Seguindo seu obscuro percurso, essa nova racionalidade abandona deliberadamente a pretensão de recuperar o indivíduo para o retorno à sociedade, negando, assim, sua característica humana – intrinsecamente gregária – e predefinindo-o como um irrecuperável que se pode despir das garantias fundamentais de dignidade. Pouco lhe importam as estratificações sociais interligadas ao fenômeno da criminalidade: o estado de marginalização não levanta qualquer preocupação social, mas enseja a imposição de sanções mais severas.

Em direção diametralmente oposta, o art. 3º da Constituição Federal prescreve como objetivos da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; construir uma sociedade livre; e promover o bem de todos, sem preconceitos. De mesma forma, o bloco constitucional brasileiro dispõe que "as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados" (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – CADH, art. 5°, item 6).

É necessária cautela ao importar modelos políticos e jurídicos, pois as bases em que erigidos podem ser intransponíveis para a legislação local. O cerne da Política Criminal Atuarial está calcado em pretensões flagrantemente distantes dos fundamentos da república brasileira: o gerenciamento da criminalidade pretendido pela Política Criminal Atuarial não se sujeita a ponderações sociais e humanitárias, revestindo-se de um pragmatismo inconsequente na busca pela redução da reincidência.

Para perseguir esse objetivo, a flexibilização de garantias processuais e a imposição de sansões desproporcionais com base em critérios segregadores são etapas aceitas sem embaraço. Nesse sentido, pertinente a observação de Maciel; Ferreira e Koerner (2013, p. 290):

> Ao mesmo tempo que são os principais financiadores da CIDH e incentivadores de relatórios de investigação de violações desses direitos na América Latina, os Estados Unidos não aceitam as recomendações e as medidas evocadas pela autoridade regional e é o Estado-membro que mais utiliza mecanismos próprios para descumprir as decisões da CIDH (Wilson, 2002). No caso da pena de morte, o país tem evitado ratificar tratados que restringem seu uso, assim como desconsidera as interpretações de órgãos internacionais que possam produzir alguma alteração no procedimento de aplicação da punição capital.

Denota-se que a nova orientação adotada pelos EUA em matéria de política criminal precisa esquivar-se da vinculação jurídica à compromissos internacionais que estabeleçam garantias humanas mínimas – como a vida – para alcançar pleno funcionamento. Sujeitar-se à diplomas humanitários internacionais, em contrapartida, afastaria a adoção de ferramentas atentatórias à dignidade humana, bem como blindaria o país da aplicação, no futuro, de medidas violadoras.

Esse modelo, desenvolvido sob o pretexto de promover uma redução nas despesas públicas, teme sujeitar-se à um regime humanitário muito em razão do princípio da proibição do retrocesso, o qual "impede que, a pretexto de superar dificuldades econômicas, o Estado possa, sem uma contrapartida adequada, revogar ou anular o núcleo essencial dos direitos conquistados pelo povo. É que ele corresponde ao mínimo existencial, ou seja, ao conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual não é possível viver com dignidade" (LEWANDOWSKI, 2018, p.1).

Tal princípio pode ser vislumbrado, por exemplo, no art. 4° da CADH, ao dispor que "Nos países que não houverem abolido a pena de morte, [...] Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido."

Novamente na contramão do caminho adotado pela Política Criminal Atuarial, o Brasil referendou como mister de suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF), recepcionando a CADH e, como corolário natural, o princípio do não retrocesso, como norma integrante do bloco de constitucionalidade.

Dessarte, conclui-se que por mais adornada que possa se apresentar a proposta de Política Criminal Atuarial, o retrocesso em matéria de direitos humanos que sua aplicação representaria revela a incompatibilidade teleológica desta racionalidade com o direito constitucional brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente adoção de indicadores estatísticos e técnicas gerenciais rompeu as fronteiras do mercado e passou a nortear, também, as ações do poder público. No fim do século XX, essa mudança de racionalidade supriu com conveniência o anseio por austeridade que se tornou característica do estágio de superação do Estado de Bem Estar. A administração pública, então, foi em grande parte reorientada pelo preceito da eficiência.

Nesse esteio de sucesso meteórico, a racionalidade gerencial não se limitou à esfera administrativa, inspirando reformulações em diversos campos do conhecimento. No campo da política criminal, o gerencialismo representa a base sobre a qual foi fundada, nos Estado Unidos, a hodierna concepção de controle do fenômeno do crime denominada Política Criminal Atuarial.

A contínua expansão deste modelo de atuação no combate ao crime lhe confere relevância em solo brasileiro, considerada a frequência com que se importam métodos e institutos americanos em matéria criminal. O Brasil não ficou alheio à aludida transformação de racionalidade enfrentada pelo poder público, adotando elementos gerenciais como norteadores da administração, à exemplo do princípio administrativo da eficiência. Por conseguinte, não se pode olvidar que a racionalidade gerencialista possa desembarcar em nosso ordenamento, também, na definição das estratégias de controle e combate da criminalidade. Com efeito, o cotejamento desta nova política criminal com a estrutura constitucional brasileira reveste-se de especial importância.

Embora os valores gerenciais e a racionalidade estatística sejam estruturas de pensamento praticamente inquestionáveis pelo senso comum contemporâneo, sua aplicação em uma seara sensível como a criminal suscita preocupação quanto à incolumidade dos direitos humanos e das garantias individuais.

Questionar essas estruturas postas e desbravar o cerne de construções jurídicas com alto potencial de permeação no direito pátrio contribui para um desenvolvimento normativo responsável, especialmente em se tratando de conceitos erigidos em outro ordenamento. Este exercício de indagação permite debater lacunas, vícios, incompatibilidades e alternativas à sua adoção na política criminal do Estado.

A confrontação entre a Política Criminal Atuarial e o Direito Penal do Inimigo, com o qual guarda sombrias semelhanças, mostrou-se particularmente relevante para uma análise substancial de sua legitimidade. Não menos importante, a verificação da eventual existência de fragmentos desta nova política no sistema criminal brasileiro possibilitou indicar o potencial de introdução formal desta construção teórica, bem como conhecer suas nuances locais, robustecendo o acervo científico sobre o tema.

A multidisciplinaridade do referencial teórico permitiu reunir olhares filosóficos, sociológicos e jurídicos acerca do desenvolvimento da Política Criminal Atuarial que, conjugados, confirmam seu alinhamento estrutural ao Direito Penal do Inimigo, cujo posto, nesse caso, é atribuído aos indivíduos marginalizados. Os prognósticos de risco aplicados operam uma seletividade tendenciosa e desconectada de qualquer mínimo ético.

Esse mecanismo de conjectura acerca da criminalidade futura opera filtrando as figuras humanas dejetadas pela estrutura capitalista para sua posterior inocuização, cujo efeito prático é um sistema de gerenciamento em massa, por meio da prisão, de excedentes populacionais indesejados. A partir da apuração do risco hipotético, os indivíduos catalogados por prognósticos como "perigosos" recebem um tratamento de pura e simples neutralização.

Como preço a ser pago pela eficiência no controle do inimigo, abandona-se abertamente a função da pena de recuperação e reinserção do indivíduo criminalizado, relativizando ou suprindo direitos e garantias individuais e processuais ao sabor da melhor estratégia de controle, o que é veementemente rejeitado pelo princípio do não retrocesso, adotado no Brasil. Pode-se asseverar, portanto, que tal política criminal não é compatível com o direito brasileiro.

Não obstante sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, foi possível identificar no Brasil mecanismos jurídicos em vigência inspirados por esse modelo de repressão, merecedores de discussão por

vindouros estudos, a fim de avultar elementos para uma apreciação abrangente do tema.

REFERÊNCIAS

BERTI, Natalia. **O regime disciplinar diferenciado como expressão do direito penal do inimigo**. Disponível em https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-regime-disciplinar-diferenciado-como-expressao-do-direito-penal-do-inimigo. Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios--sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf. Acesso em: 1 dez. 2020.

_____. **Lei nº 7.210/1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

_____. **Lei nº 8.072/1990** (Redação original). Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8072-25-julho-1990-372192-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=2º%20Os%20crimes%20hediondos%2C%20a,cumprida%20integralmente%20em%20regime%20fechado. Acesso em: 12 dez. 2020.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.162/DF**. Relator Ministra Rosa Weber. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2643750. Acesso em: 1 dez. 2020.

CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

DA SILVA, Ênio Moraes. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 213-230, julho/

setembro 2005. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/794. Acesso em: 4 fev. 2021.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1. Acesso em: 1 dez. 2020.

GABOR, Thomas. **The Dangerous Criminal and Incapacitation Policies**. University Microfilms, 1983.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Proibição do retrocesso**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/ArtigosJornais/1117223.pdf. Acesso em: 23 mar. 2021.

MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. Os Estados Unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 90, p. 271-295, Dec. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 fev. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 1 dez. 2020.

PASTANA, Debora Regina. **Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo**. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n. 1, 2013.

SILVA, Danler Garcia. **O Estado punitivo brasileiro e o recrudescimento das políticas de administração prisional**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/195901017.pdf. Acesso em: 1 dez. 2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, julho de 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-8966201700302043&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 dez. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NÃO RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, DOS DISPOSITIVOS DA LEI NO 6.001/73 (ESTATUTO DO ÍNDIO), DE CARÁTER INTEGRACIONISTA

Samuel Evangelista Xavier Batista[40]

INTRODUÇÃO

Até a promulgação da Carta Magna de 1988, a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) classificava os indígenas em três categorias: não-integrados, semi-integrados e integrados. A nova ordem constitucional, no entanto, passou a adotar o critério multiculturalista, reconhecendo o direito à cultura diversa da majoritária e o princípio da tolerância e do respeito à diferença.

Nessa perspectiva, exsurge a necessidade de se conferir se existe conflito material entre os dispositivos do Estatuto do Índio, que categoriza os indígenas conforme o grau de integração à sociedade majoritária, com o texto constitucional de 1988, principalmente levando-se em conta que a

40 Graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB); pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus; pós-graduado em Direito Processual Civil Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus; pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela Escola Brasileira de Direito (EMBRADI).

temática indígena foi assim descrita no relatório da Assembleia Geral da ONU:

> A falta de acesso à justiça para os povos indígenas é um tema central. No Brasil, os povos indígenas enfrentam significativos obstáculos no acesso à justiça devido à falta de recursos, às barreiras culturais e linguísticas, ao racismo institucional e falta de conhecimento sobre suas culturas e seus direitos por parte do judiciário e autoridades. Essas barreiras se somam a ações e omissões do Estado com relação aos direitos de consulta e participação, ao uso de mecanismos que negam direitos tal como a suspensão de segurança pelo judiciário, e à falta de adequada consideração aos direitos territoriais indígenas [...] (ASSEMBLEIA NACIONAL DA ONU, 2016, p. 13).

Por tais razões, é se indagar: os dispositivos da Lei nº 6.001/73 de caráter integracionista foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988?

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar se os dispositivos da Lei nº 6.001/73 de caráter integracionista foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, foram delineados como objetivos específicos: compreender as raízes históricas do pensamento integracionista, verificar o contexto histórico-constitucional em que foi editada a Lei nº 6.001/73 e avaliar se existe conflito material Estatuto do Índio e Constituição Federal.

Parte-se, então, da hipótese de que os dispositivos da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) de caráter integracionista não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou a adotar em seus artigos 215, § 1º e 231, o multiculturalismo como novo paradigma do direito indígena. Na primeira seção, busca-se compreender as raízes históricas do pensamento integracionista, desde a época do descobrimento, passando pelo período colonial e republicano. Na segunda, propõe-se analisar o panorama jurídico-histórico em que foi editada a Lei nº 6.001/73, seu objeto, finalidade e reflexos no ordenamento jurídico. A terceira seção visa avaliar a existência de conflito material entre os artigos do Estatuto do Índio de cunho integracionista e as normas da Constituição Federal de cunho multiculturalista, por meio da revisão bibliográfica das doutri-

nas de Becker; Souza; Oliveira (2013); Filho (2020); Santos Filho (2005); Souza Filho (1993); Villares (2010); e Vittorelli (2018), bem como dos diplomas nacionais, internacionais e jurisprudência do STF sobre o tema.

1. AS RAÍZES DO PENSAMENTO INTEGRACIONISTA NO BRASIL

A ótica integracionista, definida como "a ideia de que aos poucos os indígenas seriam branqueados e deixariam de ser detentores de direitos culturais" (AMADO, 2019, p. 87) remonta à época do Descobrimento do Brasil, em que o relato do primeiro contato entre o europeu e o indígena, realizado por Pero Vaz de Caminha, em 1.500, enaltecia a posição eurocêntrica em detrimento dos pertencentes a outra cultura. Eis o trecho da carta:

> A feição deles é serem pardos, um tanto avermelhados, de bons rostos e bons narizes, bem-feitos. Andam nus, sem cobertura alguma. Nem fazem mais caso de encobrir ou deixa de encobrir suas vergonhas do que de mostrar a cara. Acerca disso são de grande inocência. Ambos traziam o beiço de baixo furado e metido nele um osso verdadeiro, de comprimento de uma mão travessa, e da grossura de um fuso de algodão, agudo na ponta como um furador. Metem-nos pela parte de dentro do beiço; e a parte que lhes fica entre o beiço e os dentes é feita a modo de roque de xadrez. E trazem-no ali encaixado de sorte que não os magoa, nem lhes põe estorvo no falar, nem no comer e beber. (CAMINHA, 1963, p. 18).

Sob essa visão preconcebida do indígena como uma criatura selvagem e ingênua, "os jesuítas surgem como responsáveis pela inserção desses sujeitos no corpo social lusitano. Através da catequese, relacionavam-se interculturalmente com os nativos, objetivando a salvação de suas almas" (SOUSA, 2019, p. 1). O trabalho jesuítico perdurou até 1757, ano em que o rei de Portugal, Dom José I, por meio de seu ministro, o Marques de Pombal, instituiu a lei denominada Diretório dos Índios, que tinha por objetivo o seguinte:

> A reformulação dos costumes iniciar-se-ia pela adoção da língua portuguesa, estabelecendo um corte com o duplo passado: o na-

> tivo, representado pela língua nativa, e o da sujeição anterior, na figura da língua geral ensinada pelos religiosos [...]. Deveriam, por conseguinte, assumir sobrenomes portugueses, "como se fossem brancos" e morar em casas "à imitação dos brancos; fazendo nelas diversos repartimentos, onde vivendo as famílias em separação, possam guardar, como racionaes, as leys da honestidade, e polícia". Acrescentava a importância de andarem vestidos para que tivessem desperta a imaginação e o decoro e, ainda, que evitassem a bebida, num processo paulatino de abandono dos vícios (COELHO & QUEIROZ, 2001, p. 65-66).

Tal política integracionista para os indígenas, principiada com a catequização jesuística, passando pelas reformas pombalinas, prosseguiu no período imperial brasileiro e na República. Mesmo que diferentes diplomas normativos garantissem as terras coletivas e alguns outros cuidados especiais aos indígenas, enquanto eles não fossem considerados civilizados, o objetivo de promover a integração total e extingui-los como grupos diferenciados iria se manter até a Constituição Federal de 1988. (ALMEIDA, 2013).

De fato, em 1798, o Diretório dos Índios foi substituído pela Carta Régia, período no qual "a questão indígena deixou de ser essencialmente uma questão de mão de obra para se tornar uma questão de terras. Nas regiões de povoamento antigo, trata-se mesquinhamente de se apoderar das terras dos aldeamentos" (CUNHA, 1992, p. 133). Nesse período, os indígenas brasileiros foram vítimas de um gravíssimo processo de extermínio e racismo, bem ilustrada pela tese defendida, nesse período, pelo então membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Francisco Varnhagen (1867, p. 55-56):

> No reino animal, há raças perdidas; parece que a raça índia, por um efeito de sua organização física, não podendo progredir no meio da civilização, está condenada a esse fatal desfecho. Há animais que só podem viver e produzir no meio das trevas; e se os levam para a presença da luz, ou morrem ou desaparecem. Da mesma sorte, entre as diversas raças humanas, o índio parece ter uma organização incompatível com a civilização (apud CUNHA, 1992, p. 135).

A par do aumento do racismo contra os indígenas, "o romantismo literário e artístico brasileiro pautou suas representações no indígena idealizado como ingênuo, forte e bom, sendo este um dos elementos fundantes da cultura genuinamente brasileira" (KAYAPÓ, 2019, p. 64). Como demonstra Bosi (1992) "o indígena se transformava num mito, que ao final é morto ou assimilado pelo colonizador. Portanto, o índio morto ou assimilado do romantismo está na origem do Brasil independente" (apud KAYAPÓ, 2019, p. 64-65).

No ano de 1910, foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que, conforme Santos (2004):

> [...] ainda na primeira década do século 20, o Estado republicano brasileiro criou o primeiro órgão de Estado para assumir oficialmente as políticas indigenistas no Brasil. Sob inspiração positivista, o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), criado em 1910, deveria assumir a proteção e tutela desses povos, tendo como objetivo final a "integração dos índios à comunidade nacional" (apud KAYAPÓ, 2019, p. 65).

Ou seja, "o SPI deveria conduzir os povos indígenas ao seio da nação brasileira até que todos eles fossem integrados. A partir de então, a função do órgão estaria cumprida e os povos indígenas não mais existiriam" (KAYAPÓ, 2019, p. 65). A visão propagada era a de que, "para que os indígenas não permanecessem inúteis à nação brasileira, o SPI deveria desenvolver atividades agrícolas nas terras reservadas para ensina-lhes a trabalhar" (BRIGHENTI, 2010, p. 7).

O problema é que, durante o período da Ditadura Militar, implementada em 1964, ocorreram denúncias de torturas de indígenas, escândalos envolvendo o SPI, de modo que as políticas indigenistas sofreram atraso. O SPI foi desmantelado e extinto em 1967, substituído pela Fundação Nacional do Índio (Funai), dirigida por agentes do Estado autoritário e por grupos anti-indígenas (GOMES, 2002).

Somente a partir da década de 1970 é que os indígenas começaram a se unir para suplantar toda a opressão histórica, enviando suas demandas e propostas coletivas, conforme suas as realidades (KAYAPÓ, 2019). Conforme Luciano (2006): "Com o apoio dos movimentos populares e

organizações indigenistas, formou-se o movimento indígena brasileiro, que, na década de 1980, centrou esforços em torno da Constituinte no contexto da redemocratização do país" (apud KAYAPÓ, 2019, p. 66-67). Assim, tem-se uma análise ampla sobre os principais aspectos que explicam as raízes históricas do pensamento integracionista no Brasil contra os indígenas.

2. O PANORAMA JURÍDICO-HISTÓRICO DA LEI Nº 6.001/73 (ESTATUTO DO ÍNDIO)

Para se compreender o espírito da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) é de se fazer uma breve análise do panorama jurídico-histórico que resultou em sua edição.

Com a promulgação do Código Civil de 1916, o indígena passou a ser tutelado pelo Estado, sendo nominado de modo preconceituoso de "silvícola", isto é, selvagem, a quem foi atribuído incapacidade civil relativa, pois sujeitos ao regime tutelar à medida em que fossem se adaptando à dita "civilização" do país:

> Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:
>
> Omissis
>
> III – Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País (BRASIL, 1916).

Noutros termos, "ao índio sobrou como direito a possibilidade de integração como indivíduo, como cidadão, ou juridicamente falando, como sujeito individual de direitos. Se ele ganhava direitos individuais, perdia o direito de ser povo" (SOUZA FILHO, 2003, p. 77).

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira em que o Estado brasileiro passou a assumir compromissos constitucionais com a temática indígena, vez que "atribuiu poderes exclusivos da União para legislar sobre assuntos indígenas, consolidando um quadro administrativo da educa-

ção escolar indígena, que só vai ser significativamente alterado em 1991" (SANTOS, 2004, p. 153).

O ideal de incorporação dos indígenas à comunhão nacional permaneceu nas Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 (KAYAPÓ, 2019). Tanto é que a Constituição de 1937 estabelecia no seu artigo 154 que: "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las" (BRASIL, 1937).

Sob a égide desse viés integracionista que, no ano de 1973, foi editada a Lei nº 6.001/73, o Estatuto do Índio, concebendo o indígena como algo transitório, isto é, um indivíduo que, com o passar do tempo, integrar-se-ia à sociedade majoritária, até alçar, de vez, ao patamar da sociedade majoritária brasileira (SILVA, 2020).

Vale lembrar que, no contexto em que foi editado o Estatuto do Índio, vigia a Constituição de 1967 e, no plano internacional, a Convenção 107 da OIT, que propugnava a integração progressiva dos povos indígenas na vida dos respectivos países (VITTORELLI, 2018), sendo que "apenas na década de 1980 a OIT passa a discutir um novo paradigma normativo que albergasse o direito a ser e de permanecer indígena". (VITTORELLI, 2018, p. 31).

Dessa maneira, vê-se que o Estatuto do Índio, ao adotar a visão integracionista do indígena, é fruto do parâmetro constitucional e internacional então vigente que tratava o indígena como um ser social e culturalmente inferior aos não indígenas, e que, por isso, precisavam ser assimilados à chamada comunhão nacional.

3. DO CONFLITO MATERIAL ENTRE OS DISPOSITIVOS DO ESTATUTO DO ÍNDIO DE CUNHO INTEGRACIONISTA E AS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE CUNHO MULTICULTURALISTA

É de se registrar que os dispositivos legais que precedem a Constituição Federal de 1988, como a Lei nº 6.001/73, passam pelo crivo da recepção constitucional, ou seja:

> A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção, uma

> vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da constituição atual (MORAIS, 2005, p. 2.357).

Fixada tal premissa, ressalta-se que o cunho integracionista se encontra estampado no conteúdo normativo dos artigos 1º, 2º, II e VI, 3º e 4º do Estatuo do Índio:

> Art. 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).
>
> Art. 2° Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:
>
> *Omissis*
>
> II – prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;
>
> Omissis
>
> VI – respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes (BRASIL, 1973).
>
> Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:
>
> I – Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;
>
> II – Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão na-

> cional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados (BRASIL, 1973).
>
> Art 4º Os índios são considerados:
>
> I – Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
>
> II – Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
>
> III – Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura (BRASIL, 1973).

Com efeito, o cunho integracionista dos dispositivos do Estatuto do índio indicados se revela nos seguintes termos:

> Índios não são considerados brasileiros até que se integrem, nos termos do Estatuto, integração que, no entanto, funciona como uma assimilação cultural, ou seja, não como uma troca de saberes e visões de mundo, mas comunhão destas numa única identidade, mais próxima da europeia e colonizadora (SILVA, 2020, p. 5).

Acontece que, com o passar dos anos, a função de "preservar uma cultura", tentando ao mesmo tempo integrá-la a outra, revelou-se nada harmônica e, por certo, inviável, uma vez que não se deixa de ser indígena e nem se deixa de ter identidade étnico-cultural indígena, devido ao contato com a sociedade majoritária (BECKER; SOUZA; OLIVEIRA, 2013).

Ocorre que, no ano de 1988, foi promulgada a Constituição Federal que rompeu com o paradigma integracionista até então vigente:

> No período constituinte, os povos indígenas foram protagonistas de forte movimento que garantiu a promulgação do "Capítulo VIII dos Índios" na Constituição, de forma que foi alterada a política de Estado, rompendo com o paradigma da tutela indígena e da política integracionista, bem como dando lugar ao protagonismo e à autonomia das comunidades indígenas e ao direito às terras tradicionalmente ocupadas por eles, sua língua, seus costumes, crenças e tradições (URQUIZA; SANTOS, p. 132).

Essa luta do movimento indígena resultou no critério adotado pela Carta Magna, denominado de "multiculturalismo", cujo termo:

> [...] conecta-se à proteção das minorias étnicas e ao seu direito fundamental de ser diferente, conferindo-lhes condições para que possam perpetuar seu estilo de vida tradicional, seus usos e costumes, falar suas respectivas línguas e praticar a sua própria religião, consagrando o seu direito à diferença e à singularidade étnica e cultural, indissociável da preservação de sua dignidade humana" (HOLDER & SILVA 2013, p. 7).

Esse novo paradigma multiculturalista se extrai do conteúdo normativo nos artigos 215, § 1º e 231 da Constituição Federal:

> 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.
>
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (BRASIL, 1988).
>
> Art. 231. 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).

De acordo com Souza Filho (1993, p. 310), "esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão inte-

gracionista. A partir de 5 de outubro de 1988, os índios, no Brasil têm o direito de ser índio". Dessa forma, "a Constituição editada trouxe significativo avanço no tratamento da questão, reconhecendo aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, sem sequer mencionar qualquer possibilidade de movimento integracionista" (VITTORELLI, 2018, p. 11).

Isto é, com o advento da Constituição Federal de 1988 "o direito pátrio passou a aceitar o direito dos indígenas de continuarem a ser índios, livres da obrigação de um dia serem integrados na sociedade nacional como trabalhadores" (FILHO, 2020, p. 243).

Diante dessa situação jurídico-normativa, em que há normas pré-constitucionais de cunho integracionista, que conflitam materialmente com normas constitucionais de cunho multiculturalista, chega-se à constatação de que:

> [...] os dispositivos do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973, forjados sob a óptica assimilacionista, vale registrar, que visava a total incorporação dos índios ou de suas comunidades à sociedade nacional, com a perda da sua identidade étnica ou cultural, não foram recepcionados pelo novo sistema constitucional implantado a partir de 1988. (SANTOS FILHO, 2005, p. 45) (Destaque nosso).

Inclusive, releva destacar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reconhece, de modo explícito, que os dispositivos do Estatuto do Índio integracionistas não foram recepcionados pela Carta Magna, conforme se infere do Manual da Resolução nº 287/2019:

> O marco normativo vigente de proteção aos povos indígenas se baseia, primeiramente, na Constituição Federal de 1988, a qual determina a valorização da diversidade cultural e o respeito à pluralidade étnica. A vigência da Constituição Cidadã marcou a **superação do paradigma integracionista**, que vinha expresso na Lei nº 6.001/73, o Estatuto do Índio, cujo propósito era o de que o indígena assimilasse os valores da "comunhão nacional" e, progressivamente, perdesse suas características culturais como língua, religião, costumes e desaparecesse como grupo étnico diferenciado. Com isso, tornou-se incompatível com a ordem constitucional vigente o tratamento

> jurídico da questão indígena por meio das categorias de civilizados, de aculturados ou não aculturados, aldeados e não aldeados, integrados ou em vias de integração (CNJ, 2019, p. 12 - grifo nosso).

Dessa maneira, "desde o momento em que a Carta Política liberta-se do intuito integracionista, não há mais razão para diferenciar entre os indígenas tomando como parâmetro a nossa civilização" (BECKER; SOUZA; OLIVEIRA, 2013, p. 14). Assim, evidenciada está a existência do conflito material havido entre os dispositivos do Estatuto do Índio de 1973 de cunho integracionista e as normas da Constituição Federal de 1988 de cunho multiculturalista, o que converge para a revogação tácita de parte da Lei nº 6.001/73.

A questão é que, em que pese a conclusão pela não recepção, até o momento do fechamento desta pesquisa, o STF não reconheceu a superação do paradigma integracionista e a substituição pelo parâmetro multiculturalista, muito pelo contrário, insiste em negar as garantias asseguradas aos indígenas à luz do ultrapassado pensamento integracionista. A exemplo:

> IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **ÍNDIO**. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. **INDISCUTIVELMENTE INTEGRADO**. TUTELA DA FUNAI. DESNECESSÁRIA. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. DESNECESSÁRIA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE E DO ÍNDIO. EXTRAÇÃO INDEVIDA DE MADEIRA. ACORDO FIRMADO COM ÓRGÃOS PÚBLICOS. INOBSERVÂNCIA DOS TERMOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. NULIDADE.
>
> 1. A proteção conferida aos índios pela legislação pátria diz respeito exclusivamente aos índios não integrados, conforme arts. 4º, III; 7º da Lei nº 6001/71. O réu em ação civil pública por improbidade administrativa, índio, e servidor público federal, Chefe do Posto Indígena de Guarapuava, é **evidentemente integrado à sociedade**, cessando a tutela e qualquer necessidade dela pela FUNAI/União. [...]
>
> (STF. RE 1093407. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 23/08/2018. Publicação: 28/08/2018) (Destaquei).

Essa ausência de reconhecimento expresso da Suprema Corte sobre a mudança de paradigma, em se tratando de direito indígena, resulta das profundas diferenças de dois mundos: um, caracterizado pelas formalidades; outro, pelas tradições que, em regra, não prevê a resolução de conflitos tal como nos impõe o poder judiciário brasileiro. O fato é que esses dois mundos se aproximam cada vez mais e caberá aos operadores do Direto colocá-los em diálogo (VILLARES, 2010, p. 27).

Portanto, vê-se que, na prática, a evolução do direito indigenista no Brasil ainda se encontra embrionário, seja em decorrência das lacunas na legislação brasileira, seja em decorrência da renitência do Poder Judiciário e de suas amarras a um pensamento retrógado e etnocêntrico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando do início da pesquisa, constatou-se que a Lei nº 6.001/73 contém dispositivos de cunho integracionista, ou seja, que categoriza os indígenas de acordo com o nível de integração à sociedade majoritária, e que, por outro lado, a Carta Magna de 1988 trouxe o paradigma multiculturalista.

Diante desse entrevero jurídico-normativo, surgiu a necessidade de analisar se referidos dispositivos, devido sua natureza pré-constitucional, passaram pelo crivo da recepção material da Constituição Federal de 1988. Para tanto, foram examinadas as raízes históricas do pensamento integracionista, desde a época do descobrimento do Brasil, passando pelo período colonial, até desaguar no republicano, bem como analisado todo o panorama jurídico-histórico em que foi editada a Lei nº 6.001/73.

Com a pesquisa, verificou-se que a Constituição Federal de 1988, de fato, não recepcionou os dispositivos do Estatuto do Índio de cunho integracionista, com base na revisão doutrinária de Becker; Souza; Oliveira (2013); Filho (2020); Santos Filho (2005); Souza Filho (1993); Villares (2010); e Vittorelli (2018), de diplomas nacionais e internacionais e da jurisprudência do STF, que revela a resistência em reconhecer o multiculturalismo.

Tal conclusão demonstra que o problema da pesquisa restou respondido, com a confirmação da hipótese, corroborando a tese jurídico-constitucional da não recepção do integracionismo indígena pela Carta Magna de 1988.

Ainda, é de se destacar que o trabalho sofreu limitações bibliográficas, em razão da pouca publicação de doutrinas específicas sobre a temática e pela jurisprudência do STF ainda muito resistente em enfrentar e decidir a matéria. Daí a importância de que outras pesquisas sejam realizadas e aprofundadas, até para que se possa mobilizar os operadores do direito, por meio dos instrumentos processuais cabíveis, a provocarem a Suprema Corte para, expressamente, reconhecer que o integracionismo restou superado, o que refletirá no ordenamento jurídico como um todo e na edição de futuras legislações sobre o direito indígena.

Afinal, no Brasil, o reconhecimento de um direito não significa sua garantia. É o que acontece com o direito indígena, pois, embora garantido pela Carta Magna, não foi reconhecido pelo Judiciário, que ainda se encontra preso às amarras do pensamento integracionista do período colonial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria R. Celestino. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

AMADO, LUIZ HENRIQUE ELOY. **Vukápanavo o despertar do povo terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político**. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 241.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. (Global). **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas.** Disponível em:https://trabalhoindigenista.org.br/relatorio-da-onu-apresenta-grave-situacao-dos-povos-indigenas--no-brasil/. Acesso em: 24 mar 2021.

BECKER, Simone; SOUZA, Olivia Carla Neves de; OLIVEIRA, Jorge Eremites de. **A prevalência da lógica integracionista: negações à perícia antropológica em processos criminais do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**. Etnográfica, vol. 17 (1) | 2013, 97-120.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 de mar 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, Estatuto do Índio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 24 mar 2021.

BRIGHENTI, Clovis Antonio. **Estrangeiros na própria terra: presença Guarani e Estados Nacionais.** Florianópolis: EdUFSC; Chapecó: Argos, 2010.

CAMINHA, Pero Vaz de. **Carta a El Rei D. Manuel**. São Paulo: Dominus, 1963.

CNJ. **Manual Resolução nº 287/2019.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

COELHO, Mauro C.; QUEIROZ, Jonas M. **Amazônia: modernização e conflito (séculos XVIII e XIX).** Belém: UFPA/Naea, 2001.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Imagens de índios do Brasil: o século XVI. Estudos Avançados.** São Paulo, v. 4, n. 10, set-dez. 1990.

FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira. **Panorama do tratamento penal dos povos indígenas no Brasil**. In AMADO, Luiz Henrique Eloy (org.). Justiça criminal: povos indígenas do Brasil. São Leopoldo: Karywa, 2020.

GOMES, Mércio P. **O índio na história: o povo Tenetehara em busca da liberdade**. Petrópolis: Vozes, 2002.

HOLDER, Julianne; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. **Proteção à identidade indígena e quilombola: uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional.** Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 4, n. 02. UFRN, 17 out. 2013.

KAYAPÓ, Edson. A diversidade sociocultural dos povos indígenas no Brasil: o que a escola tema ver com isso? In: SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO (Org.). **Culturas indígenas, diversidade e educação**. Rio de Janeiro: Sesc, Departamento Nacional, 2019.p. 158.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá. 2005, p. 45-49.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Os direitos dos indígenas no Brasil. In: SILVA, Aracy L.; GRUPIONI, L. D. Benzi (Org.). **A temática indígena na escola: subsídios para professores de primeiro e segundo graus.** São Paulo: Global; Brasília: MEC/Mari/Unesco, 2004.

SILVA, Tédney Moreira da. A necessidade de perícia antropológica de indígenas no processo penal. In AMADO, Luiz Henrique Eloy (Org.). **Justiça Criminal: povos indígenas do Brasil**. São Leopoldo: Karywa, 2020.

SOUSA, MAYCOM CLEBER ARAÚJO. **O encontro cultural entre jesuítas e povos indígenas no Brasil colonial: a construção da mediação do outro, para si próprio.** ANPUG – 30º Simpósio Nacional de História. 2019. Disponível em: https://www.snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1564084130_ARQUIVO_OENCONTROCULTURALENTREJESUITASEPOVOSINDIGENASNOBRASILCOLONIALACONSTRUCAODAMEDIACAODOOUTRO,PARASIPROPRIO.pdf. Acesso em: 18 mar 2021.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Tutela aos índios: proteção ou opressão?** In: SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera; SANTOS, Anderson. **Direitos constitucionais e povos indígenas: apontamentos sobre a disputa pela efetivação do direito fundamental às suas terras tradicionais**. Edição Tellus, ano 2020, n. 42, maio/ago. 2020. Disponível em: https://www.tellus.ucdb.br/tellus/article/view/680/746. Acesso em: 23 mar 2021.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito penal na ordem jurídica pluriétnica**. In VILLARES, Luiz Fernando (org.), **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba, Juruá Editora, 2010.

VITTORELLI, Edilson. **Coleção Leis Especiais para concursos: Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973**. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2018.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UM ESTUDO DO ATUAL CENÁRIO NACIONAL E SUA ADEQUAÇÃO À NORMA

Lucas Corrêa dos Santos[41]
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza[42]

INTRODUÇÃO

Cada ação humana necessita de dados ou gera alguma espécie de informação. O mundo foi-se aprimorando digitalmente ao ponto do ser humano viver cercado de sistemas computacionais que geram essas informações baseados em suas atitudes. A todo momento, pegadas (*footprint*[43]),

41 Graduando em Direito– Universidade Tiradentes – UNIT.

42 Pós-doutoranda em Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria (Itália); pós-doutora em Direito e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA; doutora em Educação e mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe – UFS; especialista em Combate à corrupção: prevenção e repressão aos desvios de recursos públicos pela Faculdade Estácio CERS; especialista em Direito do Estado e em Direito Municipal pela UNIDERP; especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes – UNIT; especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe – UFS; professora titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos – DPEJDH/UNIT/CNPq; advogada.

43 Informações pessoais compartilhadas ativa ou intencionalmente na internet, como as publicações e comentários nas mídias sociais, fotos etc.

rastros (*traces*[44]) e as chamadas sombras digitais (*shadows*[45]) são coletadas e, juntas, podem compor a identidade de uma pessoa, bem como, utilizadas de diversas maneiras para se obter variados resultados.

A partir da década de 90, com o nascimento da internet, o armazenamento de informações passou a ter valor econômico. Durante muitos anos, o tratamento dos dados era indiscriminado e sem controle legal, mas com o desenvolvimento social e a constante transformação digital, onde o modelo de negócios integra uma movimentação de dados colossal e internacional, surgiu a necessidade de estabelecer o compromisso das instituições com os titulares dos dados, garantindo a proteção dos direitos humanos fundamentais, já previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948.

Dada sua importância no ambiente da gestão empresarial e *compliance*[46], há quem diga que os dados são o "novo petróleo" e por conta de seu grande valor veio a necessidade de proteção dessas informações, levantando o debate mundial sobre segurança e privacidade. Como resultado das discussões internacionais, surgiu o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, que teve forte influência para a criação da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) no Brasil.

A LGPD foi promulgada em agosto de 2018, e surgiu alterando o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), criando uma regulamentação que padroniza os atributos qualitativos de proteção de dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Contudo, muito se debate atualmente com relação à absoluta efetividade de sua aplicação, visto que, desde sua vigência inicial, o dispositivo vem passando por alterações e longos processos de criação e constituição de elementos fundamentais (ANPD, CNPD) para sua aplicabilidade total. A vigência desta Lei ocorreria inicialmente em agosto de 2020, mas foi adiada até sua entrada em vigor no dia 18 de setembro do respectivo ano,

---

44 Informações pessoais compartilhadas passiva ou inconscientemente, como histórico de buscas na rede, IP, localização, configuração de browser, entre outras.

45 Informações pessoais que são compartilhadas por terceiros, como fotos, menções, depoimentos etc.

46 Manter-se em conformidade com as obrigações legais da empresa, com a governança corporativa e com padrões éticos de conduta.

conforme Medida Provisória nº 959, sancionada pela Presidência da República. No ano de 2019, foi sancionada a Lei nº 13.853/2019, alterando a Lei nº 13.709/2018 e criando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), este que é considerado órgão de extrema importância, na medida em que é o responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da lei.

Vale destacar que se trata de uma lei que exige adaptações de organizações de todos os segmentos e tamanhos, como hospitais, farmácias, escritórios de advocacia, profissionais autônomos, e até mesmo repartições públicas. Bastante aguardada pelo cenário nacional e internacional, cria uma regra de tratamento único para todos, gerando um cenário de segurança jurídica e melhor relação do Brasil com os demais países engajados na causa.

É notório que, mediante o volume e variedade de informações pessoais cedidas constantemente, uma gestão responsável por parte das organizações garante resultados positivos e gera uma boa relação comercial entre titular e controlador. Por essa razão, o gerenciamento inapropriado e a adequação incorreta podem repercutir em diversos problemas para as organizações, como também, sérias violações aos direitos fundamentais do cidadão. Desta forma, a Lei nº 13.709, em sua essência, busca reafirmar o compromisso das instituições com os cidadãos titulares das informações, protegendo os direitos fundamentais e estabelecendo uma série de princípios e medidas de controle técnico a serem cumpridos.

Além do mais, é necessário levar em conta a digitalização exponencial de serviços impulsionados pelo momento de pandemia mundial do coronavírus (Covid-19). Dados como CPF, RG, nome completo, endereço, endereço eletrônico, data de nascimento, localização geográfica, posts e comentários nas mídias sociais, check-ins, fotos, IP, configuração do computador e *browser*, IMEI do celular, comentários, preferência por produtos, entre outros. Trata-se de uma infinidade de tipos de informações que são facilmente coletadas na rede, tanto por organizações do setor privado ou público, quanto por pessoas físicas, com destino a inúmeras finalidades, legais e ilegais.

Observando os fatos, o presente estudo tem o objetivo de compreender o cenário de adequação das organizações nacionais à LGPD, bem como apresentar a fragilidade dos dados pessoais e dos direitos fundamen-

tais. O trabalho foi norteado pelos presentes questionamentos: como se encontra a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados nas organizações diante do atual cenário de risco digital?

A abordagem metodológica utilizada foi a qualitativa e exploratória com um raciocínio científico indutivo, realizado através de pesquisa bibliográfica, utilizando livros, artigos de periódicos, jornais eletrônicos e profundo estudo de caso com relação à norma positivada.

1. LGPD E SUA PRERROGATIVA

Quando se tem um conjunto de dados, não é apenas uma coleção de pontos de dados, é uma coleção de pontos de dados sobre pessoas, sobre indivíduos. No ambiente comercial, as empresas possuem os chamados "registros", informações que servem de identificação de um indivíduo, como por exemplo, uma base de dados com nome, CPF, endereço e informações de cartão de crédito ou, até mesmo, um registro de saúde com o nome do segurado e informações de pagamento. Dados valiosos, e por vezes sensíveis[47], que necessitam de um cuidado excepcional em todos os processos de tratamento.

No Brasil, a Lei Geral De Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) é resultado da necessidade de proteger e respeitar os direitos dos cidadãos. O dispositivo busca controlar a forma como as empresas coletam e utilizam os dados pessoais que têm em seu poder, além de adequar o tratamento dos dados à era digital e defender a liberdade e a privacidade. A referida lei garante que todos que realizarem o tratamento de dados o faça da maneira mais correta e transparente possível, independente do meio (físico ou digital), e que siga e defina ao menos um dos requisitos seguintes: o tratamento de dados deve ser executado no território nacional; o tratamento de dados deve ter o objetivo de disponibilizar bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional e que os dados tenham sido coletados no território nacional.

47 Dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

A LGPD visa estimular a aplicação de seus dispositivos em caráter preventivo, incorporando o conceito de *Privacy for Design*[48] (PbD), que passa a ser imprescindível em processo de coleta de dados, armazenamento, transformação, circulação e uso dos mesmos. Toda etapa de passagem das informações deve ser orientada pela boa-fé e pelos princípios apresentados pela lei, que são: princípio da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, transparência, segurança, responsabilidade e prestação de contas. O desrespeito às regras será penalizado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), criada pela Lei nº 13.853/19, a qual cabe a responsabilidade pela fiscalização do cumprimento da lei e aplicação das penalidades. É importante enfatizar que o comando legal é dirigido não só para o campo técnico, como também ao administrativo. Desta forma, pessoas e processos também serão responsabilizados pelos dados.

Posto isso, a LGPD torna-se um marco na história da garantia dos Direitos Humanos no Brasil, preenchendo uma lacuna no ordenamento jurídico e se fazendo fundamental visto a necessidade de assegurar a garantia dos direitos de titularidade dos dados pessoais, juntamente com os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade na era digital.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir do momento que se iniciou a revolução digital, também conhecida como a Terceira Revolução Industrial, surgem a todo momento novas tecnologias que alteram o modelo do relacionamento social, ou o que os contratualistas denominam de "contrato social[49]". O ser humano, como indivíduo passou a ser constantemente observado e avaliado por diversos agentes, onde é possível extrair "valor" de toda e qualquer in-

48 Proteção de dados pessoais desde a concepção de sistemas, processos, produtos ou qualquer outro projeto que tenha relação com tratamento de dados pessoais. Garantindo privacidade durante todo o ciclo de vida do dado pessoal.

49 Teoria utilizada especialmente pelos filósofos contratualistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Onde o ser humano vivia no chamado Estado Natural - estado de natureza -, e visando sua segurança busca alguém maior e imparcial, a fim de garantir seus direitos naturais. Deste modo, o ser humano aceita abdicar da sua liberdade para se submeter às leis da sociedade e do Estado, mas por outro lado, o Estado também se compromete em defender o homem, o bem comum e promover condições para que ele se desenvolva.

formação pessoal cedida por ele. Informações que hoje são coletadas, por exemplo, através de rede sociais e sistemas inteligentes de análise de dados, traduzidas em um perfil pessoal que será alvo de uma infinidade de ações de natureza comercial, pessoal ou até mesmo política.

Nesse contexto de grandes mudanças, a privacidade tem sua função social e política designada para além da esfera privada e passa a constituir também a cidadania. Afasta-se de ser unicamente o "direito de ser deixado só" e "volta-se para a direção da ideia de uma tutela global das escolhas da vida contra qualquer forma de controle público e de estigmatização social, em um quadro caracterizado pela liberdade das escolhas existenciais e políticas" (RODOTÀ, 2008, p. 129).

Na corrida pela proteção das informações pessoais, a União Europeia se tornou referência mundial na garantia dos direitos fundamentais, em especial a liberdade e a privacidade, ao implementar, em 2016, a *General Data Protection Regulation*[50] (GRPD). No cenário nacional, em agosto de 2018 o Brasil cria a Lei nº 13.709 ou Lei Geral de Proteção de Dados, inspirada, especialmente, no Regulamento Europeu de Proteção de Dados (PINHEIRO, 2018, p. 16). A LGPD reconhece a proteção de dados como direito inerente ao indivíduo, indispensável para o desenvolvimento pessoal e coletivo. Regulamentando a Constituição no que abrange os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e personalidade.

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018, s/n).

Já na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X, é por intermédio da referência "inviolabilidade da intimidade e da vida privada" que ser promove a garantia do direito à privacidade.

---

50 10 Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - Regulamento do direito europeu sobre privacidade e proteção de dados pessoais, aplicável a todos os indivíduos na União Europeia.

> X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988, Art. 5º).

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2012, p. 141) ministra que "sob a denominação, "privacidade" cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados à público" e que "incluem-se nos direitos à privacidade os direitos à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem."

Martha Gabriel (2018, p. 66), em seu livro *Você, eu e os Robôs: pequeno manual do mundo digital*, elucida e exemplifica o poder da privacidade e a necessidade de ser ter controle sobre quem você é e "quem" ou "o que" você apresenta.

> A questão do controle da privacidade é essencial devido ao poder que outorga, não formal, mas inquestionável, a quem detém as informações do indivíduo. A preocupação é que esse poder pode ser usado de forma benéfica ou não, ética ou não, legal ou ilegal, ajudando ou prejudicando aquele indivíduo. Conhecer aquilo que motiva as pessoas a agir possibilita: a) influenciar essas pessoas – tanto para o bem (melhorar serviços, produtos, tratamento dessas pessoas) como para o mal (manipulando-as) e; b) prever ou analisar seus comportamentos. (GABRIEL, MARTHA, 2018, p. 66).

O professor Eduardo Tomasevicius Filho (2014, p. 166), em seu artigo "Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada.", realiza uma análise primorosa e completa da importância da proteção do direito à privacidade na era da Internet ao traçar um paralelo com a grande obra "1984" de George Orwell, e conclui:

> Apesar de todas essas dificuldades, impõe-se reconhecer que a privacidade é importante para o desenvolvimento humano, porque se tornaria insuportável viver em um mundo em que todas as pessoas pudessem ter acesso aos pensamentos, sentimentos, sonhos, ações e omissões das demais, tal como George Orwell procurou exemplificar por meio do livro 1984. A própria mente humana desen-

> volveria mecanismos de defesa, por meio da loucura, para que a pessoa voltasse a ter a possibilidade de viver em um mundo paralelo ao da realidade. Continuam como direitos fundamentais o direito de estar sozinho, sem sofrer invasões de terceiros, ao lado do reconhecimento de que o acesso desnecessário ou abusivo a informações privadas pode resultar na destruição da integridade psíquica de uma pessoa, causando-lhe danos, muitas vezes, irreparáveis, como a perda de oportunidades de desenvolvimento pessoal e humilhações em suas redes de relacionamentos. (TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 166).

Buscando uma segurança jurídica maior e um sinal de evolução no que diz respeito à proteção dos direitos atinentes à privacidade, bem como um compromisso do país de seguir a tendência global de proteger o livre acesso e uso dos dados pessoais, novas ações seguem sendo aplicadas. Tal como o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/2019, que inclui no art. 5º, XII, da CF/88, "o direito à proteção de dados pessoais, inclusive no meio digital", colocando a proteção de dados no rol dos direitos fundamentais e firmando a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Aliás, convenientemente, em maio de 2020 houve o julgamento da Medida Provisória nº 954/2020 pelo STF, decisão considerada um marco na proteção dos direitos fundamentais no Brasil. A MP permitia o compartilhamento de dados de clientes de empresas de telefonias com o IBGE, para a produção de análise estatística durante a pandemia da Covid-19. O plenário do STF, suspendeu a eficácia da Medida Provisória por maioria. Com este julgamento já foi possível firmar o entendimento consoante com a PEC 17/2019, onde o compartilhamento proposto pela MP violaria o direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados, fazendo-se assim, um julgamento pioneiro por parte do STF, que reconheceu a existência do direito fundamental a tutela dos dados pessoais, sendo um grande avanço para o direito constitucional.

O Brasil, apesar de estar atrasado em relação a legislações como a da União Europeia, o legislador vem demonstrando preocupação com o tema, sendo entregue, à primeira vista, o cuidado devido com os direitos

do cidadão, o que demonstra o compromisso do Brasil com a busca pela proteção de dados.

3. CENÁRIO NACIONAL

3.1. ESTRUTURAÇÃO

Apesar de haver um avanço significativo na legislação brasileira no que diz respeito a garantia dos direitos fundamentais e da proteção de dados pessoais, ainda há empecilhos em algumas peças fundamentais para a execução formal e completa da norma. Questões como planejamento incorreto na organização da estrutura que dará orientação e suporte ao cumprimento da lei são alguns dos elementos que formam um cenário de problemas que só prejudicam a sociedade.

Os obstáculos começam a surgir quando a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que é o órgão com papel mais importante na garantia da execução da lei, se encontra em processo de estruturação atrasado. Em janeiro de 2020, o órgão divulgou sua agenda de prioridades até 2022, mas o documento revelou novas preocupações, uma vez que há prazo de início para os trabalhos, mas não tem data limite para que as regas saiam do papel. A partir de agosto de 2020 poderão ser aplicadas advertências, multas bloqueios e suspensões, porém, a ANPD ainda precisa determinar quais critérios serão utilizados. De acordo com a agenda, os estudos das medidas iniciam no primeiro semestre de 2021, mas sem data para conclusão. Desta forma, caso as regras não sejam finalizadas até agosto, o órgão só poderá fiscalizar, mas não multar. Havendo a possibilidade até de adiar, mais uma vez, o prazo de aplicação das sanções.

Outro ponto que revela a fragilidade do cenário é a ausência do CNPD (Conselho Nacional de Proteção De Dados) na agenda de prioridades da ANPD. O aludido Conselho será formado por representantes da sociedade civil e do poder executivo, com o objetivo de auxiliar a Autoridade na definição de prioridades e políticas públicas.

Tal cenário cheio de incoerência, adiamentos e incertezas instiga o meio social a dar pouco importância a um tema tão relevante, sensível e urgente, como é a segurança da informação, o que levanta outra questão derivada da má estruturação do ambiente de proteção de dados que vem

sendo desenvolvido. Por esse motivo, algumas empresas desconhecem o tamanho do problema que podem entrar ao não darem o devido valor as medidas de proteção impostas pela LGPD. Uma das complicações que podem surgir futuramente está relacionada à vigência da lei e a aplicação das multas. Se engana quem pensa que empresas estão livres para se adequarem até agosto de 2021, que é a data de aplicação das sanções. Acontece que as sanções começam a ser aplicadas nesta data, mas os direitos dos titulares de dados começaram a valer a partir da sua vigência. Desta forma, caso algum titular sinta que há violação de algum direito referente as suas informações ele já pode ajuizar ação na justiça contra a empresa.

Este contexto apresenta elementos com atribuições importantíssimas, que carregam grande responsabilidade, mas ainda não executam suas funções, fragilizando e atrasando todo o cenário de adequação nacional.

3.2. ADEQUAÇÃO

O cenário de adequação começa a se movimentar a partir de 2020 com a vigência da lei, mas ainda caminha a passos curtos. Em escala nacional poucas empresas buscaram o real compromisso com a adequação à Lei e, em razão disso, surge a preocupação, visto que as empresas possuem até agosto de 2021 para se alinharem as novas regras e então começará a ser aplicada as sanções da LGPD.

Conforme o Índice LGPD ABES, realizado e divulgado pela ABES (2021) (Associação Brasileira das Empresas de Software), em aproximadamente 900 empresas, o número de empresas que descumprem as exigências da nova lei se aproxima dos 60% e somente 38,91% atendem aos requisitos da LGPD. Entre as empresas respondentes, 28,4% já sofreram incidente de violação nos últimos dois anos e 74,5% realizam coleta de dados considerados sensíveis (ABES, 2021).

Além desses dados, outro estudo importante para a compressão do cenário nacional de proteção de dados é o realizado pela Marsh/JLT, em 2019, com 200 empresas brasileiras de médio e de grande porte. O estudo aponta que 46,3% das empresas participantes consideram relevante, mas a segurança não é prioridade contra os ataques cibernéticos e, ainda, 44,2% não possuem sequer planos de contingência ou orçamento para combater incidentes virtuais (FREITAS, 2019).

Vale lembrar que, no cenário atual, os riscos aumentaram exponencialmente devido à transformação digital impulsionada pela pandemia do coronavírus Covid-19, que mudou por completo o âmbito econômico mundial, no qual as empresas procuram focar seus esforços na criação de ações para sustentação dos negócios. Essse fator, somado às indefinições em relação à vigência da Lei reduzem o interesse das organizações em aplicar as medidas exigidas.

As empresas, via de regra, investem de forma moderada recursos em inovação, tecnologia e informatização, o que ocasionalmente necessita de investimentos mais elevados. Todavia, não dispensam atenção aos riscos da incorporação de toda essa tecnologia. A vista disso, em casos de interrupção ou paralisação na produção, no processo de distribuição ou mesmo em um vazamento de dados de clientes, os resultados podem ser desastrosos e causar prejuízos significativos à empresa, mas é a vulnerabilidade e os riscos constantes dos dados pessoais que mais preocupa.

Os reflexos dessa falta de adequação em meio ao atual ambiente de risco recorrente, são as constantes violações de dados pessoais que ocorreram em 2020. Casos como o vazamento da foto do, até então, candidato a Presidência da República, Jair Bolsonaro, na sala de cirurgia do hospital receber uma facada durante campanha; a companhia aérea Easyjet que após um ciberataque teve dados de cartões de crédito de mais de dois mil clientes expostos; a OAB que teve dados pessoais de advogados expostos. Em 2021 houve o maior vazamento de dados da história do Brasil, 223 milhões de brasileiros tiveram suas informações vazadas.

4. RISCOS E CONSEQUÊNCIAS

4.1. RISCOS

Esta é a Era digital, onde o consumo e produção de dados em massa se faz substancial na atual sociedade da informação. Onde o indivíduo se torna um "Hyperlink Humano", expressão utilizada por David Lyon na introdução de Vigilância Líquida, de Zygmunt Bauman (2013). Nesse sentido, para o autor "Use um bracelete de silício com um QR como acessório da moda, e basta sussurrar "me escaneie". Isso faz com que se

abra uma página da web com seus dados de contato, links de mídia social e todo o resto. Você é um hyperlink humano."

Por se tratar de informações importantes e com valor inimaginável aos olhos do inexperto, e por vezes sensíveis, em posse errada ou utilizadas de forma incorreta podem desencadear uma série de problemas ao titular e à empresa. As informações podem utilizadas para influenciar pessoas, onde os dados são vendidos para profissionais, como por exemplo, *marketing*[51] e *spammers*[52], com o objetivo de disparar publicidade personalizada. Mas também estão sujeitos a outras práticas, no qual os possuidores das informações aproveitam de detalhes particulares expostos, como os nomes completos, números de telefone e e-mails, onde podem ser utilizados em uma série de fraudes, chantagens e inúmeras outras aplicações. Dependendo do número de informações reunidas no banco de dados vazado, apenas com CPF, nome completo, data de nascimento e telefone um golpista pode obter, em nome do titular, um cartão de crédito, empréstimo, contratar serviços (Telefonia ou Internet), solicitar informações sigilosas (Senha de banco ou Aplicativos), etc. Uma infinidade de possibilidades existentes, dependendo apenas da criatividade e ardilosidade do possuidor dos dados.

O relatório publicado pela IBM Security e conduzido pelo Instituto Ponemon (2020), revelou que mais da metade das violações a dados pessoais no Brasil são causados por erro humano e falhas de sistemas (25% e 28%, respectivamente), nos quais ataques maliciosos representam, surpreendentemente, 47% das causas de violações de dados pessoais. O mesmo estudo ainda revela que 80% dos vazamentos, em nível global, são de registros contendo informações pessoais de clientes, com um prejuízo médio de US$ 150 por registro vazado.

Deste modo, o erro humano torna-se um risco consideravelmente menor em relação a proporção de vazamentos de dados por falhas de sistemas e ataques maliciosos. Assim, como o erro humano depende exclusivamente da ação humana, exigir soluções para tal problema não é tão complicado, ou pelo menos não deveria ser. Soluções mais simples como a capacitação dos colaboradores podem evitar diversos problemas. Ainda as-

51 Área profissional com objetivo de descobrir o perfil do cliente, conhecer melhor o seu público-alvo e criar estratégias a fim de chamar sua atenção e conquistá-lo.

52 Indivíduo que envia propaganda eletrônica não solicitada e maliciosa, chamadas de Spams.

sim, a proporção de falhas de sistemas somada a ataques maliciosos resulta em 75% dos riscos. O número assusta quando se leva em consideração que tamanha vulnerabilidade concentrada unicamente no ambiente digital, onde medidas de prevenção e proteção podem ser demasiadamente mais complexas, exigindo investimentos maiores e níveis de segurança de ponta a ponta. Inclusive, o período de pandemia global agravou ainda mais os riscos (FORTINET, 2020), levando em consideração que empresas passaram a operar virtualmente, ficando exposta ao risco de os dados pessoais dos clientes sofrerem algum tipo de descaminho ou violação, devido a fragilidades da estrutura de segurança em *home-office*.

4.2. CONSEQUÊNCIAS

A LGPD possui o caráter preventivo dos seus dispositivos, isto é, estabelece medidas de proteção antecipadas, a fim de evitar situações como as apresentadas anteriormente. As regras devem ser seguidas à risca pelas organizações que coletem, tratem ou tenham por objetivo dispor/ofertar ou fornecer bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional. Caso estas medidas não sejam cumpridas e as informações vazadas, compartilhadas ou tenham destino diverso ao permitido pela lei, serão aplicadas sanções legais e administrativas. Punições que vão de advertência até multa aplicada conforma o faturamento da organização. Na possibilidade de ser advertida, a organização contará com prazo para se adequar, ou pode receber multas diárias, relativa a 2% do faturamento da empresa, restrita ao total de R$ cinquenta milhões de reais por infração (BRASIL, 2018, s/n).

O custo médio total de uma violação de dados no Brasil é de US $ 1,12 milhão, de acordo com a IBM Security (2020), uma quantia significativa, considerando a realidade atual do cenário econômico brasileiro. Problema que pode ficar ainda maior e se transformar em um efeito dominó afetando fortemente a saúde financeira da organização, onde em razão dos custos derivados do acidente e do contencioso judicial, surge o risco de deixar a empresa em situação insustentável financeiramente. Levando em conta, também, que apesar das advertências e multas afetarem o caixa, o não cumprimento da norma reflete na reputação da empresa, fragilizando a confiança de seus produtos e serviços.

5. CONCLUSÃO

As pessoas exigem saber cada vez mais a forma como seus dados são ou serão utilizados. E em meio a constantes mudanças tecnológicas, é preocupante a situação do atual cenário de adequação nacional. Motivo que torna imprescindível a necessidade da atuação plena da ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais) e do CNPD (Conselho Nacional de Proteção De Dados), junto com a aplicação das sanções previstas em lei.

Por parte das organizações, permanecer vivo no mercado é estimada a melhor escolha a ser feita. Afinal, as empresas não podem e não devem mais ignorar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Prepararem-se desde já para a lei que já está em vigor é evitar uma infinidade de problemas que afetam ambas as partes da relação comercial. Se manter vivo no mercado é a melhor opção a ser tomada. Por essa razão, além da conscientização por boa parte das organizações em território nacional - pública ou privada-, é necessário investir em processos de adequação bem elaborados, com investimentos e consideráveis modificações em sua estrutura, em benefício da elaboração e promoção de políticas e procedimentos de segurança, além de outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais, como análise de riscos, implementação sistemas de automação de segurança, treinamento e conscientização dos colaboradores e parceiros, entre outros. Dessa maneira, há de se cumprir condições mínimas a fim de se fazer valer as regras e mitigar os riscos e violações, garantindo a segurança da informação e, por consequência, a manutenção dos direitos fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS

ABES. **Lei Geral De Proteção de Dados em Números**. Disponível em: https://abessoftware.com.br/LGPD/. Acesso em: 22 fev. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, versão Kindle.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jan 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019.** Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020.** Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8102013&ts=1598579885856&disposition=inline. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constitucional n.º 17/2019**, de 12.03.2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Brasília, 2019. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1606766520897&disposition=inline. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 954/2020, de 17 de abril de 2020**. BRASÍLIA - DF, sexta-feira, 17 de abril de 2020, seção 1. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/04/2020&jornal=602&pagina=1. Acesso em: 19 Jan 2021.

FREITAS, Gabriela. Marsh/JLT Lança Estudo sobre Segurança Cibernética. **March.** São Paulo Disponível em: https://www.marsh.com/br/

press-center/marsh-jlt-lanca-estudo-sobre-seguranca-cibernetica.html. Acesso em: 08 jun. 2020.

FORTINET. **Fortinet Threat Intelligence Insider Latin, 2019**. Disponível em: https://www.fortinetthreatinsiderlat.com/en/current/landing. Acesso em: 05 mai. 2020.

GABRIEL, Martha. **Você, eu e os robôs:** pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018.

IBMSE SECURITY. **Cost of a Data Breach Report 2020.** Disponível em: https://www.ibm.com/security/digital-assets/cost-data--breach-report/#/pt. Acesso em: 08 set. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais:** comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.16.

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (General Data Protection Regulation). **EUR-Lex.** Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679. Acesso em: 20 jan. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância** – a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **DO CONTRATO SOCIAL** (e-book). São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. (Tradução de Rolando Roque da Silva) Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

TOMASEVICIUS FILHO, E. Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, *[S. l.]*, v. 109, p. 129-169, 2014. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89230. Acesso em: 22 fev. 2021.

OS ANIMAIS COMO SUJEITOS TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO DA SENSIBILIDADE

Larissa Querem Tavares Mendonça[53]
José Gerardo Frota Parente Neto[54]
Nayla Chaves Moura Rêgo Thaumaturgo[55]
Marcus Vinícius Nogueira Rebouças[56]

INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos fundamentais, bem como a do meio ambiente, encontra amplo amparo e regulamentação na Constituição Federal de 1988 – apelidada carinhosamente como *Constituição Verde* – e em outras várias legislações específicas infraconstitucionais. Porém, mesmo com tais normatizações, predomina em nosso Ordenamento Jurídico a posição que contempla uma visão eminentemente direcionada aos seres huma-

53 Especialista em Direito Constitucional pela Damásio Educacional. Mestranda em Direito Constitucional e Teoria política pela Universidade de Fortaleza. Aluna especial da Fundação Getúlio Vargas.

54 MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Mestrando em Direito Constitucional pela Unifor.

55 Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Unifor.

56 Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza. Advogado.

nos como os únicos possuidores de direitos fundamentais. Essa concepção que privilegia a raça humana e a coloca no centro de todas as questões, inclusive as do Direito, arrasta-se século após século e possui sólidas raízes fincadas nos primórdios das discussões filosóficas que ocorriam nas ágoras das antigas cidades gregas por onde grandes nomes como Sócrates, Platão e Aristóteles debatiam a respeito da racionalidade humana e dos quesitos da supremacia do homem frente aos demais animais.

O trabalho que ora se descortina ao leitor pretende mostrar alguns dos inúmeros argumentos que dão sustentáculo ao reconhecimento dos animais como sujeitos titulares de alguns Direitos Fundamentais redirecionados, evidentemente, às suas realidades como seres subordinados à espécie humana que possui a obrigação natural de zelar, cuidar e tratá-los com o respeito devido. O foco central das argumentações irá se concentrar em torno do critério da sensibilidade, ponto central daqueles que defendem a titularidade dos animais como sujeitos efetivos de direitos.

O primeiro tópico a ser discorrido mencionará os conceitos e as diferenciações das duas principais correntes teóricas e antagônicas no âmbito em tela, a saber: a *biocêntrica* e a *antropocêntrica*. Esta última, conforme já afirmado a pouco, é a predominante em nosso Ordenamento Jurídico, contudo espera-se que este predomínio esteja em seus últimos dias em virtude do avanço do pensamento ecológico que, de forma bastante nítida, está a crescer cada vez mais no planeta. O capítulo seguinte mostrará a evolução legislativa da regulamentação dos direitos dos animais no Brasil além de fazer breves referências ao Direito Internacional sobre a matéria em questão. O último ponto desenvolverá os argumentos que justificam a escolha do critério da sensibilidade como o fundamento maior para aqueles que lutam pelo reconhecimento da titularidade dos animais como possuidores de direitos.

Conclui-se que a corrente biocêntrica, que cada vez mais ganha novos adeptos, deve buscar ser a prevalecida para que os animais possam ser reconhecidos efetivamente como sujeitos titulares de alguns Direitos Fundamentais. Com relação à metodologia, a pesquisa é bibliográfica, fundamentada em teses de dissertações, artigos científicos e algumas obras, destacando-se o método dedutivo e a abordagem exploratória.

O objetivo do presente trabalho é analisar, apontar e descrever as principais argumentações, legislações e critérios que servem de apoio e

substância para a defesa dos animais como verdadeiros sujeitos titulares de alguns Direitos Fundamentais. Por fim, posiciona-se a favor da eleição do critério da sensibilidade como o mais apto a justificar a escolha da corrente de pensamento voltada ao biocentrismo, tido como o escudo desta despretensiosa elaboração.

1. A CORRENTE BIOCÊNTRICA VERSUS A CORRENTE ANTROPOCÊNTRICA

Muito se discute acerca das correntes de pensamentos existentes no âmbito daquilo que é por alguns denominado "Direitos dos Animais". Verificam-se dois grandes posicionamentos que preponderam nessa temática e que giram essencialmente em torno da possibilidade ou não de os animais serem sujeitos de direitos.

A primeira corrente compreende que estes seres, já detentores de proteção em diversos aspectos legislativos – tanto no Brasil como em outros países –, podem ser sujeitos de direitos. A teorização deste pensamento é defendida pelos adeptos do denominado *biocentrismo* – ou *ecocentrismo*. Segundo esta concepção, nas palavras de Irvênia Prada (2008, p. 39), o pensamento biocêntrico surge tendo em vista "a necessidade de mudanças no sentido de valorizar não apenas o bem-estar do homem, mas também das outras formas de seres vivos, implicando nisso o bem comum, o bem de todo o planeta". Tal ideia está implícita na própria origem etimológica do termo: "bio" (vida) e "*kentron*" (centro).

Já a segunda corrente pontua a impossibilidade jurídica de os animais serem considerados sujeitos de direitos. Este pensamento, em contraposição ao anterior, denomina-se *antropocentrismo* por considerar apenas os seres humanos como efetivos sujeitos de direitos. Verifica-se, na composição etimológica da palavra, a junção do prefixo grego "ánthropos" (homem) com o termo "kentron" (centro), originando, assim, a ideia contida no próprio vocábulo de o homem ser o centro referencial no enfoque de qualquer concepção.

Essa visão antropocentrista existe desde a época da Grécia antiga. Vários filósofos, entre os quais, Aristóteles e Protágoras, debatiam e ensinavam nas polis gregas que a finalidade de todas as coisas era servir aos homens em suas necessidades e que os animais estariam compondo esse conjunto.

A respeito deste conceito, esclarece Edis Milaré, (2005, p.86) que o antropocentrismo é visto como uma concepção genérica que faz do homem um ser superior e foco convergente de inúmeros valores, constituindo-se, desta maneira, o centro absoluto ao redor do qual gravitam os demais seres e coisas. A concepção antropocêntrica está intrinsecamente ligada à várias áreas da sociedade e das ciências por considerar imprescindível a necessidade humana de se estabelecer como referência em todas as searas para a satisfação de seus interesses superiores de sobrevivência da espécie e de seu domínio na natureza.

Assim, por esta forma de pensamento, os animais são vistos como objetos de Direito – tal como as coisas – e, em virtude dessa caracterização, jamais poderão, como os seres humanos, ser sujeitos ativos de Direitos. Os defensores dessa corrente consideram que os animais não possuem direitos frente aos seres humanos, porém estes últimos possuem obrigações legais e morais com os animais. Aduzem que os animais não nos guardam: eles nos servem. Os seres humanos, por outro lado, são os guardiões e protetores dos animais pois eles são fundamentais para a sobrevivência de nossa espécie e, assim, devem nos servir.

Apesar da existência de várias legislações nacionais e estrangeiras que tratam acerca da proteção normativa que coíbe excessos desnecessários em termos de tratamento cruel, morte lenta com longa agonia e violência desmotivada em relação aos animais, o parâmetro antropocêntrico desconsidera-os como sujeitos efetivos de direitos.

2. A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS NO BRASIL

Desde os primórdios, o homem se relaciona com a natureza e com os animais. A referida relação sofreu mudanças e continua em constantes evoluções, passando por períodos diversos, como na Pré-história, em que o homem percebeu o domínio sobre esses seres vivos e os usou para satisfazer suas necessidades. Nesse sentido, percebe-se prejudicial à natureza e aos animais a exploração humana, com atitudes opressoras e de superioridade, como uso de animais para tração, a domesticação de algumas espécies, a utilização para experimentos balizada em legislações mundiais, os ritos religiosos, além do uso para o lazer. Assim, nas palavras de Jéssica

Jung (2020, p.241), iniciou-se uma relação de servidão, com base na ideia tradicional de que animais e natureza, em sua globalidade, serviam para satisfazer aos homens.

Com isso, o pensamento antropocentrista foi fortalecido por alguns filósofos ao longo da história. A exemplo de Sócrates, com a busca do conhecimento do homem por ele mesmo, confirma a dominação humana sobre o resto dos seres vivos, seguido por Aristóteles, com a afirmação de que o boi serve de escravo aos pobres. Para este pensador, o dom da palavra eleva o homem e é natural o seu domínio (CARDOZO DIAS, 2007). Ainda segundo a autora, Santo Agostinho continuou o pensamento tradicional, em seu livro a "Cidade de Deus". Ajustado para os princípios do cristianismo, afirmou que, por ordem divina, as plantas e os animais estão subordinados aos homens. Assim, a separação entre o homem e a natureza, representada, em sua maioria, por filosofias ocidentais, continuou a sustentar o cenário degradador dos animais, ancorada nas convicções do dualismo ontológico.

Com Rousseau, Goethe e Montaigne, surgiram teorias defensoras dos seres irracionais, dessa forma, este último afirmou que eles seriam como nossas famílias, opondo-se aos contratualistas Thomas Hobbes e John Locke, para quem os animais não faziam parte do contrato social, formador da sociedade, pois eram criaturas inferiores, desprovidos de vontades e de direitos e a serviço do homem, considerados meras propriedades privadas.

Nesse diapasão, para os animais e a natureza, com o passar dos anos, o próprio homem sentiu a necessidade ética e moral de posicionar-se diante das atrocidades perpetradas a esses grupos de seres vivos. Além disso, percebeu-se que, para a sobrevivência da raça humana, era imprescindível a mudança de raciocínio para com outros seres que aqui também habitam. Diante da sensível modificação no pensamento humano, Estados e sociedade iniciaram uma série de medidas como, estudos acadêmicos e científicos, movimentos civis, criação de legislações nacionais e internacionais, com o intuito de lutar pela dignidade dos animais, sujeitos de direitos, detentores de vida.

O amadurecimento da relação homem e natureza, englobando os animais, trouxe a evolução da doutrina humanista clássica para o pensamento pós-humanista, que quebra paradigmas instaurados desde o início dos tempos, com uma nova visão teórica e prática do tratamento com os

animais, conforme asseveram Soares e Rosa (2020, p. 4088). Assim, o viés da separação entre seres humanos e seres não humanos na perspectiva de sujeitos de direitos perde sentido diante de estudos que mostram os animais dotados de sentimentos, como medo, alegria, prazer, sofrimento.

Com efeito, a ciência sobre a área ambiental busca fazer o mundo reconhecer que natureza e animais, juntamente com o ser humano são essenciais, por serem detentores de dignidade. Portanto, novos valores ambientais e princípios como o do direito à vida, à liberdade, ao não sofrimento e da solidariedade para unir as espécies do planeta. Com isso, doutrinadores modernos, como Ferreira (2011) usa os termos animais humanos e animais não humanos, identificando que todos somos animais e possuímos direitos perante a esfera ética, moral e jurídica e que o antropocentrismo deve ceder lugar ao critério da sensibilidade.

A respeito dos estudos atuais sobre a causa animal, o termo especismo deve ser lembrado, pois é o preconceito que alguém tem em favor dos membros de sua espécie e se apresenta contrário aos das outras, separando-as em espécies dominante e dominada. Mostra-se um vício da sociedade humana exploradora, opressora e dividida, características ainda presentes em muitos e que necessitam ser combatidas para que possamos mudar a realidade ambiental. Exemplos de especismos são a experimentação animal e a criação de animais para alimentação.

No plano internacional, destacam-se múltiplos diplomas que visam a proteção dos animais, além de Convenções realizadas desde meados dos anos 40, tendo sido a Europa palco de muitas delas. Um exemplo é a Convenção Internacional para a Regulação da Atividade Baleeira (*International Convention for the Regulation of Whaling*), ocorrida no ano de 1948, uma das primeiras a inserir o debate sobre a questão animal no plano internacional.

A IUCI, sigla em inglês para a União Internacional para a Conservação da Natureza e de seus Recursos, também criada em 1948, foi a primeira instituição mundial criada para a proteção da biodiversidade e tem autoridade internacional no campo em que atua, contando, atualmente, com sedes em diversos países, inclusive o Brasil. A Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES), elaborada em 1973, regulando as espécies e prevenindo a extinção quando o responsável for o comércio internacional.

A Declaração Universal do Direito dos Animais, elaborada na sede da UNESCO, em Bruxelas, em 1978, foi o primeiro documento reconhecidamente internacional que previu tutelas para os animais e serve de documento legal para a causa animal aos países integrantes da ONU. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1978).

Mais adiante encontramos: a Declaração sobre Ética Experimental (Geneva, 1981); Declaração de Vancouver sobre a sobrevivência do século XXI (1979); Apelo de Sevilha contra a Violência (1986); Convenção da Biodiversidade (Brasil, 1998); Agenda 21, assinado no Rio de Janeiro na ECO-92; todos importantes instrumentos a serviço da vida no planeta. Percebe-se, portanto, a cooperação entre diversos atores em defesa dos direitos dos animais: entidades governamentais e não-governamentais; ramificações da Organização das Nações Unidas (ONU), da Organização Mundial do Comercio (OMC), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dentre outros. Este modelo, chamado *multistakeholder*, envolve diversos entes da sociedade participantes de pautas globais.

No que tange às legislações nacionais, Pereira (2015) aponta que França, Portugal e Espanha já reconhecem os animais como sujeito de direitos. A Áustria foi o primeiro país a reconhecer, em seu Código Civil, que os animais não são coisas, seguido da Alemanha e Suíça. A Bélgica possui um Conselho Nacional de proteção animal.

Ao contrário dos países citados, os animais no Código Civil Brasileiro são tidos como coisas apropriáveis, partes do patrimônio de seus detentores, ao qual possuem direitos reais sobre eles. O Princípio da sensciência animal traz a necessidade de alteração da caracterização dos animais na legislação brasileira, ainda amparada pelo Antropocentrismo. Os animais silvestres são aqui considerados como bem de uso comum do povo, sendo um bem difuso, indivisível e indisponível e os animais domésticos são semoventes, passíveis de direitos reais, como já previsto no Código Civil de 1916 e reafirmado no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Com isso, apesar da Constituição Federal de 1988 trazer conquistas na esfera ambiental, a lei ordinária ainda representa a visão tradicionalista e antropocentrista e promove obstáculos à interpretação favorável à conquista dos animais no reconhecimento dos direitos da personalidade e consequente mudança em seu *status* jurídico no Brasil.

Conclui-se que o direito fundamental dos animais está acima das leis, como algo advindo da própria condição de ser vivente, na lição de Dias (2006, p.120). Por isso, a ideia de que eles seriam bens, de propriedade particular ou da coletividade nos remete à filosofia clássica que impede a modificação lega da situação jurídica dos animais, na prática o direito à vida, ao não sofrimento, ao desenvolvimento de sua espécie e à integridade de seu organismo e seu corpo.

Diante do exposto, vê-se que é possível a alteração do quadro estabelecido para os animais no Brasil, fundamentado nos princípios norteadores da constituição. Várias são as possibilidades aventadas pelos doutrinadores brasileiros, como adequar os animais na esfera dos entes despersonalizados ou como pessoas relativamente incapazes, indo a juízo por representatividade. (SOARES; ROSA, 2020). O Poder público e a coletividade têm a incumbência da proteção dos animais e da natureza em geral. O Ministério Público, segundo a Constituição Federal, possui a responsabilidade de representá-los judicialmente, por meio de instrumentos cíveis e penais destinados para tais fins (DIAS, 2006).

O processo gradativo de conquista dos direitos dos animais resultou no projeto de Lei nº 27/2018, aprovado pelo Senado e que se encontra em análise na Câmara dos Deputados, no qual será dada natureza jurídica "*sui generis*" a eles, como sujeitos de direitos despersonificados. A lei avança para uma mudança na posição jurídica dos animais, balizada pela Constituição Federal.

Em 2020, a Lei nº 1095/2019 foi sancionada pela Presidência da República do Brasil e consistiu no aumento à punição para quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais, fato que ocasionou a mudança do art. 32 da Lei nº 9605/98, Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 2020). Um novo saber e o dever ser implícito na soberania estatal no tratamento digno a todos os que tem vida, no respeito aos sentimentos e emoções, no afastamento de práticas cruéis e degradantes. Como exemplo tem-se a vivissecção, procedimento consistente em fazer experiências com animais vivos, justificando, dessa forma, a responsabilização dos Estados e da sociedade perante toda a comunidade mundial, através de leis nacionais e internacionais capazes de punir os agressores.

O Antropocentrismo, trazido pela história desde os primórdios da relação dos animais humanos com os animais não humanos, precisa ser

revisto. Muito já foi conquistado, mas ainda se vê uma cultura especista bastante difundida, fruto de longos anos de servidão dos animais. A Emenda Constitucional Brasileira 96/2017 que trata do reconhecimento da Vaquejada como prática aceitável, privilegiando o Direito Cultural, a fim de satisfazer a vontade humana, em detrimento da dignidade dos animais, demonstra o pensamento citado anteriormente, presente em nosso dia a dia, muitas vezes de maneira desapercebida, embasado nos costumes.

O Princípio da Sensibilidade conduz a um olhar caridoso e moralmente necessário para com os animais não humanos. Como seres senscientes, não é aceitável infligir sofrimento, causar dor, medo, usar para satisfação, nem de homens e nem de animais.

3. A ACEITAÇÃO DO CRITÉRIO DA SENSIBILIDADE

Frisando-se, surgiram correntes tendentes a explicar se os animais são ou não sujeitos de direito, ou seja, sobre a proteção jurídica dos animais. Desse modo, os biocêntricos entendem que deverá existir um ramo autônomo do direito animal dentro do direito ambiental, mas os antropocêntricos entendem que, no máximo, os animais serão merecedores de proteção jurídica contra tratamentos cruéis, porém sem serem reconhecidos como titulares de direitos fundamentais. Os adeptos desta corrente biocêntrica pregam uma ampliação das garantias jurídicas de proteção aos animais, sendo a mais importante delas a defesa da instituição de direitos fundamentais aos animais.

Assevera o jurista italiano Norberto Bobbio (2004, p. 32) a possibilidade de se entrever como futuros sujeitos de direitos os animais, que sempre foram considerados pelo senso comum humano como objetos sem nenhum tipo de direito ou, no máximo, como sujeitos passivos tão somente de proteção normativa. Assim sendo, os animais, em virtude da irracionalidade inerente ao grupo, não possuem consciência do que sejam direitos. Para eles, imperam três instintos significativos oriundos sabiamente da própria natureza para a permanência e a continuidade da vida: o da alimentação; o da sobrevivência e o da reprodução. Por serem desprovidos de um pensamento racional apurado, os animais não possuem aptidão para diferenciar o que seria "instinto" e o que seria "direito". Os

seres vegetais, por sua vez, não possuem instinto, que é uma característica inerente aos animais.

Diferentemente dos vegetais, os animais, em sua grande maioria, possuem capacidade sensitiva e conseguem perceber e analisar as circunstâncias do meio em que estão. O fato de sentirem dor e de serem atingidos pelo sofrimento, pelo medo e pela tristeza, os tornam definitivamente seres especiais carecedores e merecedores da máxima proteção e cuidado por parte dos seres humanos.

Muitos defensores do pensamento biocêntrico enquadram a sensibilidade animal como um critério que em que se baseiam a maior parte das argumentações que justificam a necessidade de os animais serem considerados possuidores de direitos com reconhecida personalidade jurídica a serem representados por órgãos da sociedade, como o Ministério Público.

Em nossa legislação, o *parquet* há vários anos já representa pessoas incapazes em várias situações que se encontram devidamente regulamentadas. Pelos mesmos motivos, não seria razoável existir oposição para a representação jurídica de outros seres igualmente considerados incapazes, como os animais. Dessa forma, muito se tem evoluído a respeito da maneira como pensamos os animais. Peter Singer (2015, p. 17) traz à tona que o primeiro sinal disso ocorreu em 2008 na Espanha. Neste ano, um comitê específico do parlamento espanhol, após uma votação emblemática, declarou a possibilidade de ser concedido um estatuto jurídico a um grupo de animais (os primatas), tal qual uma coletividade de pessoa com direitos, e orientou que o governo espanhol promovesse uma declaração semelhante a nível da União Europeia.

Auferindo mais substância a este pensamento biocêntrico, impera mencionar a existência, na América Latina, de algumas constituições, especificamente no Equador e na Bolívia, que, de forma pioneira, inovaram ao tornar expresso o reconhecimento de direitos à própria natureza.

Aduz o artigo 71, no capítulo VII da Constituição do Equador, de 20 de outubro de 2008, que "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos". Este reconhecimento de direitos à natureza acaba por englobar todo o seu conjunto e inclui, desta forma, também os animais como sujeitos de direitos. Tal fato não nega que a

espécie humana, para a sua própria existência, depende do consumo da proteína animal. Já é um consenso que aqueles animais que são destinados à nossa alimentação devem ser abatidos de forma rápida e da maneira mais efetiva possível que amenize o sofrimento desnecessário. Este ponto não pode ser elencado como argumento razoável que justifique a impossibilidade do reconhecimento de direitos aos animais.

Contudo, para chegar a esta conclusão é imprescindível analisar, a priori, conforme o Art.3º, I, da Lei n° 6.938 de 1981 o conceito de meio ambiente que é: "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Dessa forma, percebe-se, de forma explícita que os animais são merecedores da tutela jurídica, visto que fazem parte do meio ambiente com uma forma de vida.

Na atualidade, percebe-se, como frisado, que há normatização do meio ambiente, além disso há uma proteção jurídica dos animais. É o caso do artigo 82 do Código Civil Brasileiro que trata dos animais, de modo, objetificado, como coisas semoventes. Outrossim, existe o Decreto-Lei n° 221 de 1967, regulamentador do Código de Pesca, além da Lei n° 9.605 de 1998, a conhecida Lei dos Crimes Ambientais, que em capítulo próprio trata da defesa da fauna; a Lei n° 11.794 de 2008, que estabelece para o uso científico de animais; Além do mais, a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225 fala sobre a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e no §1°, inciso **VII,** busca a proteção da fauna e da flora e veda, na forma da lei: "as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade". Entretanto, a mesma Constituição que protege os animais de se submeterem a tratamentos cruéis também trata que é competência dos entes federados a fomentação da produção agropecuária no artigo 23, VIII, além de no artigo 187, § 1° falar sobre o planejamento estatal da agropecuária e das atividades pesqueiras.

Com isso, não podemos afirmar ingenuamente que por existir uma regulamentação dos animais seja ela infra ou constitucional há o entendimento de que são estes sujeitos de direitos, pois a corrente majoritária, inclusive, no Brasil, é a antropocêntrica. Todavia, é necessário questionar os motivos pelos quais os animais não são sujeitos de direitos se até as pessoas jurídicas possuem capacidade jurídica, inclusive processual. Além dos

absolutamente incapazes não serem privados dos direitos. Portanto, pra que os animais não humanos sejam também detentores de prerrogativas como à vida, à integridade corporal, ao livre desenvolvimento e ao não sofrimento, é necessário o reconhecimento expresso dos animais como titulares de direitos fundamentais.

Entretanto, a corrente antropocêntrica combate veementemente a visão supracitada. Para eles, fundamentados na racionalidade e não na sensibilidade, os animais são tão somente objetos de direito e que os únicos titulares da fundamentalidade dos direitos são os seres humanos, porque com base no antropocentrismo o homem é um ser superior e ao redor dele gravitam todos os demais seres por força de um determinismo fatal (Edis Milaré, 2005, p.86). Assim sendo, há uma predominância da teoria antropocêntrica no direito ambiental brasileiro, principalmente, com a promulgação da Lei Arouca, Lei nº 11.794, de 08 de outubro de 2008. Esta lei foi criada argumentada na proteção animal, mas essa lei estabelece procedimentos para a utilização dos animais em pesquisas cientificas, apenas reiterando que não podem ser submetidos a tratamentos degradantes, contudo ao permitir a técnica da vivissecção animal oferece uma abertura pra que ainda sejam sujeitos de direitos.

Em suma, os defensores do antropocentrismo se baseiam em argumentos, como: a falta de capacidade postulatória dos animais, além da visão utilitarista de que existe uma proteção dos animais apenas pra satisfação humana e para a paz social, não significando que estes detenham algum direito. Além disso, utilizam como fundamento o direito de propriedade como o grande responsável pra distinguir pessoas de coisas ou pessoas de animais.

Existe, no entanto, a teoria que irá se basear na sensibilidade à dor (senciência) para justificar a concessão dos direitos aos animais. Essa posição tem como precursores Peter Singer, que trata que tantos os animais como os seres humanos possuem a capacidade de sofrer, logo ambos são titulares de direitos fundamentais. Além dele se tem o teórico Tom Regan, que trata o problema não está centrado no fato de os animais sentirem ou não dor, a questão é o erro do antropocentrismo em objetificar os animais e trazer como argumento que os animais existem pra servir aos seres humanos.

Por isso, parece ser coerente aceitar a teoria biocêntrica, até porque se os seres humanos são animais e não são objetificados, os animais tam-

bém não deveriam ser, espacialmente, porque possuem essa capacidade de sofrer. Salienta-se, também, que quando o 225, §1º VII da Constituição Federal determina a proibição de maus tratos aos animais está implicando que estes podem sofrer, logo deveriam ser sujeitos de direitos. Dessa forma, deve-se classificar os animas como sujeitos de direitos não humanos.

Em resumo, apesar dos animais não poderem ter identidade civil, mas se for considerado que o direito à vida é inerente a todos aqueles que vivem, que sentem, conclui-se que os animais são detentores dos direitos fundamentais. Esse reconhecimento aos poucos vem sendo previsto pela jurisprudência, como com a ADI 4983 de 2017 que declarou inconstitucional a lei estadual que regulamentava a vaquejada como prática esportiva e cultural, pois sujeitam os animais à crueldade e a ADI 1856 de 2011 que caracterizou a briga de galos como prática criminosa e atentatória à Constituição da República.

Por fim, é necessário que se compreenda que os animais são titulares de direitos, pois são capazes de sofrer, de sentir dor. Mais para isso, para que a teoria biocêntrica ganhe mais adeptos, é de suma importância que o ordenamento jurídico abarque como ramo específico os direitos dos animais, mas para tanto devem estar presentes os seguintes requisitos, quais sejam: autonomia legislativa, princípios próprios e objeto de estudo determinado. Caso contrário, os animais como sujeitos de direitos não passarão de uma mera teoria doutrinária e os antropocêntricos terão razão em afirmar que se o homem é único capaz de assumir deveres, então é também o único merecedor de ser o destinatário dos direitos fundamentais.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se que a titularidade de sujeito de direito aos animais é uma temática paradigmática no cenário jurídico. Apesar da promulgação da Constituição Federal de 1988, que garantiu uma teteia geral de proteção aos animais, ainda pairam dicotomias no que se refere à natureza dos animais, se objeto ou sujeito de direitos.

Nesse sentido, observou-se, em Direito Comparado, que teorias foram levantadas a fim de responder ao questionamento objeto de discussão nesta pesquisa, como as teorias antropocêntrica e biocêntrica, além do critério da sensibilidade como vetor de interpretação favorável aos ani-

mais. Nota-se que, inobstante tenha havido progresso no que diz respeito à proteção aos animais por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, a visão antropocêntrica ainda irradia quando o assunto é dar *status* subjetivo a esses seres. Para tanto, mostra-se necessária uma mudança legislativa mais rigorosa, inclusive, com penalidades proporcionais, àqueles que descomprimirem a lei protetiva aos animais.

Ademais, mostra-se condizente que haja uma fiscalização por parte da Administração Pública, do Ministério Público, Defensoria Pública e da sociedade civil em prol da salvaguarda dos animais, de modo a garantir qualidade e posição de sujeitos na sociedade ecologicamente equilibrada estabelecida pela Constituição Verde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 27/2018**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1595008423207&disposition=inline. Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1095/2019.** Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8062646&ts=1612461974916&disposition=inline. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. Gabinete Civil. **Lei nº 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21. Brasília, 2004. Disponível em: https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/itemlist/category/107-agenda-21.html. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. Presidência da República. **Decreto-lei nº 221**, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0221.htm. Acesso em: 24 mar. 2021

_____. Presidência da República. **Emenda Constitucional n. 96,** de 06 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. Presidência da República. **Lei nº 11.794,** de 08 de outubro de 2008. Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei nº6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. Presidência da República. **Lei nº 6.838,** de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. Presidência da República. **Lei no 6.905**, de 12 de fevereiro de 1998 – Dispõe sobre assanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. Senado Federal. **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf> Acesso em 10 mar.2021.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio; BARROS, Ana Carolina Vieira de. A era da afirmação dos direitos dos animais no cenário global e seu fundamento na solidariedade entre espécies. **Revista Brasi-**

leira de Direito Animal, Salvador, v. 13, n. 2, p. 95-109, 19 out. 2018. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+era+da+afirmação+dos+direitos+-dos+animais+no+cenário+global+e+seu+fundamento+na+solidariedade+entre+espécies&btnG=. Acesso em: 20 mar. 2021.

DIAS, Edna Cardozo. A Defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 2, n. 2, p. 149-168, jun. 2007. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10297/0. Acesso em: 10 mar. 2021.

DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de direito.** 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7667/os-animais-como--sujeitos-de-direito>. Acesso em: 25 mar. 2021.

DUTRA, Valéria de Souza Arruda. **ANIMAIS, SUJEITOS DE DIREITO OU SUJEITOS-DE-UMA-VIDA?** P. 936-956. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/valeria_de_souza_arruda_dutra-2.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

EQUADOR. **Constituição**. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição** (1948). International Convention For The Regulation Of Whaling. Washington D.C.,

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITO: CONSIDERAÇÕES PROCESSUAIS. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 6, n. 9, p. 307-353, dez. 2011. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11733/8396. Acesso em: 10 mar. 2021.

JUNG, Jéssica. Possibilidades de Classificação dos Animais no Ordenamento Jurídico. **Res Severa Verum Gaudium**: Revista Científica

dos Estudantes de Direto da UFRGS, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 240-257, out. 2020. Semestral. Disponível em: https://www.seer.ufrgs.br/resseveraverumgaudium/article/view/104155/58959. Acesso em: 12 mar. 2021.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente doutrina – jurisprudência – glossário**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal de direitos humanos**. 1948. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

PEREIRA, Diana Maria Meireles. **Animais: Sujeitos de Direito ou Direitos de um Sujeito?** 2015. 63 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Jurídico, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

PRADA, Irvênia Luiza de Santis. **Os animais são seres sencientes**. In: *Instrumento animal: o uso prejudicial de animais no ensino superior* [S.l: s.n.], 2008.

SINGER, Peter. Animal Liberation: **The Definitive Classic of the Animal Movement**. Disponível em <https://br1lib.org/book/2930813/be64b4>. Acesso em 19 mar. 2021.

SINGER, Peter. Animal Liberation: **The Definitive Classic of the Animal Movement**. Disponível em < https://br1lib.org/book/2930813/be64b4>. Acesso em 19.03.2021.

SOARES, Ivone Oliveira; ROSA, Flavio Henrique. A importância do ordenamento jurídico pátrio constitucional brasileiro no tratamento dos direitos dos animais frente à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. **Brazilian Journal of Animal and Environmental Research**, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 4087-4096, 20 set. 2020. Trimestral. Disponível em: https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJAER/article/view/21220/16920. Acesso em: 12 mar. 2021.

O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO COMO GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Necéssio Adriano Santos[57]

INTRODUÇÃO

É incontestável que o direito está atrelado ao conceito de valor. Entretanto, até que ponto se deve discutir é o grau de importância do valor na formação do direito? O mínimo existencial ecológico é um princípio que vem insculpido a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, este trabalho possui como objetivo analisar a formação do princípio do mínimo existencial ecológico, como garantidor dos direitos humanos fundamentais.

A hipótese é de que não se deve utilizar a reserva do possível como mitigação ao princípio do mínimo existencial, visto que se trata de direito fundamental. A metodologia utilizada está pautada na análise doutrinária, através da utilização de autores renomados que tratam sobre o tema. Diante disso, foi estruturado de forma lógica e sequencial, iniciando nos fundamentos do princípio do mínimo existencial, no reconhecimento de um mínimo existencial ecológico no ordenamento jurídico brasileiro, nos

57 Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE).

fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana como base para o mínimo existencial e por fim na análise da reserva do possível como mitigação de direitos.

1. FUNDAMENTOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A expressão "mínimo existencial" surgiu na Alemanha a partir de uma decisão do Tribunal Federal Administrativo, em 1953. A partir da objeção de um cidadão alemão diante da falta de vagas no ensino superior, este Tribunal reconheceu para um indivíduo carente o direito subjetivo a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência (GARCEZ, 2014).

Quase duas décadas após a decisão do Tribunal Federal Administrativo, a expressão também foi adotada pelo Tribunal Constitucional Federal, do mesmo país citado, ao reconhecer direito fundamental à garantia de condições mínimas para uma vida digna, ao mesmo tempo em que afirma que a assistência aos necessitados é um dever inquestionável do Estado, em um caso em que foi questionada constitucionalidade da garantia de pensão aos órfãos somente até completarem dezoito anos, ou, caso frequentassem cursos acadêmicos ou profissionalizantes, até vinte e cinco anos de idade. A decisão do Tribunal Constitucional Federal afirma que o Estado deve fornecer condições mínimas para uma vida com dignidade, sendo certo que tal proteção deve perdurar enquanto houver necessidade de ajuda social estatal (GARCEZ, 2014).

1.1. O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO NO BRASIL

Ainda segundo Gabriela Garcez (2014), o mínimo existencial pode ser conceituado como sendo o conjunto de bens e utilidades indispensáveis para uma vida humana digna, sem o qual o ser humano não terá sua dignidade respeitada. Consiste em um grupo menor e mais preciso de

direitos sociais formados pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. Na formulação e execução das políticas públicas, o 'mínimo existencial' deve nortear o estabelecimento das metas prioritárias do orçamento. Somente após serem disponibilizados os recursos necessários a sua promoção é que se deve discutir, em relação ao remanescente, quais serão as demandas a merecer atendimento. Esta teoria foi implementada no Brasil, através de reformas políticas e estruturais, tendo em vista que os direitos sociais têm um custo especialmente oneroso para a sua aplicação, pois são direitos universais.

Vale destacar que o legislador constituinte reconheceu expressamente o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo considerado um direito formalmente e materialmente fundamental, pois além de previsto na Lei Maior, é condição indispensável para a dignidade da pessoa humana, fonte da qual provêm todos os direitos fundamentais. Portanto, as pessoas têm direito a um mínimo existencial ecológico para gozar de uma vida digna, pois sem água limpa para beber, um ar puro para respirar e um alimento sem agrotóxicos ou outros males todos os demais direitos fundamentais ficarão prejudicados, em especial o direito à saúde (AMADO, 2015).

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se como uma extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência. De fato, nosso legislador constituinte, a par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, acrescentou, no *caput* do art. 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, que diz com o desfrute de adequadas condições de vida em um ambiente saudável, ou, na dicção da lei, ecologicamente equilibrado. O caráter fundamental do direito à vida torna inadequados enfoques restritos do mesmo em nossos dias; sob o direito à vida, em seu próprio e moderno, não só mantém a proteção contra qualquer privação arbitrária da vida, mas além disso encontra-se os Estados no dever de buscar diretrizes destinadas a assegurar o acesso aos meios de sobrevivência a todos os indivíduos e todos os povos. Neste sentido, têm os Estados a obrigação de evitar riscos ambientais sérios à vida. É sem dúvida o princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico ambiental, ostentando o status de verdadeira cláusula pétrea (MILARÉ, 2009).

De acordo com Borges (2012), o direito ao mínimo existencial ecológico encontra reconhecimento no Superior Tribunal de Justiça conforme matéria publicada no dia 31 de maio de 2010, no site do Tribunal, sob o título: Princípios de interpretação ajudam o STJ a fundamentar decisões na área ambiental. Tendo o Superior Tribunal de Justiça elencado diversos princípios de Direito Ambiental, que foram utilizados por aquele Tribunal para fundamentar suas decisões, incluindo entre eles o princípio do mínimo existencial ecológico, conceituado nos seguintes termos: Postula que, por trás da garantia constitucional do mínimo existencial, subjaz a ideia de que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionada à qualidade ambiental. Ao conferir dimensão ecológica ao núcleo normativo, assenta a premissa de que não existe patamar mínimo de bem-estar sem respeito ao direito fundamental do meio ambiente sadio.

Desse modo, todos têm direito ao mínimo existencial ecológico, princípio constitucional expresso, de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Em se tratando de norma de aplicabilidade imediata, o mínimo existencial ecológico deve ser cumprido, assegurando-se, a todos os cidadãos, o mínimo necessário ao pleno desenvolvimento socioambiental. No plano prático, configurada omissão estatal na realização de obras de saneamento básico, violado estará o mínimo existencial ecológico, sem qualquer acolhimento a teses tais como 'reserva do possível', separação dos poderes, ou da ausência de recursos do Estado. Não cabe ao Estado descumprir obrigações que fundamentam a sua própria existência, vez que sua existência visa garantir o mínimo existencial em sua plenitude (BORGES, 2012).

A ideia de um mínimo ecológico de existência implica uma série de atitudes voltadas sempre à fiel observância de padrões mínimos que estabelecem ofertar ao homem tratamento compatível com a condição de pessoa humana. Ao assegurar as prestações típicas do Estado Social de Direito, é acrescido o componente ecológico, o qual identifica o compromisso estatal de guiar suas ações, tendo por foco o equilíbrio ambiental. Há uma corresponsabilidade que se estabelece entre sociedade e Estado, na tarefa de se assegurar ao ser humano níveis considerados mínimos para uma existência conforme o conteúdo axiológico da dignidade, consagrado universalmente (DORILÊO, 2015).

1.2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO

O ser humano só gozará de vida digna quando tiver respeitados seus direitos mais elementares. Por esse motivo, ao se falar em dignidade da pessoa humana surge a ideia do mínimo existencial. Isso significa que a dignidade só ocorrerá quando o cidadão tiver acesso a trabalho, moradia, alimentos, vestuário, saúde, lazer etc. A constituição não garante apenas o direito à vida, pois vai muito além, exigindo que sociedade e Estado trabalhem em conjunto para entregarem ao cidadão uma sociedade livre, justa e solidária. Não é possível viver dignamente sem que a população tenha acesso a água potável, a serviços de coleta e de destinação adequada dos resíduos sólidos, dentre outros fatores. Logo, conclui-se que a dignidade da pessoa humana passa necessariamente pela manutenção de um modelo de desenvolvimento sustentável, pautado pela manutenção do equilíbrio ecológico (BORGES, 2012).

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do princípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica; ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade ambiental como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. A partir de tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado mínimo vital ou mesmo com o mínimo de sobrevivência, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade (RANGEL, 2014).

De acordo com Brisa Arnoud da Silva (2014), o mínimo existencial ecológico consiste na identificação entre os aspectos social e ecológico da dignidade da pessoa humana, consubstanciada pela evolução dos direitos fundamentais, através das garantias relacionadas a um conjunto mínimo de prestações de conteúdo social, econômico, cultural e ecológico, imprescindíveis para desenvolver e manter a vida em condições dignas e a

qualidade dos recursos naturais em um nível salvo de riscos e ameaças que expõem o planeta ao desequilíbrio.

O conteúdo normativo esculpido pelo direito ao mínimo existencial deve receber tratamento à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Assim, é natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam incorporados ao seu conteúdo, sob o prisma de garantir a dignidade da pessoa humana, sendo indispensáveis o equilíbrio e a segurança ambiental. Diante disso, com o intuito de promover a adequação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos (RANGEL, 2014).

A tarefa de assegurar o bem-estar, a partir da afirmação do Estado Socioambiental, alcança um panorama mais extenso em relação aos valores da sociedade e deveres de defesa e prestação para assegurar o bem-estar social. Assim, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado deve ser assegurado a todos, de forma integrada e interdependente com os demais direitos, especialmente aos indivíduos e às comunidades mais vulneráveis, para a salvaguarda de riscos e ameaças que expõem o planeta ao desequilíbrio, invocando, assim, a equidade ambiental (DA SILVA, 2014).

2. A FORMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A dignidade humana entrou em nosso sistema como um dos princípios fundamentais do Estado democrático de Direito atuando como um dos seus pilares. Não há como negar que alguns princípios e regras dispersas pela Carta Magna remetem tanto diretamente como indiretamente à dignidade humana. Quanto às que se vinculam diretamente a este princípio, podemos dizer que perfazem o seu núcleo essencial. Deve-se esclarecer que a dignidade é irrenunciável e inalienável, constituindo ele-

mento em que qualifica o ser humano como tal, possuindo uma natureza intrínseca, sendo um produto cultural, fruto da construção humana ao longo da história (JACINTHO, 2009).

Partindo da mesma perspectiva Noberto Bobbio (1992, p. 15) afirma que:

> 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.

Definir o conteúdo e a extensão da dignidade humana tem sido uma tarefa dedicada por vários estudiosos. No entanto, quanto mais se debate, mais se percebe que a profundidade do tema e a imperiosa necessidade de discuti-lo, diante dos nossos indicadores sociais e das constantes sistemáticas violações de direitos fundamentais, acabam aumentando. Nitidamente inspirado por Kant, cuja compreensão do valor da pessoa humana renega toda e qualquer forma de redução de sua condição de sujeito de direitos ou de sua coisificação, há que se ressaltar que seu conceito é de toda sorte abrangente demais, impreciso demais para viabilizar a concretização da dignidade, como prestação positiva e negativa a cargo do Estado, que é uma das abordagens que o conceito permite. O conceito de dignidade é possível ser extraído da observância de todos os direitos e deveres fundamentais, pois a dignidade da pessoa humana como comando de dever se apresenta em uma dimensão dupla, ora como princípio de hermenêutica, ora como direito material expresso seja por intermédio de um princípio seja através de uma regra, cujo conteúdo está ainda sendo delineado (JACINTHO, 2009).

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição de 1988, concedeu relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocado sob a epígrafe "dos princípios fundamentais", positivado no inciso III do artigo 1º. O aludido preceito passou a gozar de status de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nessa perspectiva, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em

uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e na solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, nos quais a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política (RANGEL, 2014).

Destaque-se o fato de que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Nesse diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade (RANGEL, 2014).

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito no Brasil, destaca-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana, pois os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exerçam uma função democratizadora. Considerando que toda constituição deve ser compreendida como unidade e com sistema que possui privilégios para determinados valores sociais, pode-se afirmar que a carta de 1988 elege a dignidade humana como valor essencial, que lhe dá sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, conferindo-lhe uma feição particular. A dignidade humana simboliza um verdadeiro superprincípio constitucional, sendo a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dando-lhe especialmente racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2012; 2009).

A dignidade humana é o valor que informa toda a ordem jurídica que foi inaugurada com a Constituição de 1988. Nesse sentido, a dignidade da pessoa vai orientar toda a interpretação da possível das normas constitucionais, o que inclui as normas de caráter ambiental. O valor da dignidade humana está disposto como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, situa-se como eixo gravitacional não apenas do regime dos direitos fundamentais, como também da es-

truturação do Estado Socioambiental de Direito. A dignidade está sendo construída não apenas como uma ideia abstrata, orientadora da interpretação ou da atividade legiferante. É um valor supremo, imperativo, absoluto, não apenas pela sua carga axiológica, mas principalmente porque se consubstancia através de normas, sendo que seu reconhecimento foi fruto de uma construção histórica, consensualmente arquitetada como paradigma das relações entre os indivíduos e deste com o Estado. (JACINTHO, 2009).

2.1. OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL

De acordo com Flávia Piovesan (2012), a Constituição 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 dos setores mais vulneráveis da sociedade brasileira. A partir daí, os direitos humanos ganharam um relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre direitos humanos jamais adotado no Brasil. A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no Brasil muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos. Vale ressaltar que a Constituição de 1988 alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.

O processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção da proteção ambiental no rol dos direitos fundamentais, de maneira que o conteúdo do mínimo existencial, até então restrito à dimensão social, deve necessariamente compreender também um mínimo de qualidade ambiental, no sentido de encampar o mínimo existencial ecológico, que assume verdadeiro aspecto socioambiental. Ao se adotarem os paradigmas ventilados pelo artigo 225 da Constituição Federal, é verificável que a promoção da sadia qualidade de vida só é possível, enquanto desdobramento da vida e saúde humanas, dentro dos padrões mínimos estabelecidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, num ambiente

natural com qualidade ambiental (RANGEL, 2014). Decorrente desta percepção, percebe-se que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo um suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2012).

Conforme preceitua Benjanin (2012), direitos fundamentais são aqueles que, reconhecidos na Constituição ou em tratados internacionais, atribuem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos uma garantia subjetiva e/ou pessoal. A doutrina, de forma geral, reconhece a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como direito fundamental, o meio ambiente é resultado de fatores sociais que permitiram e até mesmo impulsionaram a sua cristalização sob forma jurídica, explicitando a sua relevância para o desenvolvimento das relações sociais.

A proteção ao meio ambiente é reconhecida como uma evolução dos direitos humanos, sendo constituído como um aprofundamento da concepção tradicional. A profunda e estreita relação entre direitos humanos e proteção ao meio ambiente tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, assim como tem sido reconhecido pela corte constitucional que a proteção ao meio ambiente, não pode ser feita sem observância dos direitos e garantias individuais (ANTUNES, 2013).

Ao analisar a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se verificar dois aspectos basilares. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos. É fato que a construção do Estado Socioambiental de Direito não se faz de maneira a apenas afixar limites aos direitos, liberdades e garantias, em uma clara acepção da tradição liberal de Estado de direito, o que desencadearia uma visão pautada no minimalismo ambiental. De outro ponto de vista, o Estado Socioambiental de Direito, com o objetivo de promover a tutela da dignidade humana, em razão dos diversos riscos ambientais e da insegurança propiciados pela sociedade tecnológica, deve ser capaz de conjugar os valores fundamentais que são ejetados das relações sociais e, por meio de suas instituições

democráticas, garantir aos cidadãos a segurança carecida à manutenção e à proteção de vida com qualidade ambiental, observando, inclusive, as consequências futuras resultantes da adoção de determinadas tecnologias. O novo modelo de Estado de Direito objetiva uma salvaguarda cada vez maior da dignidade humana e de todos os direitos fundamentais, em vista de uma (re)construção histórica permanente dos seus conteúdos normativos (RANGEL, 2014).

Bobbio (1992, p. 6) afirma que "ao lado dos direitos, que foram chamados de direitos da segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos da terceira geração [...] O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído".

O direito ao meio ambiente é um exemplo de direito fundamental como um todo, à medida que representa um leque paradigmático das situações suscetíveis de considerações, no âmbito de normas tuteladoras de direitos fundamentais. Nesse entendimento, o direito ao meio ambiente, como direito fundamental da terceira geração, pode referir-se ao direito de o Estado: a) omitir-se de intervir no meio ambiente; b) de proteger o cidadão contra terceiros que causem danos ao meio ambiente; c) de permitir a participação do cidadão nos procedimentos relativos à tomada de decisões sobre o meio ambiente; e finalmente, de realizar medidas fáticas, tendentes a melhorar o meio ambiente. O reconhecimento definitivo do direito ao meio ambiente, como direito fundamental da terceira geração, já foi feito pelos ordenamentos jurídicos de vários Estados, inclusive na Carta Magna Brasileira. Vale lembrar que a proteção dos direitos humanos é fundamental, sem o que estaremos fadados a viver na obscuridade de nossos instintos, com rompantes de egoísmo, violência e desrespeito aos mais fracos e ao meio ambiente (SPERANDIO, 2014).

Os direitos humanos não são atribuídos arbitrariamente. Muito menos constituem um conceito estático ou inalterável. Na maioria das vezes refletem valores sociais emergentes, tal como o direito de viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ideologicamente, estes direitos além de interdependentes, são supranacionais, suprapositivos, não carecem de este ou aquele ato. Na prática jurídica atual se percebe uma série de problemas na consagração de um direito humano a um meio ambiente, derivados de uma consciência eminentemente antropocêntrica e utilitarista. Um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é um

ávido valor social a ser reclamado porque determina um desejo unânime e prioritário da humanidade e demais espécies: a vida (BERTOLDI, 2002).

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

A expressão reserva do possível tem recebido os mais variados tratamentos na doutrina. Embora exista um mínimo de consenso acerca de seu conteúdo não existe acordo doutrinário em relação a sua natureza e o significado de sua atuação na aplicação das normas constitucionais. A reserva do possível representa um dado de realidade que influencia na aplicação do Direito. Sendo o Direito um fenômeno prescritivo, fundamentado em normas jurídicas têm por motivação uma determinada realidade fática, a partir da qual surgem às limitações na conduta humana, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível (OLSEN, 2006).

Segundo Ana Paula Barcellos (2002), O termo reserva do possível busca identificar a partir do fenômeno econômico, a limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades humanas que são quase sempre infinitas. Sendo que existe um limite de possibilidades materiais para essas demandas. Diante disso, torna-se difícil, do ponto de vista prático, prever normas ou interpretá-las em consonância com a dignidade da pessoa humana se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Pode-se dizer que, de acordo com as lições de Antônio Cesar L. de Carvalho e José Lima Santana (2009), a reserva do possível nada mais é senão a garantia de que o atendimento dos direitos sociais pelo Poder Público está limitado à existência de condições materiais de acordo com a capacidade econômica e financeira do poder estatal.

A falta de recursos materiais forma um impedimento real à efetividade dos direitos, mesmo que a aplicação desses recursos seja atribuição de quaisquer das esferas do poder, ou seja, de competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Assim, a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários, mesmo que a decisão das políticas públicas esteja vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar. Entretanto, é necessário destacar dois aspectos bastante distintos da reserva do possível: (a) a total inexistência de recursos financeiros

necessários à concretização da prestação material demandada, (b) e a inexistência destes recursos porque os mesmos foram alocados pelos poderes públicos para finalidades distintas. A partir daí é possível que a reserva do possível, não pode ser utilizado como caráter absoluto na restrição de direitos, mas sujeita a um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, à luz do caso concreto. Diante disso, a reserva do possível de um lado está relacionada a proibição do exagero efetivação dos direitos fundamentais, de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional. Por outro lado, é possível afirmar que a também se relaciona com a proporcionalidade, uma vez que o próprio argumento da realização dos direitos deverá estar pautado pela proporcionalidade, tendo em vista as particularidades do sistema constitucional brasileiro (BIGOLIN, 2004; OLSEN, 2006).

Não há como negar a razoabilidade consolidada no fato de que o Estado só poderá concretizar direitos sociais se possuir dinheiro no cofre. O grande problema é que quando se trata de implementação de direitos sociais, principalmente para as classes mais pobres, o Poder Público alega sempre não possuir disponibilidade financeira, entretanto, para bancar vantagens imorais para os políticos em geral, seus aliados, familiares e amigos, os cofres sempre estão cheios, como também, os cofres públicos sempre detêm reservas para custearem propagandas pessoais na mídia, e para atender incontroláveis e incontáveis desvios e mau uso do dinheiro por parte de chefes de Executivos e muitos parlamentares (CARVALHO, 2009).

No entanto, vale destacar que, o argumento da reserva do possível, visto por parte da doutrina como uma restrição à efetivação dos direitos sociais, não tem peso constitucional suficiente para preponderar em face da garantia do mínimo existencial ecológico. Pois, este é veiculado mediante regras constitucionais baseadas nos fundamentos da República brasileira, não podendo ser colocada à efetivação de tal garantia existencial mínimas limitações jurídicas ou fáticas. Tal argumento, encontra suporte na força normativa e eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais que compõem o núcleo protetivo da dignidade humana, e que resultam especialmente representados nos direitos sociais básicos, e agora também no direito ao ambiente ecologicamente equilibrado (BORGES, 2012).

A reserva do possível, apesar de ser compreendida como verdadeira restrição à efetivação dos direitos fundamentais sociais, possui sua aplicação relacionada à atuação da Administração Pública, que costuma utilizá-la como fundamento para a impossibilidade de realização de certas políticas públicas destinadas à realização dos direitos fundamentais sociais, ou mesmo para a adoção de certos atos concretos, prestações específicas, capazes de satisfazer pretensões deduzidas judicialmente com base nestes direitos (OLSEN, 2006).

Assim, a reserva do possível é uma condição de realidade que justificaria a mitigação das obrigações concedidas ao Executivo e voltadas para a realização dos direitos fundamentais sociais e não como restrição absoluta ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao princípio do mínimo existencial ecológico. Dessa forma, a alegação fornecida pelos poderes públicos de que não poderão cumprir o mandamento constitucional, pois não há recursos materiais disponíveis deverá se sujeitar ao exame da proporcionalidade (OLSEN, 2006).

Vale destacar que, a reserva do possível se tornou a cláusula mais comum, ou, a principal defesa indireta alavancada pelo Poder Público contra as variadas ações civis públicas deflagradas contra si, objetivando compeli-lo a à concretização dos direitos sociais, logo, em defesa de interesses sociais, difusos e coletivos negados pelo poder estatal em determinada situação concreta. Sendo, oportuno destacar que não se pretende aqui impor limites ao direito à ampla defesa ou contraditório por qualquer das partes, mas tão somente, considerar que tem havido uma banalização no uso e na invocação da cláusula da "reserva do possível" por parte do Poder Público (CARVALHO, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É salutar que as lides ambientais sejam levadas à apreciação do Poder Judiciário, com destaque ao mínimo existencial ecológico, fazendo constar de forma expressa a importância da resolução rápida e eficaz daquela causa para a proteção do Estado Democrático de Direito.

Na garantia do direito à vida de diversas pessoas, buscando-se a efetivação de seu desenvolvimento pleno para as presentes e futuras gerações. Não sendo suficiente a argumentação de ordem constitucional pautadas

na "reserva do possível" e na "separação de poderes", vez que não é legítimo aos poderes constituídos omitir-se na defesa do mínimo existencial, notadamente do mínimo necessário à saúde e à vida de todos os cidadãos, verdadeiros.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira.** *In* Direito constitucional ambiental brasileiro. José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite, organizadores. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERTOLDI, Marcia Rodrigues. **O direito humano a um meio ambiente equilibrado.** Jus Navigandi, Teresina, ano, v. 4, 2002.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. In: **Revista do Ministério Público.** Porto Alegre, n. 53, maio-set. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Vinícius de Castro. O Direito ambiental à luz do mínimo existencial ecológico. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, n. 3, p. 271-292, 2012.

CARVALHO, Antônio César Leite de; SANTANA, José Lima. **Direito ambiental brasileiro em perspectiva: aspectos legais, críticas e atuação prática.** Curitiba: Juruá, 2009.

DA SILVA, Brisa Arnoud. A importância da garantia do mínimo existencial ecológico para concretização do estado democrático socioambiental. **Revista Justiça do Direito,** v. 28, n. 1, p. 84-107, 2014.

DORILÊO, Márcio Frederico de Oliveira. O significado do primado da dignidade da pessoa humana na sociedade de riscos globais. Os deveres para com a humanidade. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, v. 13, n. 1, p. 107-122, 2015.

GARCEZ, Gabriela Soldano; DE FREITAS, Gilberto Passos. O Direito Ambiental Como Elemento Integrante do Núcleo do Mínimo Existencial, a Fim de Garantir os Demais Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 14, n. 2, 2014.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional.** Curitiba: Juruá, 2009.

MIRALE, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. **Orient. Regina Maria Macedo Neri Ferrari. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR**, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2012.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. A Construção do Estado de Direito Socioambiental a Partir da Ótica Habermasiana: a Consolidação do Mínimo Existencial Socioambiental Como Elemento de Afirmação da Dignidade da Pessoa Humana. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável,** v. 11, n. 21, p. 135, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, p. 06, 2009.

SPERANDIO, Vanessa Cristina. Direitos humanos e meio ambiente. **Connection Line**, n. 1, 2014.

TEIXEIRA, Maria Luisa Mendes. **Valores Humanos e Gestão.** São Paulo: Editora Senac, 2008.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AOS CRIMES AMBIENTAIS NO ÂMBITO DA PESCA

Renata Maria da Silva Mello[58]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo responder à seguinte questão: é possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais no âmbito da pesca? Para tanto, serão discutidos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal, bem como o direito à vida, consagrado no art. 5º, "caput" da Constituição, além da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), a qual descreve condutas criminosas contra o meio ambiente e prescreve as respectivas penas.

O princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, tem sido aplicado aos crimes pesca. Tal princípio faz uma interpretação restritiva, pois visa afastar a aplicação da lei penal nos casos em que os crimes cometidos não chegam a atingir de modo socialmente relevante os bens jurídicos tutelados. No entanto, a aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais de pesca deve observar não só a importância do meio ambiente, compreendendo todos os fatores nele existentes, como também analisar o direito fundamental ao meio ambien-

58 Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium de Araçatuba-SP.

te ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225 da Constituição Federal, e, implicitamente estendido ao art. 5º, "caput", da Carta Magna.

Tendo em vista que não há uma regra estabelecida para definir em quais casos o princípio da insignificância pode ser ou não aplicado aos crimes de pesca, do mesmo modo que nos demais, é necessário analisar cada caso separadamente para verificar sua relevância ou não. Portanto, utilizando-se de uma metodologia de pesquisa bibliográfica e de cunho explicativa, através de método dedutivo e abordagem qualitativa, será feita uma análise da possibilidade ou não da aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais de pesca.

1. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O conceito de meio ambiente é bem vasto, sendo que se podem encontrar definições tanto na lei, quanto no ensinamento doutrinário de que trata sobre o ambiente ou mesmo sobre fatos relacionados a ele. Assim, por exemplo, para José Afonso da Silva: "A palavra 'ambiente' indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra "meio" (2011, p. 19). Para Édis Milaré, o meio ambiente é "tudo o que nos envolve e com o que interagimos. É um universo de certa forma inatingível" (2013, p. 47).

O artigo 3º da Lei nº 6.938/81 traz o conceito legal de meio ambiente: "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (MUKAI, 2014, p. 3).

O direito ambiental no Brasil passou por grandes modificações, sendo que por longo período "predominou a desproteção total, de sorte que norma alguma coibia a devastação das florestas, o esgotamento das terras, pela ameaça do desequilíbrio ecológico" (SILVA, 2011, p. 36 e 37). A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar do direito ambiental, pois trouxe um capítulo específico sobre o meio ambiente. Segundo José Afonso "pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista" (2011, p. 48). Ademais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tratado como direito fundamental, sendo que tem o mesmo valor que os outros direitos elencados no art. 5º da Carta Magna,

uma vez que o art. 225 da Constituição Federal é considerado uma extensão ao direito à vida, previsto no art. 5º, "caput", da Constituição.

A preservação do meio ambiente é de suma importância para a qualidade de vida dos seres humanos, bem como de todos os seres que vivem nele, razão pela qual não se pode deixar de lado ou menosprezar os problemas ambientais que ocorrem no dia a dia, pois tais problemas poderão se tornar vultosos e irremediáveis no futuro. Assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado não é só um objetivo a ser alcançado, mas sim um direito fundamental.

O art. 225 da Constituição Federal trata do direito ao meio ambiente, demonstrando a importância da sua preservação e conservação, e ressaltando que ao mesmo tempo em que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também têm o dever de defender e preservar o meio ambiente.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (VADE, 2015, p. 71).

Desta forma, se cada pessoa contribuir para a preservação do meio ambiente, estará contribuindo não só para a conservação de um bem comum importantíssimo, mas também para garantir a qualidade de vida necessária neste ambiente. Por isso, também cabe à coletividade proteger o meio ambiente, e não só aos órgãos públicos.

O art. 225, em seu §1º, estabelece um rol de atribuições para o Poder Público no intuito de preservar o meio ambiente. Dentre essas atribuições, encontra-se no inciso VII a atribuição de proteger a fauna e a flora, sendo proibida qualquer prática que coloque em perigo a função ecológica, que provoque a extinção das espécies ou que submetam os animais à crueldade. O inciso VII visa proteger a fauna e a flora dando a estes objetos de proteção o devido merecimento.

Além das atribuições cabíveis ao Poder Público, também há crimes contra a fauna e a flora previstos na Lei nº 9.605/98, os quais podem ser praticados tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas, pois o §3º

do art. 225 da Constituição Federal estabelece que quem cometer algum ato lesivo ao meio ambiente, seja pessoa física ou jurídica, ficará sujeito às sanções penais e administrativas, além da obrigação de reparar o dano.

Quanto à fauna, há crimes voltados aos animais de caça e crimes direcionados aos animais de pesca. Porém, mesmo diante de tamanha importância e proteção vigente hoje em dia, há desrespeito às leis e cometimento dos crimes previstos. De se notar que quem comete um crime contra a fauna estará incurso em um dos crimes previstos na Lei nº 9.605/98, bem como estará desrespeitando os direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à vida, previstos na Constituição Federal.

O *caput* do artigo 225 da Constituição afirma que o meio ambiente é "essencial à sadia qualidade de vida". Assim, o direito ao meio ambiente está ligado ao direito fundamental à vida, tendo, por isso, maior importância que qualquer outro direito não fundamental, pois a vida é o maior bem jurídico tutelado. A vida é fundamental, mas para haver vida é fundamental a preservação do meio ambiente. Logo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se tornou também um direito fundamental.

2. OS CRIMES DE PESCA

A proteção jurídica do meio ambiente possui alguns objetos, como por exemplo, o ar, o solo, a água etc.

> O que o Direito visa a proteger é a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um imediato, que é a qualidade do meio ambiente; e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vem sintetizando na expressão "qualidade de vida" (SILVA, 2011, p. 83).

Dentre os objetos de tutela jurídica do meio ambiente está a qualidade da fauna. Tal objeto diz respeito à proteção aos animais, compreendendo todas as espécies existentes.

Com base no art. 2º da Portaria IBAMA-93-N, de 07 de julho 1998, a fauna é "o conjunto de todos os animais de uma região ou de um período geológico, abrangendo a fauna aquática, a fauna das árvores e do

solo (insetos e micro-organismos) e a fauna silvestre (animais de pelo e de pena)" (SILVA, 2011, p. 201). A lei divide a fauna em três espécies distintas, quais sejam: fauna silvestre brasileira, fauna silvestre exótica e fauna doméstica. A primeira compõe-se dos animais que tem o ciclo de vida no território brasileiro. A segunda compõe-se de animais cujo ciclo de vida ocorre tanto no território brasileiro quanto fora dele. Já a terceira, trata dos animais domesticados (SILVA, 2011).

A Constituição Federal também divide a fauna em: fauna aquática, ao tratar da pesca; e em fauna silvestre, ao tratar da caça. Nas Constituições anteriores à de 1988 surgiram o Código de Pesca, reformado pelo Decreto-Lei nº 221/1967, e o Código de Caça que foi revogado pela Lei nº 5.197/67. Atualmente a lei não trata mais de pesca ou de caça, mas sim de fauna, sendo este um objeto de proteção (SILVA, 2011). Como se vê, a fauna é um dos objetos que merecem a tutela jurídica, pois se trata de um dos elementos que compreendem o meio ambiente. Por isso, a fauna deve ter proteção garantida na legislação vigente.

A Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) definiu os crimes cometidos contra o meio ambiente, descrevendo-os e cominando as respectivas sanções para cada tipo delitivo, os quais podem ter como sujeito passivo do crime tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, sendo que a responsabilidade desta não exclui a daquela, conforme estabelece o art. 3 da mencionada lei. Além dos crimes, a lei também traz circunstâncias atenuantes e agravantes dos delitos, nos artigos 14 e 15, respectivamente. E, ainda, o art. 37 traz causas excludentes de ilicitude.

O art. 25 trata da apreensão do produto e do instrumento de infração administrativa ou de crime, e os artigos 26, 27 e 28 tratam da ação e do processo penal, sendo que nos casos desta lei a ação penal será pública incondicionada. Nos crimes de menor potencial ofensivo, é possível haver a aplicação dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/95, em seus artigos 76 (transação penal) e 89 (suspensão condicional do processo), desde que preenchidos os requisitos dos artigos 27 e 28 da Lei dos Crimes Ambientais.

Entre os crimes previstos na Lei nº 9.605/98, estão os crimes de pesca, previstos nos artigos 34, 35 e 36. O art. 34 trata da pesca em período ou em local proibidos, o art. 35 trata da pesca mediante a utilização de meios proibidos, e art. 36 traz uma extensão aos crimes de pesca, consi-

derando como pesca outras condutas. Desta forma, prevê o art. 34 da Lei nº 9.605/98:

> Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:
>
> Pena – detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
>
> Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:
>
> I – pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;
>
> II – pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;
>
> III – transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibida (VADE, 2015, p. 1725).

Este dispositivo não proíbe a pesca em si, que é um hábito ou um hobby de muitas pessoas, principalmente em épocas de férias e finais de semana.

O que o dispositivo proíbe é a pesca durante o período em que ela é proibida, bem como a pesca em locais que estejam interditados, ou seja, a pesca é sim permitida, mas desde que não seja no período de proibição da pesca, que é denominado de Piracema, e desde que o local da pesca não esteja interditado por órgão competente. Visa o referido dispositivo proteger os animais sujeitos à pesca, de modo a garantir a reprodução destes e evitar a extinção das espécies existentes, além de preservar todos os locais interditados, não podendo ser efetuada a pesca nestas condições, pois, caso contrário, haverá descumprimento das regras, e consequente punição pelos delitos cometidos.

O art. 34 traz em seu parágrafo único outras infrações que serão punidas igualmente àquelas previstas no "caput" do artigo. A primeira é pescar espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos, que visa justamente proteger os animais e evitar a extinção das espécies. A segunda é pescar quantidades superiores às

permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos, que também visa evitar a extinção dos animais e protegê-los a fim de garantir a reprodução dos mesmos, evitando, assim, danos ao meio ambiente. E a terceira é transportar, comercializar, beneficiar ou industrializar espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas, isto é, também será punido aquele que não pescou, mas que concorreu para o transporte, o comércio, o benefício e a industrialização do produto da pesca proibida.

Por sua vez, o art. 35 desta Lei prevê:

> Art. 35. Pescar mediante a utilização de:
>
> I – explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;
>
> II – substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente:
>
> Pena – reclusão de um ano a cinco anos (VADE, 2015, p. 1725).

O art. 35 proíbe a pesca realizada com determinadas substâncias ou meios, e, com isso, tutela a proteção não só aos animais, mas também à água e ao meio ambiente, pois a utilização das substâncias descritas no "caput" promoveria inúmeras consequências ambientais, como, por exemplo, a morte de muitos animais e a contaminação das águas.

Já o art. 36 da mesma Lei dispõe:

> Art. 36. Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora (VADE, 2015, p. 1725).

Tal artigo é uma extensão aos crimes anteriores, pois conceitua o que é considerado pesca para efeitos dos crimes previstos nos artigos 34 e 35 da Lei nº 9.605/98. Desse modo, o art. 36 da Lei dos Crimes Ambientais tem como finalidade esclarecer o que é considerado pesca, descrevendo

diferentes atos e condutas de pesca, para que assim não haja dúvida na hora de classificar os crimes previstos nos artigos 34 e 35 da Lei.

Os crimes de pesca, previstos nos artigos 34, 35 e 36 da Lei nº 9.605/88 não possuem penas muito severas, pois somente os artigos 34 e 35 trazem condutas delitivas e suas respectivas punições, sendo que o art. 36 se volta apenas a definir o que é pesca para efeitos dos crimes previstos nos artigos anteriores. Assim, temos duas penas descritas para os crimes de pesca. No art. 34 a pena é de detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente, e no art. 35 a pena é de reclusão de um ano a cinco anos. Ambas as penas não são muito extraordinárias, pois nos dois casos é cabível o benefício da suspensão condicional do processo, vez que a pena mínima cominada é de um ano, conforme prevê o art. 89 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

Quanto ao benefício previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, deve haver observância ao art. 28, incisos I e V, da Lei dos Crimes Ambientais, no tocante a sua aplicação, pois este artigo prevê algumas modificações. Além disso, caso o autor do delito de pesca não aceite a proposta do benefício ou não preencha os requisitos para o mesmo, ainda estará diante de uma pena pequena, pois no caso do art. 34 caberá a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, conforme prevê o art. 7 da Lei nº 9.605/98 e o art. 44 do Código Penal, desde que preenchidos os requisitos descritos nestes artigos.

A pena ainda poderá ser diminuída se o infrator se enquadrar em uma das situações previstas no art. 14 da Lei nº 9.605/98. Contudo, a pena será majorada nas hipóteses descritas no art. 15 da mesma Lei. Com isso, vê-se que as penas descritas para os crimes de pesca não são muito rigorosas, uma vez que admitem a suspensão condicional do processo, e ainda há circunstâncias atenuantes e uma excludente de ilicitude previstas na Lei nº 9.605/98, as quais favorecem os infratores em determinadas hipóteses.

3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância é um dos princípios presentes no direito penal, dentre vários outros, e é aplicável em determinados casos considerando a relevância jurídica da conduta delitiva e algumas particularidades essenciais.

Vico Carlos Mañas (1994, apud, SILVA, Ivan Luiz, 2008, p. 8) ensina que:

> O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

O princípio em estudo faz uma interpretação restritiva, buscando afastar a aplicação da lei penal nos casos em que os crimes cometidos não chegam a atingir de modo socialmente relevante os bens jurídicos tutelados. Assim, o direito penal deixará de ser aplicado se a conduta delitiva, embora seja uma conduta típica, não demonstrar a relevância social necessária para a penalização cominada na legislação.

O princípio da insignificância aplica-se a qualquer tipo de delito, ressalvados os praticados com violência ou grave ameaça à pessoa e os descritos na Lei nº 11.343/06. Contudo, é necessária a análise do caso em concreto (MASSON, 2009). Esse princípio visa afastar os assuntos insignificantes do âmbito do direito penal. Desta forma, se preenchidos os requisitos autorizadores de sua aplicação, a conduta do agente, considerada e enquadrada como hipótese de insignificância, será considerada atípica.

Com a aplicação do princípio da insignificância, pode-se garantir mais rapidez na solução dos conflitos penais, uma vez que os crimes de bagatela (insignificantes) são excluídos da apreciação do Poder Judiciário, em razão da atipicidade da conduta.

No entanto, para aplicar o princípio da insignificância e atingir a finalidade que este princípio carrega, faz-se necessário o preenchimento de quatro requisitos essenciais, de acordo com decisões jurisprudenciais, são eles: "mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e, inexpressividade da lesão jurídica provocada" (MIRABETE, 2011).

Para Mirabete (2011, p. 103):

> Com as cautelas necessárias, reconhecendo caber induvidosamente na hipótese examinada o princípio da insignificância, não deve o delegado instaurar o inquérito policial, o promotor de justiça oferecer denúncia, o juiz recebê-la ou, após a instrução, condenar o acusado. Há no caso exclusão da tipicidade do fato e, portanto, não há crime a ser apurado.

Assim, quando se tratar de hipótese de cabimento da insignificância e, verificando-se os requisitos para a aplicação deste princípio, não há que se falar em crime, vez que ocorre a exclusão da tipicidade.

O princípio em exame está relacionado com o princípio da intervenção mínima do direito penal, segundo o qual o direito penal deve ser utilizado em último caso, e não em toda e qualquer hipótese indistintamente. Dessa forma, pode-se apontar como benefício da aplicação desse princípio o fato que, quando reconhecida a insignificância do delito, deixará este de ser um ilícito penal, e, com isso, o Direito Penal não terá que se preocupar com ele, podendo voltar sua atenção a outros casos que realmente mereçam a tutela penal.

4. A INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE PESCA

A aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais de pesca deve observar a importância do meio ambiente, compreendendo todos os fatores nele existentes, bem como analisar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225 da Constituição Federal, e, implicitamente estendido ao art. 5º, "caput", da Carta Magna.

Isso porque não pode ser considerado insignificante um crime cometido contra o meio ambiente, vez que o ambiente é um direito de todos, e está intimamente relacionado com o direito à vida, pois a preservação ambiental é de extrema importância para a qualidade de vida dos seres humanos, e de todos os seres existentes no planeta Terra. Assim, não basta analisar a ofensa ao bem jurídico tutelado (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), pois, também se deve analisar a ofensa ao maior bem jurídico protegido, qual seja, a vida.

Os benefícios da aplicação da insignificância nos crimes de pesca são os mesmos da aplicação nos demais crimes. As condutas insignificantes são afastadas e somente se analisam com cautela as condutas graves cometidas, que merecem a punição prevista em lei. Entretanto, é importante analisar cada caso separadamente, levando em consideração as particularidades de cada um, para poder chegar à conclusão se o fato é realmente insignificante, ou, se o fato possui sim relevância jurídica, devendo, por isso, ser julgado e aplicada a devida punição.

Os requisitos para a aplicação do princípio em estudo aos crimes de pesca são os mesmos previstos para os crimes descritos no Código Penal, quais sejam, mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e, inexpressividade da lesão jurídica provocada (MIRABETE, 2011). Portanto, é perfeitamente possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais de pesca, sendo que, para tanto, além dos requisitos autorizadores, também é preciso analisar com cautela cada caso em particular em razão do bem jurídico tutelado.

A partir do momento em que ocorre um fato delituoso, como um crime ambiental de pesca, a conduta do agente deve ser analisada para verificar a gravidade e a relevância que ela tem para o direito. Com isso, poderá o agente ser penalizado com a devida proporção, ou seja, responderá pelo crime com a pena correspondente, podendo ser majorada ou diminuída a depender do caso, ou até mesmo não ser aplicada se corresponder a um crime de bagatela.

Há que se reconhecer a insignificância quando presentes os requisitos autorizadores de sua aplicação. Todavia, deve haver cautela na utilização de tal princípio, de modo que deve ser utilizada a proporcionalidade em cada caso em concreto. Assim, por exemplo, se durante o período da piracema, que é a época em que a pesca é proibida devido se tratar do período de reprodução dos peixes, um indivíduo é surpreendido com uma rede de pesca à beira de um rio, sem, contudo, haver pescado nenhum peixe sequer, poderá aplicar-se a insignificância. Por outro lado, se no mesmo exemplo o indivíduo fosse surpreendido com três peixes, cuja espécie esteja em extinção, apesar da quantidade pequena de peixes o crime foi consumado. Por isso, não seria justo aplicar a insignificância neste caso.

Caso várias pessoas resolvessem pescar três peixes, ou mesmo somente um peixe cada uma delas, quantas espécies desses animais restariam nas águas do território brasileiro? Vê-se que é necessária a repressão das condutas criminosas cometidas contra o meio ambiente devido à sua enorme importância. Assim, o Poder Judiciário não pode fechar os olhos para os crimes de pesca achando que em todos os casos haverá a possibilidade da aplicação do princípio da bagatela. Até porque os crimes de pesca possuem penas leves, sendo que o autor desses crimes ainda poderá se beneficiar com o instituto da suspensão condicional do processo, conforme art. 89 da Lei nº 9.099/95, e art. 28, incisos I e V, da Lei dos Crimes Ambientais. E mesmo que o réu não possa receber o benefício da suspensão condicional do processo, ainda estará diante de uma pena branda.

Sendo assim, é perfeitamente possível deixar de se aplicar o princípio da insignificância ao autor de um crime de pesca, para aplicar a ele a devida reprimenda legal, no intuito de não só mostrar a ele, mas, também, a toda a sociedade que a conduta por ele praticada é relevante, e, por isso, merece a respectiva punição prevista em lei. Com isso, pode-se garantir a prevenção de condutas delitivas contra o meio ambiente, uma vez que a população terá consciência de que os crimes de pesca não são considerados infrações insignificantes para o Poder Judiciário.

A partir daí, quando alguém resolver ir pescar, deverá evitar incorrer nos crimes descritos nos artigos 34 e 35 da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), pois, caso contrário, sofrerá a punição correspondente ao tipo que incorreu. Portanto, se a conduta do agente apresentar peculiaridades que demonstrem a necessidade de penalização, não será justa a aplicação do princípio da insignificância, o qual pode ser aplicado observando-se a proporcionalidade, caso preenchidos os requisitos legais.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a aplicação do princípio da insignificância traz benefícios para o direito penal. Porém, a aplicação desse princípio nos crimes de pesca deve observar a importância do meio ambiente, compreendendo todos os fatores nele existentes, bem como analisar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e direito a vida). No entanto, não pode ser

sempre considerado insignificante um crime cometido contra o meio ambiente, uma vez que o ambiente é um direito de todos, e está intimamente relacionado com o direito à vida, pois a preservação ambiental é de extrema importância para a qualidade de vida.

Diante disso, verifica-se que é necessário analisar cada caso separadamente, levando em consideração as particularidades de cada um, para poder chegar à conclusão de que o fato é realmente insignificante, ou, de que o fato possui sim relevância jurídica, devendo, por isso, ser julgado e aplicada a devida punição ao autor do crime.

Os crimes de pesca não podem ser genericamente considerados como crimes de bagatela, ou seja, de pouca relevância. Isso não deve se tornar uma regra, pois se trata de um crime ambiental. Assim, por exemplo, não pode toda vez que ocorrer um crime de pesca, ser ele considerado insignificante, pois, caso isso ocorra não faz mais sentido a existência dos artigos que tratam desse tipo de crime.

Se os crimes de pesca não tivessem alguma relevância, o legislador não teria se preocupado em criá-los. Desse modo, nos crimes de pesca é necessário haver uma análise do caso concreto, sempre com a devida proporcionalidade para não deixar impune uma conduta lesiva contra o meio ambiente e contra a vida.

Em determinadas hipóteses, desde que preenchidos os requisitos (mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e, inexpressividade da lesão jurídica provocada), será correto aplicar-se o princípio da insignificância. Logo, a aplicação do princípio da insignificância aos crimes de pesca não deve ser a regra, mas sim a exceção, devido à importância do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 2ª Edição. São Paulo: Método, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Julio. **Manual de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Ivan. **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2008.

SILVA, José. **Direito Ambiental Constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

VADE MECUM. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOS CAMINHOS DA MORTE: DIREITO E PSICANÁLISE

Daniela Zilio[59]

A IDEIA DA MORTE

A morte sempre despertou sentimentos ambíguos no ser humano, afinal, desde que detidos do sopro de consciência sabe-se que a vida, cedo ou tarde, chegará ao fim. Dor e sofrimento, culto e reverência aos mortos, dúvidas e medos inerentes a um caminho desconhecido, novo. A passagem da vida para a morte, da existência para a inexistência, transborda a aflição de desapego do corpo, do sexo, da carne, do poder de desfrutar de um mundo, embora belo, cheio (talvez) de descompassos e desilusões. Pensar profundamente a morte chega, para alguns, a ser um desaforo com o "dom" da vida, com o ideal de parecer grato pela existência dada por Deus, ou pela natureza, por meio do ato de maior conexão entre dois corpos, sozinhos e independentes[60].

---

59 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação (stricto sensu) em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc; mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação (stricto sensu) em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc; especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil e no Novo Sistema Processual Civil Brasileiro pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc; professora do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, campus de São Miguel do Oeste e Unidade de Pinhalzinho-SC; advogada.

60 Sozinhos e independentes porque, em psicanálise, a bem da verdade, a relação sexual inexiste, existem seres sexuais gozando de seu prazer, onde um serve ao outro de instrumento da própria satisfação – a ideia de que a relação sexual não existe advém de Jacques

Se a vida é encarada com extrema proteção, pensar a morte repulsa, dói, corrói de flagelos os seres racionais e pensantes que sabem, ora, que essa hora chegará, inevitavelmente. É, o ser humano, o único animal a saber ser finito, assim como são, os falantes, os únicos seres a fazerem, por vezes, da morte uma escolha (FREITAS, 2015). Em contradição, saber-se finito é, quiçá, o que torna a vida suportável (CARVALHO, 2014), a despeito de Freud (2010)[61] elencar claramente a presença da imortalidade no inconsciente humano.

Nem historicamente a morte e suas representações seguem um caminho linear. Analisando-se o mergulho feito por Ariès (2014) na cultura ocidental, percebe-se que desde a idade média até a contemporaneidade, especialmente nas décadas últimas experimentadas pela humanidade, o caminho foi ora de aceitação, de domesticação, e ora de proibição, de negação. Não é simples o enfrentamento do olhar do homem diante da morte. Coulanges (2006) pondera, no esclarecedor "A Cidade Antiga", a relação tão pontuada entre corpo e alma, e a visão histórica sobre o tema perante a humanidade antiga: conforme se aufere, nas tradições indo-europeias, percebeu-se a ideia de que depois da vida atual tudo se acaba para o homem. A despeito, as antigas gerações, anteriores à presença dos filósofos, acreditaram em uma existência depois da presente, lugar em que a morte não seria uma dissolução do ser, mas uma mudança de vida. Veja-se, não se trata de morada celeste, construção posterior, mas de vivência da alma ainda junto aos homens, vivendo sobre a Terra. Tanto é assim, que se acreditou por tempos que a alma dessa segunda existência continuava unida ao corpo, pois nascendo com ele, fechava-se junto a ele na sepultura. Na antiguidade, ademais, mortos foram considerados sagrados, e chegou-se a pensar a necessidade de que a eles fossem necessários mantimentos básicos, como comida e água. Os gregos chegaram a nomear os mortos de deuses subterrâneos. Os romanos davam aos mortos o nome de "deuses manes".

Lacan na fase do real, conforme Castro (2020). Igualmente, forçoso lembrar que, em psicanálise, o sexo, em si, vai muito além do ato da cópula, ou da finalidade de reprodução, tendo presença marcante na vida desde muito antes dessas descobertas.

61 Nas citações, utilizou-se o ano de publicação da versão consultada da obra. O escrito original data-se, porém, de 1915.

Para Freud (2010), o homem primevo teve um comportamento peculiar diante da morte: de modo contraditório até, levou a morte a sério, reconhecendo-a como abolição da vida, mas, por outro lado, também a negou, rebaixando-a a nada. O que é a morte, e, afinal, como ela é vislumbrada pela humanidade desde os mais remotos tempos, e o modo de enfrentamento do final da sobrevivência humana, nunca foi assunto fácil. Ela, a morte, é estranha aos olhos atentos de quem racionalmente a conhece, mas desconhece os caminhos profundos do porquê do final da jornada individual humana. Aliás, inconscientemente, os seres humanos são imortais, dada a atemporalidade do próprio inconsciente. Ao assinalar tal posicionamento, Freud (2010, p. 171) anuncia que "[...] no inconsciente cada um de nós está convencido de sua imortalidade". Para corroborar, Kubler-Ross (1996), do ponto de vista clínico de sua psiquiatria, aponta algumas fases vividas pelos seres humanos diante da própria morte, quando em comprovados estados terminais, delineando o fato de que existem cerca de cinco estágios que podem ser vislumbrados: a inicial negação, após a raiva, a barganha, a depressão, e ao final a aceitação[62]. Mas, qual é o lugar da morte voluntária diante de tudo isso?

A IDEIA DA MORTE VOLUNTÁRIA

Se a morte é um momento tão emblemático e cercado de inquietações, por que motivo por vezes o ser humano recorre ao suicídio? Com Dunker (2017), pondera-se a ideia de que o suicídio não necessariamente é fracasso, é, então, ato humano que mostra na sua posição mais originária o que os seres humanos têm de trágico. Para o autor, há a ideia, em Lacan, de ser o suicídio o único ato humano bem-sucedido.

A prática do suicídio tem diferentes caminhos a depender do sujeito retratado. O psicótico, que pensa estar sendo perseguido, por exemplo, ou sendo ameaçado por objetos aleatórios, pode estar fugindo de tal perseguição, de modo que Dunker (2017) questiona poder ser colocado o ato como suicídio, ou, somente como um acidente de alguém em fuga,

62 Entende-se, aqui, que não há um contraponto entre o estabelecido pela psicanálise freudiana e o elencado pela psiquiatria de Elisabeth Kubler-Ross, ao menos na parte citada. Daí a menção.

diferente do que ocorreria em um suicídio neurótico[63]. As formas de suicídio são bastantes diferentes, assim, embora com algumas recorrências. Há aquele que se suicida por amor, por não suportar a não presença de outrem e que tira a própria vida como ato de última vontade; há também o que, contrariamente, suicida-se pelo ressentimento, com o ímpeto de punir o outro com a sua falta; enfim, os casos são os mais diversos. Como exposto, o suicídio não representa fatalmente um fracasso, e para o autor, a dignidade do ato suicida tem estreita relação com uma condição subjetiva que em psicanálise requer palavra, requer ser escutado, escutar-se.

Aliás, o suicídio, embora de difícil trato no domínio público, é estudado inclusive no âmbito social. Durkheim (2000) apresenta a morte voluntária, ou o suicídio, de acordo com modalidades explicitadas por ele: suicídio egoísta, em que o sujeito se mata para se salvar de um sofrimento; suicídio altruísta, em que o sujeito se mata em ato de amor para outrem ou para a humanidade, como no caso dos conhecidos *kamikazes* (camicases); e suicídio anômico, que diz respeito ao caso em que o sujeito não consegue encontrar o seu lugar na existência, fugindo para um não lugar, podendo ser ponderado também com base na ideia do caos social, da anomia, da perda da identidade vinculada às transformações do mundo.

E porque a morte voluntária pode causar tanto desconforto já que, ainda nos seres humanos habita o homem primevo que manda o outro ao inferno com o ímpeto de que ele de fato perca a sua vida (FREUD, 2010)? Igualmente, o que há ou pode haver de mal, então, em buscar a dignidade da própria morte por meio de, por exemplo, um suicídio assistido ou mesmo uma eutanásia? Há de fato algo de mal? É factível a ideia da autonomia decisória em relação à escolha pela própria morte, aliás?

63 Para Dunker (2016a), Jacques Lacan propõe a existência de três estruturas fundamentais, quais sejam: a neurose, a psicose e a perversão. Dentro da neurose, tem-se três tipos clínicos clássicos: a neurose histérica, a neurose obsessiva e a neurose fóbica; na psicose, também existem três tipos clínicos clássicos: a esquizofrenia, a paranoia, e a melancolia, mania/melancolia; igualmente, na perversão, existem três tipos clínicos, que são o sadismo, o masoquismo e o fetichismo. Lembrando que, para a psicanálise, uma estrutura clínica é um modo de estar na linguagem, com o outro, fazendo-se sujeito na linguagem com o outro.

A IDEIA DA INDIGNIDADE DA VIDA E A MORTE VOLUNTÁRIA

Sobre a morte voluntária em fins de vida visando à dignidade do ato e da vida em si, pondere-se: o suicídio assistido difere do suicídio praticado pelo próprio sujeito (só) que busca a morte. No primeiro caso, quem deseja morrer, conta com o auxílio de interposta pessoa para o ato final, não de maneira a que essa interposta pessoa cometa qualquer ação que culmine na morte, pois se assim fosse, estar-se-ia diante de um caso de eutanásia[64], mas prestando o apoio necessário, como no caso das famosas clínicas suíças. Quem, ativamente, realiza o ato de pôr fim à própria vida é o sujeito interessado. No suicídio, conceito de per si, o sujeito, sozinho, prepara e realiza todos os atos necessários à morte[65]. Normalmente, no primeiro caso o que se busca é a dignidade da própria morte, quando de fronte a doenças terminais ou situações de sofrimento profundo em que a vida a ser vivida é considerada indigna pela própria pessoa, como no caso mundialmente repercutido do espanhol Ramón Sampedro Cameán[66].

Ponderada como direito humano e fundamental, e inerente ao indivíduo, a autonomia decisória necessária à configuração de todo o processo de suicídio assistido (e/ou eutanásia) pode ser confrontada a partir do

64 Da etimologia "eu": boa; "*thanatos*": morte. Boa morte.

65 Por motivos óbvios, o suicídio não é considerado crime, no Brasil. O suicídio assistido e a eutanásia sim. O primeiro encontra-se tipificado no artigo 122 do Código Penal, e a segunda no artigo 121, § 1º do mesmo Código.

66 Ramón Sampedro Cameán pleiteou incansavelmente na justiça espanhola o direito de morrer com dignidade, tendo em vista sofrer de paraplegia e tetraplegia traumática, por síndrome de secção medular. Suas tentativas, porém, restaram frustradas. Ramón, então, com o auxílio de amigos, realizou o suicídio assistido à margem de qualquer permissão legal e/ou da justiça espanhola retratada. O próprio Ramón, através de um canudo estrategicamente colocado, bebeu um copo de água contendo uma dose de cianureto de potássio, ato que culminou em sua morte. O caso inspirou o filme espanhol "Mar Adentro". Outro caso que repercutiu mundialmente foi o de Jack Kevorkian, só que neste contexto, não era ele quem desejava morrer: Jack foi um médico estadunidense conhecido como "doutor morte", que auxiliava os pacientes que desejassem o suicídio assistido, chegando a construir, para tanto, espécies de máquinas que facilitavam o sucesso do intento por cada pessoa que assim desejasse.

momento em que ela vai de encontro aos ideais de um mundo capitalista e sedento por vidas que consumam e façam com que a roda do capital gire cada vez mais (FOUCAULT, 1988). Assim, o ser humano pode não ser tão autônomo quanto parece ou pensa ser, até porque, essa autonomia é construída sempre na relação com o outro[67]. Aliás, no percurso lacaniano do real, do simbólico e do imaginário, as liberdades estudadas no plano do direito encontram-se no registro do imaginário[68].

Então, sobre o direito de morrer já bastante estudado, mas nunca exaurido na órbita jurídica, pronuncia-se a liberdade em relação ao próprio corpo e as próprias decisões inclusive no que diz respeito à hora da morte, quando de algum modo a existência guarda traços de indignidade. É o caso, ademais, do suicídio assistido e da eutanásia. Pronuncia-se fortemente a ideia de autonomia ao final da vida, também, em relação aos cuidados paliativos que se deseja ter ao final da vida, em que há a possibilidade de opção pela ortotanásia, ou seja, a espera da morte seguindo o seu percurso natural, sem a utilização de tratamentos que busquem o prolongamento da vida, senão apenas aqueles indispensáveis à atenuação da dor e do sofrimento. O argumento bastante contundente toma caminho distinto se ponderado a partir da perspectiva psicanalítica.

---

67 Utiliza-se, no texto, a expressão "outro" de modo genérico, mas alerta-se: o outro na psicanálise lacaniana diz respeito a um lugar simbólico, não necessariamente a um sujeito, justamente por ser este sujeito um semelhante, e não profundamente um outro, em um princípio de alteridade radical. O inconsciente é o outro, lugar de onde cada qual recebe mensagens por meio de sonhos, de atos falhos, e repetições, por exemplo, conforme explicita Christian Dunker. Segundo o autor, a própria morte, em Lacan, faz a função do outro. Há, assim, a ponderação de pequeno outro, e de "grande Outro" como esquema estrutural, em Lacan.

68 Não somente do direito, mas no pensamento comum, a liberdade e porquanto a autonomia e a identidade centram-se no eu, porém, conforme a psicanálise lacaniana estudada no componente curricular, o próprio Eu é construído na relação com o outro, de modo que caso não houvesse essa relação, esses conceitos (liberdade, autonomia, identidade) sequer existiriam. Conforme Castro (2020), em Lacan, o Eu é, em si, um outro, é, logo, um desconhecimento que provoca a fantasia da liberdade, da autonomia e da identidade. Assim, o imaginário seria aquilo que guia o ser na relação com o ambiente próprio. Castro (2020) explica, então, que o imaginário é uma construção narcísica. O direito, em si, é da ordem do imaginário.

Como fica, então, a ideia da morte digna para a psicanálise? Para uma possível resposta à dúvida levantada, há a necessidade de voltar-se ao conceito axial de desejo, para que se retome a possibilidade de escolha pela morte digna, caso este seja o caso. Em Freud, a noção de desejo é o retorno a traços mnêmicos de percepção – Lacan os chamaria posteriormente de significantes – (DUNKER, 2016b), assim, o aparelho psíquico buscaria reproduzir experiências de satisfação, aproximando-se, talvez, da ideia de pulsão, em que a busca ocorre para que a experiência de satisfação tenha um modelo (DUNKER, 2016b). O desejo é ligado à representação e a pulsão é limítrofe entre o somático e o psíquico. Assim, desejo, em Lacan, é o trabalho metonímico do significante. Para ele, o desejo não é tanto o encontro com o objeto, mas a ideia de apossar-se do desejo do outro, o desejo é transitivo e intersubjetivo, passando também, pela ideia de reconhecimento (e da negatividade)[69], do ideal de ser reconhecido[70] como estabelecido em Hegel (1992) em que entre o "eu" e o "nós" há uma relação de profunda interdependência. Assim, Dunker (2016b) estabelece que o desejo humano é o desejo do desejo do outro, o desejo de possuir o desejo do outro. Desejos são, pois, déficits de reconhecimento, negatividade, vazio (CASTRO, 2020).

Estando, igualmente, a autonomia decisória, para a psicanálise, no plano do imaginário, e levando em consideração que o desejo é estabelecido em conexão com o desejo do outro, pensar em uma autonomia para morrer ou em eficácia do direito de autodeterminação corporal (FREITAS, 2020) torna-se um processo desafiador. O fato é que, ao que parece, há a premente necessidade de responsabilização pelos próprios desejos, mesmo que eles sejam inconscientes[71], como ponderado por Sérgio Scotti,

69 Safatle (2013) retoma o ideal de reconhecimento sob o ponto de vista da psicanálise lacaniana, e faz uma profunda crítica ao déficit de negatividade das teorias do reconhecimento em sua dimensão política, surgidas principalmente a partir do início da década de 90, no artigo "Abaixo de zero: psicanálise, política, e o déficit de negatividade em Axel Honneth".

70 Recomenda-se o estudo da fase lacaniana do imaginário, mais precisamente em seu conceito de "estádio do espelho" na formação do Eu e o reconhecimento como figura axial.

71 Aqui há a necessidade de um breve comentário: a responsabilização, ao que parece, ocorre após a decisão e suas consequências, na medida em que se pondera a ação de acordo (ou não) com o desejo, e o que dela adveio. No caso da morte digna, o após inexiste. Porquanto, o ato de responsabilização deve ser prévio ao resultado final, ainda que poste-

uma vez que para Lacan (1991), o inconsciente[72] faz parte das pessoas e talvez seja ele mesmo a sua essência. Todos devem, pois, ser considerados culpados por cederem ao próprio desejo, afinal, as pessoas movem-se pelo desejo, vão em busca daquilo que desejam, mesmo que esse desejo seja construído na relação com o outro, ou seja da ordem do outro, nessa relação de reconhecimento já alertada por Jacques Lacan e ponderada com Hegel.

Inevitavelmente, a fórmula do empoderamento sobre o próprio corpo como meio de construção da própria identidade – da autocompreensão, falando de um conceito Habermasiano –, ou do direito à autodeterminação corporal, de por vezes difícil visualização prática na órbita jurídica, mas fortemente defendido, pode ser questionado nas profundezas do ser, "desobscurizadas" pela psicanálise. Isso porque, a autonomia decisória vista sob o âmbito psicanalítico, desconstrói-se, pelo menos do modo como é vislumbrada pelo direito.

Ademais, se o desejo, em psicanálise, é o desejo do desejo do outro, em uma relação negativa de reconhecimento, poderia ser questionada a ideia da autonomia decisória, inclusive no momento da escolha pela morte digna. Porém, mesmo que da órbita do inconsciente, os desejos devem ser recobertos pela responsabilidade de cada um, na medida em que, como posto, o inconsciente faz parte do ser. A própria liberdade comunga da responsabilidade pelo desejo, do desejo de si perpassado, obviamente, por uma espécie de transgressão. O desejo de viver a própria morte, autonomamente, cabe perfeitamente aqui, com o adendo de que dificilmente alguém que deseje morrer dignamente esteja, conscientemente ao menos (frise-se), seguindo outras pessoas, como que em um efeito manada. A transgressão, pelo menos consciente, é perceptível. Há, talvez, a necessidade de transgressão das escolhas do inconsciente[73], e é nesse ponto que entra a psicanálise, como trabalho evidentemente prévio, como forma de, por meio da linguagem, auxiliar a evidenciar e empoderar o ser humano de si e de suas escolhas, até porque, questionar o próprio desejo é neces-

---

rior à escolha.

72 Lembrando que o estudo do inconsciente é o cerne da psicanálise.

73 Para que não se corra o risco de incidir em uma espécie de "discurso da servidão voluntária", utilizando-se a paradoxal expressão de Étienne de La Boétie.

sário, interrogar-se acerca do que se deseja,[74] para que se chegue ao ponto até mesmo do esclarecimento da dúvida suscitada por Lacan, que questionou o agir de cada qual em conformidade ou não com seu próprio desejo. Cabe, daí sim, a responsabilização do indivíduo pelo próprio desejo, ainda que formulado nos caminhos menos visivelmente claros do inconsciente. Liberdade requer, e pressupõe, responsabilidade.

E SE EU MORRER AMANHÃ? PEQUENO, POÉTICO, E TALVEZ UTÓPICO ADENDO

Pensar o sentido da vida é um dilema experimentado há muito pela humanidade, é questionamento filosoficamente estabelecido que desperta ácidas ambiguidades. Paradoxalmente, a morte dá sentido à vida. É quando se percebe que tudo é finito que a vida em seus pequenos detalhes emerge, e emerge a beleza de viver *hoje*. No conceito Heideggeriano (2005) do ser para a morte, reconhecer-se como alguém que desde o nascimento caminha para a morte faz com que o ser humano se aproprie de sua existência e se apodere da própria vida. Olhar a morte como próxima e familiar não pode ser, assim, algo chocante, porque é a partir disso que emerge a autenticidade da vida.

Na psicanálise, Freud (2010) muito bem pontua a presença da imortalidade experimentada inconscientemente. No direito, a vida ainda é o bem mais fortemente protegido, muitas vezes em descompasso com a dignidade de viver. Porém, pensar a morte faz parte da jornada do ser. A morte, a bem da verdade, é o fim último da vida, é um acontecimento da própria existência, o derradeiro e mais importante, talvez. Então, o morrer está compreendido no viver, e é por isso que morrer dignamente,

74 É claro que, em casos de pacientes terminais com breve expectativa de vida, não há tempo hábil para um longo processo de questionamento, o que se torna, ainda, impossível, quando se está de frente a um caso de paciente em estado vegetativo permanente. Tal não ocorre, porém, em casos de escolha pela morte digna para além de doenças terminais, como é o caso de tetraplegia, por exemplo, ou quando a sobrevida é relativamente longa sem tanto sofrimento, o que permitiria um período de análise. Ocorre que, o trabalho de tomada de decisão, se prévio à iminência da morte, comporta um processo de questionamento e responsabilização, o que vem totalmente ao encontro do que se defende na seara do biodireito e da bioética, em relação ao direito à informação que deve ter o paciente na tomada de decisão.

como já pontuado por Zilio (2016), é um direito corolário ao direito de viver dignamente.

Finalmente, se é no caminho que se dá sentido à existência, que o itinerário até a morte seja o melhor da vida, justamente pela intensidade de se entender ser finito. E sempre: o ato de morrer, parafraseando Gil[75], ainda é aqui: na vida, no sol, e no ar.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. Tradução Luiza Ribeiro. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

CARVALHO, Soraya. **A morte pode esperar? Clínica psicanalítica do suicídio**. Salvador: Associação Campo Psicanalítico, 2014.

CASTRO, Matheus Felipe de. **Aulas do componente curricular "Seminários Avançados sobre efetivação protetiva das liberdades civis"**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Oeste de Santa Catarina, 2020.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

DUNKER, Christian. **A clínica lacaniana e a demanda suicida**. 2017. Disponível em:<https://www.youtube.com/watch?v=U9rAc-tRkbGk>. Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. **Naturalização das estruturas neurótica, psicótica e paranoica?** 2016a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?-v=BxWfAzWlm0Q>. Acesso em: 23 jul. 2020.

_____. **Qual é a diferença entre desejo, pulsão e gozo?** 2016b. Disponível em:< https://www.youtube.com/watch?v=4MJaH5Ro-qkE&t=36s>. Acesso em: 26 jul. 2020.

75 Gilberto Gil em "Não tenho medo da morte".

DURKHEIM, Émile. **O Suicídio**: estudo de sociologia. Tradução Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FREUD, Sigmund. Considerações atuais sobre a guerra e a morte (1915). In: **Obras Completas Volume 12**: Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos. Tradução Paulo César de Souza. Companhia das Letras: 2010, p. 156-184.

FREITAS, Geísa. A morte pode esperar? Clínica psicanalítica do suicídio. **Stylus Revista de Psicanálise**. Rio de Janeiro, n. 31, p. 215-222, 2015. Disponível em: < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-157X2015000200022>. Acesso em: 17 jul. 2020.

FREITAS, Riva Sobrado de. **Aulas do componente curricular "Seminários Avançados sobre efetivação protetiva das liberdades civis"**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Oeste de Santa Catarina, 2020.

GIL, Gilberto. **Não tenho medo da morte**. 2012. Disponível em:<https://www.youtube.com/watch?v=ThuhVu9vNFo>. Acesso em: 28 jul. 2020.

HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte II. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**: o que os pacientes terminais têm a ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos próprios pacientes. Tradução Paulo Menezes. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LACAN, Jacques. **O Seminário, Livro 7**: a ética da psicanálise. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

SAFATLE, Vladimir. Abaixo de zero: psicanálise, política e o déficit de negatividade em Axel Honneth. **Discurso**, v. 1, n. 43, p.191-228, 2013. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/84727>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SCOTTI, Sérgio. **Psicanálise**: uma ética do desejo. Disponível em:< http://www.psicanalise.ufc.br/hot-site/pdf/Palestras/01.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ZILIO, Daniela. **A autonomia decisória do paciente terminal como alicerce para a efetivação do direito de morrer com dignidade pessoal: o direito à morte (digna) como corolário do direito à vida (digna)**. 2016. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós--graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Chapecó, 2016.

DEMOCRACIA E POVOS INDÍGENAS: A APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA AMBIENTAL COMO O *ETHOS* JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDÍGENAS

Adriana Xavier Ferreira Lopes

INTRODUÇÃO

O conceito de democracia remete a conquista e ocupação de espaços sociopolíticos, em que as expressões culturais de diferentes grupos étnicos são respeitadas e reconhecidas, e ao se vincularem, compõem a identidade de cada país. No panorama da história de integração do índio à sociedade brasileira, percebe-se que urge criar um espaço de diálogo mais profundo com as políticas indigenistas, valorizando a cultura e a história do índio ao longo do processo de consolidação do Estado brasileiro.

A integração concreta das comunidades tradicionais perpassa alguns desafios, principalmente no que tange às práticas, os moldes comportamentais, as crenças e os costumes singulares de sua identidade cultural. Apesar de contar com grande multiplicidade, deve ser ressaltado que a proteção e o acesso ao meio ambiente é imperativo em todas as expressões culturais indígenas, e à vista disso, revela a importância da representatividade indígena aproximar as esferas sociais, econômicas e ambientais.

É vital que a participação democrática seja desenvolvida e aprimorada, para viabilizar a construção de uma governança ecológica, incluindo

os fundamentos da democracia ambiental. Assim, ao estabelecer os parâmetros de acesso à informação, de acesso à participação social e à Justiça em questões ambientais, é possível o enfrentamento de impasses sociais e jurídicos, e implantar uma democracia fática.

O acesso à informação e à participação, além de serem as bases formais de um espaço democrático, possuem vinculação direta com a fruição dos direitos fundamentais. Logo, intenta-se estabelecer uma agenda política transformadora e participativa, cuja coletividade seja essencialmente construída com e pelos grupos minoritários, à máxima tutela dos direitos fundamentais, constitucionalmente positivados na Constituição Federal de 1988.

Deste modo, o presente estudo procura examinar o espaço de democratização da gestão dos recursos naturais e ambientais, com seus instrumentos e pilares essenciais. Não se olvida do papel elementar da lógica jurídica, resguardada em instrumentos internacionais e positivada no ordenamento jurídico vigente, que assegura a legitimidade das reivindicações e mobilizações sociais que abordem os riscos ambientais.

Com efeito, ao se debruçar sobre a pluralidade da cultura brasileira, percebe-se que a superação dos desafios socioambientais pressupõe o reconhecimento da autonomia dos povos indígenas, enquanto coletividades diferenciadas. Assim, a democracia ambiental se constitui como um novo *ethos* jurídico, que assegura a construção de políticas públicas ambientais efetivas, ao representar a coletividade com as especificidades que se distinguem na sociedade nacional.

Por fim, como resultado do estudo, pretende-se demonstrar que a democracia ambiental é um instituto que contribui com o aprofundamento democrático, potencializado pela proteção de direitos fundamentais, e ainda, amplia a capacidade governamental de identificar as demandas sociais e fornecer respostas eficazes e adequadas.

2. DA DEMOCRACIA AMBIENTAL

Delinear os ideais democráticos proporciona titularidade a cada membro da sociedade, em expressar seus interesses, vontades e opiniões, sendo precisamente esta multiplicidade que concretiza seus direitos. Possibilitar o máximo desenvolvimento das garantias individuais, a partir da organização das comunidades e da responsabilidade do Estado, é o que permite a democracia florescer.

O princípio integrador se baseia na participação da sociedade, para que determine seus sistemas político-econômico e social-cultural. Assim, por meio da divulgação de informação, reclama-se a conscientização e a mobilização dos cidadãos, que acabam moldando as perspectivas populares e as ações do governo, pela singularidade de cada povo.

A democracia de cunho ambientalista surge na Convenção de Aarhus, em 1998, para assegurar que as decisões sobre os recursos naturais atendam aos interesses da coletividade, de forma adequada e equitativa. A construção da discussão ambiental rompe o antigo paradigma de estabelecer um padrão para o resultado, e define o padrão de como as tomadas de decisão devem ser feitas. Neste prisma, o Princípio 10 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, se compromete com a promoção da justiça nessa agenda:

> A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.

Ao dar voz ao público, a sociedade civil acompanha o progresso do governo, ampliando seu monitoramento e, em última instância, o Judiciário se torna o protagonista das demandas ambientais, mais hábil e com melhores resultados. Nessa senda, as informações ambientais transparentes e de livre acesso, juntamente com as propostas de participação pública, são a base para a mudança de uma distribuição mais justa de custos e benefícios.

A recepção desse raciocínio se deu por meio da promulgação do Acordo de Escazú, oriundo da Rio+20, sendo o primeiro tratado regional ambiental da América Latina e do Caribe. Seu desenvolvimento se deu em face da fragilização e da violação de direitos em casos de grandes embates ambientais, que implicam em enormes impactos socioambientais.

O principal objetivo do Acordo foi reafirmar e estipular a tríade de direitos: o acesso pleno à informação, a participação e acesso à justiça ambiental para pessoas em condição de vulnerabilidade. Ademais, define que o Estado é o responsável, e que não deve medir esforços para publicar e difundir informações e ações sobre o meio ambiente. Essas diretrizes são a via efetiva para a resolução da problemática ambiental, alcançando as comunidades que são marginalizadas das deliberações, e transformando os rumos das práticas dominantes, ao incorporar a pluralidade como eixo fundamental. Reconhecer a desigualdade e a escassez de oportunidades dos grupos historicamente marginalizados, como os indígenas, é a forma de reivindicar a racionalidade capaz de suplantar essa disparidade. Desta forma, permite-se a emancipação deste grupo e a defesa do seu direito de acesso à natureza, ao ter sua voz ecoada nas instâncias democráticas de agenda ambiental.

A transição rumo a um novo modelo propõe-se a conciliar valores culturais diversos, bem como reconhece a essencialidade e os potenciais ecológicos e aprofunda a igualdade e a fortificação de valores democráticos. Por isso, avançar em um caminho mais justo e sustentável, com informação e participação oportuna em todos os setores da sociedade, é essencial para confrontar a ineficiente e insustentável cultura de interesses limitados e fragmentados que ainda opera.

Assim, percebe-se que os resultados ambientais também compartilham interesse nos arranjos de participação, representação e deliberação, e que são primordiais para garantir a legitimidade democrática nas resoluções ambientais. Isto posto, é notório que a democracia ambiental firma um compromisso com o desenvolvimento sustentável, e além da proteção ecológica, também levanta questões de qualidade de vida, justiça social e justiça intergeracional.

3. DAS VIAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA AMBIENTAL

O eixo da democracia ambiental possui uma tríade de diretrizes, que perpassam o acesso à informação, à participação e à Justiça. A organização da gestão estatal, aliada ao desenvolvimento dos espaços políticos e dos canais de participação, com ampliação dos dizeres acerca das decisões que abordam demandas ambientais, são as alternativas de legitimação do pluralismo jurídico no Brasil.

Nesta seara, é indispensável que o Estado permita aos povos indígenas a prerrogativa de controle sobre seu destino político, para garantir que as decisões sobre as terras e os recursos naturais atendam aos interesses dos cidadãos de forma adequada e equitativa. Em essência, com três direitos primordiais, que se reforçam quando combinados mutuamente, quais sejam: o livre acesso à informação de qualidade sobre temas ambientais, a participação na tomada de decisões e a busca do cumprimento da legislação.

3.1. ACESSO À INFORMAÇÃO

A carência de bases informativas de riscos e efeitos ecológicos, ao serem ocultados, desencadeiam-se em rejeição da compreensão e também inviabiliza sua própria existência. O Acesso à Informação tem como consequência a regulação jurídica dos conflitos ecológicos, e por isso, é indeclinável o adequado acesso a informação ambiental. Pressupondo-se que as proporções e a magnitude dos riscos não sejam confirmadas ou identificadas, não se pode obter sua legitimação; por isso, deduz-se que não existem, até que se prove o contrário. Sendo assim, as informações e a busca do conhecimento é ignorada, produzindo efeitos que dificultam a realização dos processos de tomada de decisão.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art. 19, declarou que para usufruir do seu direito de liberdade de opinião e expressão, deve, sem interferências, "procurar, receber e transmitir informações". Desde então, outros instrumentos internacionais reconhecem o Acesso à Informação como direito inalienável, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[76], o capítulo 40 da Agenda 21[77], a Conven-

76 Artigo 19:

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 idéias 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.

77 Informação para tomada de decisão

40.1. No desenvolvimento sustentável, cada pessoa é usuário e provedor de informação, considerada em sentido amplo, o que inclui dados, informações e experiências e conhecimentos adequadamente apresentados. A necessidade de informação surge em todos os níveis, desde o de tomada de decisões superiores, nos planos nacional e internacional, ao

ção sobre Diversidade Biológica[78] e ainda, a Convenção Internacional de Combate à Desertificação[79], sendo o texto destes instrumentos internacionais ratificados ao ordenamento interno.

No sentido de confirmar a relevância e centralidade do direito de Acesso à Informação, o governo brasileiro a determinou como condição indispensável para o Estado Democrático de Direito. Sendo que a sua negligência implicaria não somente nos direitos civis e políticos, mas também a direitos econômicos, sociais e culturais. Conforme dispôs no artigo 5 da Constituição Federal:

> CAPÍTULO I: DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

---

comunitário e individual. As duas áreas de programas seguintes necessitam ser implementadas para assegurar que as decisões se baseiem cada vez mais em informação consistente:
(a) Redução das diferenças em matéria de dados;
(b) Melhoria da disponibilidade da informação.

78 Artigo 17: Intercâmbio de Infomações
1. As Partes Contratantes devem proporcionar o intercâmbio de Informações, de todas as fontes disponíveis do público, pertinentes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica, levando em conta as necessidades especiais dos países em desenvolvimento.
2. Esse intercâmbio de Informações deve incluir o intercâmbio dos resultados de pesquisas técnicas, científicas, e sócio-econômicas, como também Informações sobre programas de treinamento e de pesquisa, conhecimento especializado, conhecimento indígena e tradicional como tais e associados às tecnologias a que se refere o § 1 do art. 16. Deve também, quando possível, incluir a repatriação das Informações.

79 Artigo 18: Transferência, aquisição, adaptação e desenvolvimento de tecnologia
a) utilizar plenamente os sistemas de informação e centros de intercâmbio de dados nacionais, sub-regionais, regionais e internacionais relevantes existentes, com a finalidade de difundir informação sobre as tecnologias disponíveis, as respectivas fontes, os respectivos riscos ambientais e as condições genéricas em que podem ser adquiridas;
Artigo 19: Desenvolvimento das capacidades, educação e conscientização pública
d) encorajamento do uso e difusão dos conhecimentos gerais, conhecimentos técnicos e práticas da população local nos programas de cooperação técnica, sempre que seja possível;
3. b) promover, permanentemente, o acesso do público à informação relevante, bem como uma ampla participação daquele nas atividades de educação e conscientização;

> no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Importante ressaltar que, mesmo anteriormente à Carta Constitucional, com o advento da Lei nº 6.938/81, que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, o Estado reconheceu a importância da divulgação de dados e informações ambientais, para a formação da consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade do meio ambiente.

Extrai-se:

> DOS OBJETIVOS DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE
>
> Art. 4º – A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
>
> V – à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

E ainda preceitua:

> Art. 9º – São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:
>
> Influenciada pela repercussão do princípio 10 da Rio-92 e da Convenção de Aarhus, esta lei significou avanços importantes na efetivação do direito ao acesso à informação em matéria ambiental.
>
> XI – a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzí-las, quando inexistentes;

Os reflexos deste entendimento consolidaram-se especificamente na redação da Lei de Acesso à Informação Ambiental (Lei nº 10.650/2003),

ao determinar que as informações ambientais devem ser disponibilizadas à população obrigatoriamente e independente de requisição. Em que se observe:

> Art. 2º - Os órgãos e entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama), ficam obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas a:
>
> I – qualidade do meio ambiente;
>
> II – políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental;
>
> III – resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas;
>
> IV – acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais;
>
> V – emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos;
>
> VI – substâncias tóxicas e perigosas;
>
> VII – diversidade biológica;
>
> VIII – organismos geneticamente modificados.
>
> § 1º Qualquer indivíduo, independentemente da comprovação de interesse específico, terá acesso às informações de que trata esta Lei, mediante requerimento escrito, no qual assumirá a obrigação de não utilizar as informações colhidas para fins comerciais, sob as penas da lei civil, penal, de direito autoral e de propriedade industrial, assim como de citar as fontes, caso, por qualquer meio, venha a divulgar os aludidos dados.

Além disso, a Lei Geral de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11) fomenta o desenvolvimento de uma gestão transparente, propiciando seu

amplo acesso e sua divulgação, garantindo, dessa forma, a disponibilidade e a autenticidade das mesmas. Restando cristalino que é dever dos órgãos e entidades públicas promover a divulgação, em local de fácil acesso, as informações íntegras e atualizadas, de interesse coletivo ou geral, por eles produzidas ou custodiadas, independentemente de requerimentos.

No que tange à relação indígena com as políticas ambientais, é premente reconhecer que o marco central da questão é a proteção de suas terras e de seus recursos naturais, elementos imprescindíveis para a sua sobrevivência físico-cultural. Desse modo, o direito à informação ambiental advém de direitos civis e políticos fundamentais, e promove um cenário de sociobiodiversidade, pautado em forças de ordem institucional, ecológica e social, capazes de promover os direitos ambientais, territoriais e culturais, próprios dos povos indígenas.

Frisa-se, por fim, a necessidade de retomar o diálogo com esses povos, que após um longo período de negação de direitos e invisibilidade, merece ser encarada sob um enfoque jurídico-político, e não se resumir como confronto étnico, antropológico ou social. Assim, a democratização da informação fortalece a conscientização popular, o protagonismo indígena, e gera um maior engajamento nas tomadas de decisões e na fiscalização da gestão pública nos processos do meio ambiente.

3.2. ACESSO À PARTICIPAÇÃO

As leis de participação são os instrumentos edificantes da democracia, que se constituem na representação política e na titularidade de autonomia da coletividade, nas demandas e nas decisões que a impactam. O compromisso público é a mola propulsora da proteção e promoção dos direitos fundamentais, que concede a participação de modo ponderado nas esferas sociais, políticas, econômicas e ambientais do país.

A democracia participativa, ao versar sobre matéria ambiental, propõe não somente recuperar a parcela de poder destinada a sociedade civil, como também de suprir e sanar as omissões estruturais e/ou conjunturais da sua representatividade. Então, a intervenção no processo decisório faz com que as decisões tenham mais qualidade e alcance, pois defende-se os interesses em prol de uma população, de uma comunidade ou de uma etnia e ainda, se garante benefícios ambientais para a coletividade.

Essa tutela jurídica peca, com as minorias étnicas, em nível local e nacional, quando o público é meramente informado de uma decisão, e não tem a oportunidade de influenciar em sua elaboração. Por isso, a possibilidade de amparar as demandas indígenas e servir os interesses mais amplos da sociedade, demonstra a luta na conquista de espaços e o combate à inércia, que retira a legitimidade daqueles que poderiam participar.

A importância socioambiental das terras indígenas, é demonstrada com as práticas que revelam respeito e interdependência do seu sustento da cultural aos valores da conservação ambiental e, por conseguinte, determinam seu *modus vivendi*. O Estado, em busca de tentar aproximar a cidadania e o pluralismo brasileiro (CRFB, art. 1º, II e V) em suas esferas, determina que os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser seriamente consultados.

A previsão da oitiva dos índigenas sobre assuntos que os afetem, o reconhecimento da relação única com suas as terras e territórios, e os direitos de conservação de seus recursos naturais, estão na Convenção Internacional de sobre Povos Indígenas e Tribais (Convenção nº 169 da OIT) que o Brasil ratificou por meio do Decreto nº 5.051/04, posteriormente alterado em 2019. Apesar de alguns vetos impiedosos, permanece a consulta e o tratamento especial das comunidades indígenas, o que auxiliam no procedimento de tomada de decisões estatais e permite que o fluxo de informações entre as comunidades e o governo decorra de forma fruída.

Ademais, permanece o entendimento que o Estado deve zelar para "se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos". Compreendendo que os governos devem adotar medidas em cooperação com as comunidades tradicionais, para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. Nesse contexto, analisa-se a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que estipula que o governo deve consultar e cooperar de boa-fé com os povos indígenas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que lhes impacte.

Se torna possível afirmar, que as políticas ambientais e a construção de um governo sustentado na defesa recursos naturais, é justamente a correlação entre democracia e direitos fundamentais. Nutre, ainda, o senti-

mento de responsabilidade partilhada no que tange à conservação do meio ambiente e a tutela de interesses e garantias fundamentais.

Considerando a amplitude dos direitos elencados, entende-se que ao garantir aos povos indígenas direito à autodeterminação, e a autonomia de participar da vida política do Estado, se atende, em teoria, a justiça social e participativa. O desenvolvimento do acesso à participação é um processo contínuo, e conforme as consultas incorporem sugestões e críticas, o sistema se aperfeiçoará em via dupla, do Estado para as lideranças dos povos indígenas e vice-versa.

3.3. ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça, por sua vez, é o meio capaz de realizar os anseios dos ignorados, quando as propostas públicas fracassam na tutela de direitos, principalmente no caso das comunidades tradicionais, em razão de sua baixa participação nesse processo. Dessa maneira, a democracia se fortalece, enquanto se valida como forma de governo que visa a proteção das garantias fundamentais, sejam elas das minorias ou das maiorias.

A lógica jurídica de agir preventivamente para assegurar a efetividade do direito e suas normas de concretização encoraja as organizações e a sociedade civil a defender o meio ambiente, buscando o controle e a promoção da execução das leis aprovadas. Essa tutela jurídica é essencial, e deve semear um novo sentido de democracia, norteada pelo princípio da igualdade, criando-se um novo paradigma, em que se protege as minorias de forma incisiva e rigorosa.

No que se refere aos indígenas, a Constituição de 1988 estabeleceu, em seu artigo 232, que "os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses". Além do mais, sua promulgação possibilitou uma amplitude legal, ao abranger os índios no rol de legitimidade na defesa do meio ambiente, conforme rege a Lei da Ação Civil Pública (LACP).

Embora não se conceitue legalmente a vulnerabilidade, o documento "As 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade", elaborado pelas Cortes Superiores de Justiça dos países ibero-americanos, juntamente com a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP) e a Associação Interamericana de De-

fensorias Públicas (AIDEF), atribui o conceito às comunidades indígenas em via de acesso à justiça estatal. Dentre as regras básicas, cita a difusão de informação sobre o processo jurisdicional, e dispõe, que "na celebração dos atos judiciais respeitar-se-á a dignidade, os costumes e as tradições culturais das pessoas integrantes de comunidades indígenas, conforme a legislação interna de cada país".

Em âmbito interno, sabe-se que os juízes são fruto de sua própria experiência, formados por valores e crenças pessoais, que resultam em pouca compreensão da historicidade, do processo cultural, práticas sociais e modos de vida, ao julgar os processos indígenas. Destarte, apesar de simbolizar a porta de entrada para a participação na sociedade, não se garante a inclusão social de fato, se o seu titular não pode instigar o sistema de justiça de maneira palpável para obter a tutela do dito direito. Percebe-se imprescindível o estabelecimento de um novo *ethos* jurídico, que oriente as ações governamentais em matéria indígena, para a redução das desigualdades sociais e do monopólio de conteúdo das decisões estatais. Acredita-se que o acesso à Justiça se tornaria um mecanismo de prestação eficiente aos índios, favorecendo a coesão social, ao aplicar as normas de direito internacional e reconhecer as experiências da América Latina sobre esta temática.

Isto posto, compreende-se que o sistema judicial deve ser o instrumento para a defesa dos direitos de pessoas em condição de vulnerabilidade, objetivando a harmonização dos costumes e tradições indígenas, com a tutela jurídica. A cidadania, então, se fortalece a medida em que se reivindica a defesa dos interesses dos indivíduos, vítimas de situações de injustiça ou negligência, e de comunidades fragilizadas.

À vista do elucidado, procede-se a uma reflexão acerca da compreensão do ato jurídico, construído além da garantia de universalização do acesso à Justiça, e priorizando o projeto de país democrático e respeitoso de sua sociodiversidade. Sendo pertinente reconhecer a peculiaridade dos povos indígenas, em sua forma de ser e de conviver com a natureza, cujos conhecimentos e práticas tradicionais merecem respaldo jurídico e uma maior implementação e execução de políticas de preservação do meio ambiente.

Tem-se, assim, um arcabouço normativo, com respaldo legal, constitucional e internacional, que deve ser implementado para correção *in casu* das mazelas do sistema democrático em relação aos povos indígenas.

Não se olvidando, que a desmoralização do Poder Judiciário não se limita na dificuldade de acesso por estes povos, pois a eficácia de seus direitos se traduz em decisões mais justas, plurais, emancipatórias e interculturais.

4. CONCLUSÃO

Na democracia brasileira, o encontro com as políticas ambientais permite enraizar uma profunda justiça social, assimilando o conceito de desenvolvimento ao alcance da coletividade de forma indivisível, conquanto as nítidas particularidades. A integração e o progresso outorgam uma cidadania plena e arraigada à sociedade, em que se tem resguardado o pleno reconhecimento dos seus direitos fundamentais.

O protagonismo indígena, assegurado no ordenamento pátrio e em textos internacionais, enaltece que esse povo não pode estar à margem da sociedade, pois são componentes essenciais no processo de histórico cultural do Brasil. Ressalta-se que a justiça social deve estar desacompanhada de um *ethos* próprio que possibilite sua concretização, visando uma legitimidade plural de acessibilidade.

As diretrizes da democracia ambiental, portanto, fortalecem a luta democrática e estabelecem um espaço de diálogo, onde as demonstrações de interesse se dão de formas mais eficazes sobre a gestão de seus territórios e recursos naturais. Sendo o meio ambiente parte indispensável da identidade indígena, a defesa dos seus direitos fundamentais deve avançar pelas normas constitucionais, medidas legislativas, políticas públicas e decisões administrativas, que garantam o direito fundamental à terra, ao território e a sua autonomia enquanto povos, por meio da participação política.

O acesso à informação e o estímulo da conscientização criam, consequentemente, uma maior abertura à participação popular, que diminui a lacuna existente entre as instituições políticas e as demandas da população. O acesso à Justiça, por sua vez, é o corolário para o êxito de uma administração pública democrática, cujas deliberações permitem a resolução de conflitos e a restauração de danos ambientais.

Finalmente, trata-se da consolidação de um novo *ethos* jurídico, em que a democracia ambiental canaliza a comunhão de interesses em matéria ecológica e reconhece a importância dos atores políticos para a implementação de uma nova ética social. Deste modo, a construção do futuro acolhe a pro-

teção do meio ambiente, como diálogo com a realidade social, que penetra profundamente nos órgãos do Estado, amplia a função social do direito e garante a tutela dos direitos fundamentais de toda coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agenda 21. <https://antigo.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/CadernodeDebates9.pdf> Acesso em: 26 mar. 2021

_____. Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Prevenção-contra--a-Discriminação-e-Proteção-das-Minorias/declaracao-sobre-os--direitos-das-pessoas-pertencentes-a-minorias-nacionais-ou-etnicas-religiosas-e-linguisticas.html > Acesso em: 29 mar. 2021

_____. Decreto nº 10.088. Convenção **nº** 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72> Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021

_____. **Lei nº 10.650**. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.650.htm> Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. Lei nº 7347. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Política Nacional do Meio Ambiente Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm> Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/Regras%20de%20Brasilia%20sobre%20acesso%20a%20justica.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988.

CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade/convencao-sobre-diversidade-biologica>. Acesso em: 26 mar. 2021.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE COMBATE À DESERTIFICAÇÃO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2741.htm> Acesso em: 25 mar. 2021.

CHIRIBOGA, Oswaldo. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000200004#top66> Acesso em: 28 mar. 2021.

DUPRAT, Deborah. O papel do Judiciário. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/O_papel_do_Judiciário> Acesso em: 28 mar. 2021.

GARGIA, Elena. El medio ambiente sano: La consolidación de un derecho. **Rev. Bol. Der**. Santa Cruz de la Sierra, n. 25, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572018000100019> Acesso em: 27 mar. 2021.

MARTINEZ, Esperanza. Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. **Rev. Direito Práx.** anta Cruz de la Sierra, v. 8, n. 4, Rio de Janeiro Oct./Dec. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000402927> Acesso em: 25 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Aarhus Convention – Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters. Disponível em: <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/introduction>. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. Declaração das Nações Unidas sobre Diversidade Cultural Disponível em: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf> Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf> Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. Las principales obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FP_ReportSpanish.pdf> Acesso em: 23 mar. 2021.

REFKALEFSKY, Violeta. Development, environment and indian rights: where is the priority? **Rev. direito GV** v. 6 n. 2 São Paulo, dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000200008&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 25 mar. 2021.

SCHMITZ, Stefan. Acesso à Justiça: Dificuldades enfrentadas pelos índios Xokleng Laklann na busca por seus direitos na comar-

ca de Ibirama. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4657/Monografia%20Acesso%20à%20Justiça%20%C3%ADndios%20Xokleng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 29 mar. 2021.

SILVA, Juliano. O acesso à Justiça dos povos indígenas a partir da atuação da Defensoria Pública sob a perspectiva do multiculturalismo. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178720/347869.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 29 mar. 2021.

SHRADER-FRECHETTE, Kristin. Environmental Justice: Creating Equality, Re- claiming Democracy. Oxford University Press. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=TU7LbN5c9=-gC&oi=fnd&pg=P10R&dq-Environmental+Justice:+Creating+Equality,+Re-+claiming+Democracy&ots=bjXnc9txe1&sig=mk0kqHqNr6c985X1ANZEVjWv7pQ#v=onepage&q=Environmental%20Justice%3A%20Creating%20Equality%2C%20Re-%20claiming%20Democracy&f=false> Acesso em: 28 mar. 2021.

LIBERDADE SINDICAL E A NECESSIDADE DE CLASSIFICAÇÃO EM CATEGORIAS DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Sandro Nahmias Melo[80]
Túlio Macedo Rosa e Silva[81]

INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos humanos fundamentais é tema cativante, pois mostra a beleza da tutela do ser humano, objeto último da proteção da Ciência Jurídica. Diante de todas as ameaças e ataques experimentados pela humanidade ao longo de sua história, é interessante observar a evolução e o desenvolvimento das normas que compõem a teia de proteção ao ser humano.

No grupo dos direitos humanos fundamentais, a liberdade sindical possui papel de destaque na medida em que sua plena garantia constitui mecanismo para fortalecer e viabilizar a tutela de outros direitos humanos,

---

80 Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP; professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental (Mestrado) da Universidade do Estado do Amazonas; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho – Cadeira n. 20; juiz do Trabalho Titular do TRT da 11ª Região; membro do Conselho Editorial da Revista LTr.

81 Doutor e mestre em Direito pela USP; professor adjunto da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas, no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental (Mestrado); juiz do Trabalho.

como, por exemplo, a proteção do trabalho humano, da saúde e bem-estar, da segurança social, do lazer. Nesse contexto, é importante analisar em quais categorias os direitos humanos fundamentais são divididos, verificando os critérios aplicados para as divisões. Em seguida, é necessário analisar se existe utilidade para a inserção da liberdade sindical em uma ou mais categorias estudadas. Na presente pesquisa, portanto, foi utilizado principalmente o método dialético, por meio da análise de diversas posições doutrinárias relacionadas aos assuntos investigados.

Em decorrência da natureza do problema abordado, foi utilizado também o método dedutivo que se destina a demonstrar e justificar os fatos correlatos ao problema, mediante a aplicação de recursos lógico-discursivos, calcados nos seguintes critérios: coerência, consistência e não-contradição.

1. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: DIVISÕES, CARACTERÍSTICAS E CRÍTICAS

Influenciados pela classificação criada pelo jurista francês de origem checa, Karel Vasak, em Conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, os direitos humanos estariam divididos em três gerações – primeira, segunda e terceira – dotadas de peculiaridades específicas (RAMOS, 2005, p. 82). A virtude dessa divisão é facilitar a compreensão do estudo desses direitos, apresentando-se como uma classificação didática que evidencia o tempo e o espaço em que surgiram (PINTO, 2009, p. 56).

A classificação, entretanto, não é isenta de críticas. A primeira delas é realizada no sentido de que, nessas gerações, são projetadas as categorias de direitos conforme sua obrigatoriedade, exigibilidade e judicialidade em afronta direta à característica da indivisibilidade dos direitos humanos. Tal indivisibilidade foi reconhecida na Declaração Final de Viena da Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993 (AGUILAR CAVALLO, 2010).

Além disso, Antônio Augusto Cançado Trindade se refere ao termo como a fantasia das gerações dos direitos. Assim, a expressão "geração de direitos humanos", ou outras similares, não deve prejudicar a unidade conceitual desses direitos, pois estão todos relacionados à dignidade hu-

mana que é una. Esse entendimento é extraído dos preâmbulos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em que se consagram direitos iguais e inalienáveis a todos os integrantes da família humana derivados da dignidade inerente à pessoa humana (parágrafo segundo dos preâmbulos de ambos os documentos) (BAZAN, 2013).

Um posicionamento intermediário é adotado por Alberto do Amaral Júnior ao afirmar que a divisão dos direitos humanos em geração não significa que o surgimento de uma delas tenha eliminado a anterior. Nessa linha, o termo geração indica "um novo aspecto ou dimensão no campo dos direitos humanos, que não afasta ou elimina as conquistas já obtidas". Logo, as gerações de direitos humanos convivem, bem como relacionam-se entre si, conforme expresso na Declaração Final da Conferência de Viena de 1993. Na maioria das situações, não se consegue estabelecer uma divisão que aponte com clareza os direitos de primeira, segunda ou terceira geração, evidenciando a "sobreposição de duas ou mais gerações de direitos" (AMARAL JÚNIOR, 2013, p. 507).

Importante mencionar ainda que o lema da Revolução Francesa de 1789, "liberdade, igualdade e fraternidade", expressou em três pontos centrais a essência dos direitos humanos, "profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização" (BONAVIDES, 2016, p. 577). Assim, no presente trabalho adota-se o vocábulo dimensão em virtude de o termo impedir a falsa ideia de que o desenvolvimento de um grupo de direitos tenha superado o outro.

A primeira dimensão dos direitos humanos é composta pelos direitos vinculados à liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos, os primeiros a serem consagrados nos diplomas constitucionais, correspondendo, assim, em grande medida, à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Já os direitos humanos de segunda dimensão são formados pelos direitos econômicos, sociais e culturais, além dos direitos coletivos ou de coletividades, oriundos das diferentes modalidades de Estado social. Esses direitos surgiram vinculados ao princípio da igualdade e dele não podem ser divorciados, sob risco de perderem seu sentido. Enquanto isso, os direitos de terceira dimensão correspondem ao direito à paz, ao direito ao desenvolvimento, ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum, ao direito de comunicação e ao direito ao meio ambiente, traduzindo-se no

ideal de fraternidade profetizado na Revolução Francesa. Finalmente, há os direitos de quarta dimensão, fruto da globalização política no âmbito da normatividade jurídica e equivalem ao último período de desenvolvimento do Estado social. Integram essa categoria de direitos o direito à informação, à democracia e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2016).

Ingo Sarlet destaca que os direitos classificados como de primeira dimensão, integrados pelos direitos civis e políticos, possuem forte marca individualista, tendo surgido como direitos da pessoa diante do Estado, notadamente como direitos de defesa frente a ele, estabelecendo, portanto, uma esfera de não ingerência por parte do poder público na autonomia individual de cada cidadão. Nessa medida, são denominados também como direitos dotados de uma dimensão "negativa", pois sua finalidade é determinar uma não intervenção estatal na esfera da autonomia individual (SARLET, 2003).

Os direitos de segunda dimensão são oriundos das lutas sociais ocorridas na Europa e Américas, tendo como expressões a Constituição mexicana de 1917 (que regulamentou o direito à previdência social e o direito ao trabalho), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que fixou os deveres do Estado na tutela dos direitos sociais) e, no âmbito do Direito Internacional, o Tratado de Versalhes, que deu origem à Organização Internacional do Trabalho, consagrando direitos dos trabalhadores (RAMOS, 2005). Direitos econômicos como defesa da dignidade do trabalho, direitos sociais como proteção contra necessidades e direitos culturais como requisito para obtenção de educação e cultura, alterando, assim, as condições dos operários. Todos os textos constitucionais promulgados após a Primeira Guerra Mundial contemplam esses direitos, em maior ou menor medida (MIRANDA, 2003).

Em relação aos direitos de terceira dimensão, Alberto do Amaral Júnior lembra que a noção de fraternidade oriunda da Revolução Francesa concentra os aspectos dos direitos de primeira e segunda dimensão, combinando elementos num quadro mais amplo confluindo no direito ao desenvolvimento, que está previsto na Declaração da Organização das Nações Unidas de 1986. Nessa linha, o direito ao desenvolvimento compreende um direito síntese, pois de um lado expõe o aspecto do crescimento econômico, demonstrando a necessidade de produção de riqueza, mas de outro, há o aspecto da "distribuição dos frutos do crescimento

produzido". Ultimamente, o desenvolvimento traz ínsita a noção de sustentabilidade, especialmente nos trabalhos realizados pela Comissão das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Comissão Brundtland, criadora do relatório "Nosso Futuro Comum". Dessa forma, a sustentabilidade é compreendida como uma equidade entre as gerações "que se traduza na distribuição de recursos entre os membros de uma mesma geração, mas uma equidade que pense na relação que a geração presente deve manter com as futuras, independentemente da sua proximidade ou de sua distância temporal" (AMARAL JÚNIOR, 2010).

Importante lembrar, conforme Asbjørn Eide, que os direitos econômicos e sociais encontraram aceitação nos documentos internacionais antes dos direitos civis e políticos. Basta lembrar que, no final do século XIX, foi crescente o reconhecimento de que melhores condições de trabalho já consagradas no plano nacional necessitavam de cooperação e atuação internacional. Nessa linha, a primeira conferência a adotar acordos internacionais nessa esfera ocorreu na Alemanha em 1890, quando foram adotadas algumas recomendações que não tiveram muito sucesso. Em seguida, em 1900, um grupo de estudiosos e administradores fundou a International Association for Legal Protection of Workers com sua sede em Basel, Suíça. Amparados nesses trabalhos, o governo suíço convocou conferências em 1905 e 1906 na cidade de Berna onde se adotaram as primeiras convenções sobre a matéria. Os tumultos políticos nos anos seguintes que culminaram com a Primeira Guerra Mundial suspenderam temporariamente os esforços no sentido de se criar legislação em matéria trabalhista no plano internacional, mas a situação mudou com a criação da OIT em 1919, como parte de um acordo pós-guerra (EIDE, 2001).

Nessa mesma linha, Valério de Oliveira Mazzuoli, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto registram que apesar de na ordem institucional os direitos humanos terem sido reconhecidos inicialmente pelos direitos civis e políticos, vinculados ao desenvolvimento do Estado Liberal, que sob um viés histórico coincidem com a etapa inicial do constitucionalismo do Ocidente, e na sequencia, no contexto do Estado Social, surgirem os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, é digno de nota que na esfera do Direito Internacional os direitos eco-

nômicos, sociais, culturais e ambientais foram os primeiros a serem reconhecidos (2021).

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919 ocorreu o desenvolvimento de diversas convenções contendo normas internacionais que regulamentaram:

> [...] os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos. Aliás, em verdade, o antecedente que mais contribuiu para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi justamente a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), após o fim da Primeira Grande Guerra, com o propósito de estabelecer critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando sua condição no plano internacional, tendo em vista assegurar standards mínimos de dignidade e bem-estar social nas relações de trabalho (MAZZUOLI; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2021).

Posteriormente, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 1948, não havia mais dúvidas de que os direitos econômicos e sociais deveriam estar incluídos em seu texto. Sua grande contribuição foi estender a proteção dos direitos humanos a todas suas espécies, incluindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, fazendo com que direitos distintos estejam inter-relacionados e reforçados mutuamente (EIDE, 2001).

Todavia, em que pese divisão dos direitos humanos em dimensões, o Direito Internacional não adotou tal categorização. Nesse sentido, ao criar mecanismos que garantissem maior proteção aos direitos humanos, a ONU elaborou dois documentos normativos, dividindo esses direitos em apenas dois grupos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

2. ONU E AS CATEGORIAS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A divisão dos direitos humanos fundamentais em duas categorias resulta controversa, sendo oriunda de contestada decisão tomada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1951, durante a elaboração da Decla-

ração Universal dos Direitos Humanos que expressou, assim, intenção de separar em duas categorias os direitos humanos, de um lado os direitos civis e políticos e de outro os direitos econômicos, sociais e culturais, com medidas de realização distintas para cada um desses grupos (EIDE, 2001). O reconhecimento da universalidade dos direitos humanos encontrou resistência por parte dos representantes de diferentes culturas e ideologias. Para algumas sociedades ocidentais, persistiram tradições culturais baseadas na defesa de um completo liberalismo econômico e na limitação da atuação do Estado em matérias relacionadas ao bem-estar social. Essa situação aumentou a resistência cultural e ideológica aos direitos econômicos e sociais, mas não foi suficiente para evitar a ratificação do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pela maioria dos países ocidentais (EIDE, 2001).

Essa resistência pode ser identificada, por exemplo, em vários Estados islâmicos em que o paternalismo é muito forte e acarreta resistência cultural ao gozo igualitário dos direitos econômicos e sociais por homens e mulheres, em especial o acesso igual à educação, igualdade de pagamento pelo mesmo trabalho desenvolvido e igualdade no direito de herança e no de propriedade (EIDE, 2001). Nesse mesmo sentido, e acrescentando a polaridade mundial vivenciada na época, Antônio Augusto Cançado Trindade aponta que a divisão dos direitos humanos em dois pactos internacionais foi reflexo da divisão ideológica existente na época entre o "grupo ocidental" que privilegiava os direitos civis e políticos, e o "bloco socialista" que concedia mais ênfase aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Apesar do maior destaque aos direitos do indivíduo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas as categorias já se encontravam separadas no documento (artigos 3º ao 21: direitos civis e políticos – e artigos 22 ao 27: direitos econômicos, sociais e culturais). Além disso, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, apresenta as duas categorias de direitos de forma combinada (TRINDADE, 1997, p. 355).

Por fim, cumpre salientar que essa divisão dos direitos humanos em dois grupos não pode significar a primazia de proteção de um deles em detrimento do outro. O ser humano apenas terá uma vida digna quando todos os direitos – civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e am-

bientais – forem garantidos. Não há como defender apenas a promoção de um grupo de direitos, da mesma forma que não se pode falar em garantir apenas a liberdade das pessoas, sem se preocupar com suas condições de acesso aos bens da vida.

Como demonstração da indissociabilidade entre os direitos civis e políticos, que priorizam o valor liberdade, e os direitos econômicos, sociais e culturais, que priorizam o valor igualdade, Jorge Miranda afirma que esses últimos "são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção. O conteúdo irredutível daqueles é a limitação do poder, o destes é a organização da solidariedade". Assim, liberdade e libertação estão sempre juntas, são conexas e complementam-se. A interdependência entre liberdades e direitos sociais é evidente, tanto ao analisar-se o processo histórico de seu desenvolvimento, como na atual etapa de sua concretização (MIRANDA, 2003).

Nessa mesma linha, o próprio presidente norte-americano Roosevelt, em 1944, defendeu a adoção de uma Declaração de Direitos Econômicos, alegando que a liberdade individual não existe sem segurança econômica e independência, reconhecendo que um ser humano necessitado não é um ser humano livre (EIDE, 2001). Interessante lembrar ainda que o fim do bloco socialista em 1989 mostrou a superficialidade e o caráter demagógico das ideias que circulavam nas discussões a respeito dos direitos humanos durante todo o período da Guerra Fria. Nesse contexto, o bloco capitalista venceu o bloco socialista e a característica da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos teve êxito em relação à priorização dos direitos civis e políticos (GARCÍA-MÉNDEZ, 2004).

Dessa forma, mesmo que nos dois pactos internacionais da ONU exista a separação dos direitos humanos fundamentais como demonstrado acima, ficou evidente a indissociabilidade desta categoria de direitos, uma vez que o objetivo principal deles é a proteção e promoção do ser humano.

3. LIBERDADE SINDICAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Feitas essas considerações, importante lembrar que a liberdade sindical representa a indissociabilidade por excelência dos dois pactos internacionais, pois está prevista em ambos os textos. No pacto de direitos civis e

políticos, é reconhecida pelo artigo 22, no pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais, está prevista no artigo 8º.

Em relação ao rol de direitos civis e políticos, o Pacto estabelece alguns direitos já previstos na Declaração Universal, com uma carga maior de detalhes e ainda amplia o catálogo desses direitos. Nessa medida, os principais direitos garantidos no documento são: o direito à vida; a liberdade de expressão e a de opinião; o direito à liberdade e à segurança pessoal e a não ser submetido à prisão ou detenção arbitrária; o direito de não ser torturado ou receber tratamento cruel, desumano ou degradante; o direito de não ser escravizado ou sujeito à servidão; o direito à reunião pacífica; a liberdade de associação; o direito de aderir a sindicatos; a proteção contra a interferência arbitrária na vida privada; o direito a um julgamento justo; o direito à igualdade perante a lei; a liberdade de locomoção; o direito a uma nacionalidade; o direito de casar e de constituir família; a liberdade de religião, pensamento e consciência; o direito de votar e integrar o Governo (PIOVESAN, 2000, p. 167).

De forma resumida, portanto, a estrutura dos direitos civis e políticos é caracterizada por um conjunto de obrigações estatais positivas e negativas: obrigação de não atuar em determinadas esferas e realizar uma série de atividades, com o intuito de garantir ao indivíduo o livre exercício de sua autonomia e impedir a ingerência de outros particulares (COURTIS, 2003). Assim, a preocupação central dos direitos classificados como civis e políticos e integrantes do grupo de direitos humanos denominados como de primeira dimensão é assegurar a liberdade do indivíduo.

Quanto à liberdade sindical, constata-se que ela se relaciona em vários sentidos com esse grupo de direitos. Há um consenso generalizado de que o exercício dos direitos sindicais necessita do respeito e observância dos direitos civis e políticos. Nesse sentido, em um informe preparatório realizado para adoção da Convenção 87 da OIT, ficou registrado que a liberdade de associação profissional compreende um dos aspectos da liberdade de associação genérica que deve estar integrada a um amplo complexo de liberdades fundamentais do ser humano, interdependentes e complementares entre si, abrangendo, ainda, a liberdade de reunião, de palavra, de opinião, de expressão e de imprensa (SWEPSTON, 1998).

Os organismos de controle sempre assinalam a relevância das liberdades civis, especialmente o Comitê de Liberdade Sindical da OIT que

já declarou que um movimento sindical realmente livre e independente apenas pode desenvolver-se em conformidade com a observância dos direitos humanos fundamentais (OIT, 2006). Em complemento, o Diretor Geral na obra *La democratización y la OIT* reconheceu que a organização internacional possui um grande interesse pelas liberdades civis e políticas, pois são imprescindíveis para o exercício regular dos direitos sindicais na proteção dos trabalhadores (OIT, 1994) (SWEPSTON, 1998).

Enquanto isso, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado em 1966, entrando em vigor apenas em 3 de janeiro de 1976. O documento estabelece um amplo rol de direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito à saúde, o direito a um nível de vida adequado, o direito à previdência social, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito à moradia, o direito à educação e o direito à participação na vida cultural da sociedade.

Uma rápida análise dos direitos inseridos nesse pacto mostra a existência de obrigações de fazer. No entanto, a estrutura desses direitos revela a existência simultânea de obrigações de não fazer – por exemplo, o direito à saúde compreende a obrigação estatal de não efetuar nenhum dano à saúde das pessoas. Em síntese, os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser caracterizados como um conjunto de obrigações estatais positivas e negativas, apesar de que nesse caso a obrigação positiva adquire uma importância simbólica mais expressiva para finalidade de identificação (COURTIS, 2003).

Esse grupo de direitos possui uma dupla função. De um lado, serve como fundamento para assegurar um padrão de vida adequado, enquanto de outro constitui fundamento garantidor de independência e liberdade. Nessa medida, o direito ao trabalho constitui base para independência, pois garante ao indivíduo acesso à sua subsistência, e os interesses dos trabalhadores podem ser defendidos por sindicatos livres (EIDE, 2001).

O direito do trabalho é identificado como integrante do núcleo fundamental dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, pois não se pode implementar um processo de transformação produtiva com justiça sem o respeito a esses direitos. Essa constatação é fundamental para o contexto atual da economia mundial que ainda enfrenta os efeitos da globalização, crises financeiras, desemprego crescente e que tende a privilegiar a preocupação com o crescimento econômico em detrimento da

promoção da liberdade e dignidade do ser humano como objetivo básico a ser perseguido (MARTÍNEZ SALGUEIRO, 1996).

Enquanto isso, Arion Sayão Romita lembra que liberdade de trabalho constitui o direito de pleitear do Estado "o reconhecimento da faculdade de escolher, aprender e exercer, sem coação, a profissão ou indústria que cada um preferir". Consiste em um direito inato ao ser humano, também oponível ao poder estatal. Não se pode conceber a liberdade individual sem a de trabalho. Por sua vez, não existe liberdade de trabalho sem a liberdade de associação. A associação constitui a unidade de esforços de várias pessoas para conseguir um objetivo comum. A proximidade de interesses demonstra uma gradação. Há, assim: a) reunião, que expressa a proximidade material de várias pessoas, refletindo ou debatendo seus interesses; b) coalizão, que consiste na atuação combinada de determinados trabalhadores ou empregadores, em cada momento, com o objetivo de conseguir mudar as condições de trabalho; c) associação, que consiste na organização coletiva oriunda de um pacto formal, reunindo pessoas com a finalidade de alcançarem uma finalidade comum; d) sociedade, contrato por meio do qual duas ou mais pessoas prometem unir esforços ou recursos para objetivos comuns, de caráter preponderantemente econômico (ROMITA, 1987, p. 15).

Como direito humano essencial, a liberdade sindical está prevista em uma série de instrumentos internacionais, como já destacada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidades em 10 de Dezembro de 1948 (artigos 20.1 e 23.4), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana de 1948 (artigo XXII), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 (artigo 22.1, 2 e 3), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966 (artigo 8º, "a" e "d"), e, ainda, o Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), Subscrito pela Assembleia Geral da OEA, San Salvador, El Salvador, em 17 de Novembro de 1988 (art. 8º) e os Convênios (ou convenções) 87, 98 e 135 da Organização Internacional do Trabalho.

Na esfera específica da OIT, destaca-se a relevância concedida ao tema ao verificar que sua Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Justa, já na parte da consideranda, ressalta a importância dos direitos humanos fundamentais, dentre eles a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva. Em seguida, o documento estabelece os quatro objetivos da entidade, de igual relevância, a saber: (I) promoção do emprego através da criação de um ambiente institucional e econômico sustentável; (II) desenvolvimento e reforço de medidas de proteção social – segurança social e proteção dos trabalhadores – sustentáveis e adaptadas às circunstâncias nacionais; (III) promoção do diálogo social e do tripartismo; (IV) respeito, promoção e aplicação dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, que se revestem de particular importância, não só como direitos, mas também como condições necessárias à plena realização de todos os objetivos estratégicos (OIT, 2008).

Conforme ensinamentos de Oscar Ermida Uriarte, é consenso entre os juristas que o desenvolvimento da liberdade sindical não é possível sem a preexistência efetiva dos demais direitos humanos previstos nos textos normativos internacionais e constituições nacionais e, ainda, não é possível o completo exercício desses direitos humanos sem a garantia da liberdade sindical. De forma sucinta, não existe liberdade sindical sem o exercício dos outros direitos humanos e vice-versa. Segue o autor afirmando que a liberdade sindical depende dos demais direitos humanos, pois é impossível, na prática, instituir sindicato realmente livre que possa desenvolver atividade sindical autêntica, sem que, ao mesmo tempo, possam ser exercidos esses direitos humanos (ERMIDA URIARTE, 1985, p. 24).

Portanto, a liberdade sindical atua de maneira a proporcionar o desenvolvimento e a ampliação dos direitos humanos. Logo, sua tutela constitui mais um mecanismo de assegurar que outros direitos humanos fundamentais sejam protegidos e concretizados. Sua relevância é tamanha que foi capaz de superar as divergências ideológicas existentes no período de formação da Organização das Nações Unidas, estando prevista nos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diferenciação tradicional entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais em relação à conduta do Estado para promo-

vê-los, em que o primeiro grupo necessita da omissão estatal e o segundo necessita de uma ação estatal, já está superada. De fato, a implementação de qualquer direito humano fundamental torna imprescindível uma ação estatal, independentemente da categoria de direitos que esteja em análise, pois as estruturas estatais estão voltadas para a tutela dos direitos dos cidadãos. Portanto, a tese de que os direitos civis e políticos dependem de uma inação do Estado, enquanto os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dependem de uma ação estatal e que, em razão disso, demandam maiores recursos financeiros para serem implementados, constitui uma falácia. Tal argumento demonstra apenas uma opção política pela priorização dos direitos civis e políticos. Todos os direitos humanos fundamentais merecem o mesmo grau de atenção das autoridades públicas, que devem estar devidamente preparadas para conseguirem construir o caminho mais rápido de sua implementação.

Especificamente quanto à liberdade sindical, é evidente sua peculiaridade já que prevista simultaneamente nos dois pactos internacionais de direitos humanos. De um lado, essa situação reforça a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos fundamentais. De outro, mostra a relevância da liberdade sindical para que o ser humano consiga alcançar os ideais de liberdade e igualdade inseridos nas normas jurídicas.

O presente estudo mostra, assim, que a inserção da liberdade sindical nas categorias dos direitos humanos fundamentais é relevante, especialmente para fins didáticos quando se analisa o histórico de sua formação e reconhecimento nos diplomas normativos. A análise de sua estrutura diante dos poderes aos quais é dirigida também é útil, pois demonstra sua finalidade e interdependência com outros direitos humanos, necessários à garantia de melhores condições de vida ao ser humano.

REFERÊNCIAS

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. 43, n. 127, p. 15-71, ene./abr. 2010.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Migração, mobilidade e direitos humanos. In: SEMINÁRIO INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA MOBILIDADE DO TRABALHO, MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. **Caderno de Palestras**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 33-40.

BAZAN, Victor. En torno a la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha et al. (Orgs.). **Direitos humanos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência.** Niterói: Impetrus, 2013. p. 67-116.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2016.

COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos. In: **LOS DERECHOS fundamentales.** SELA 2001 (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política). Buenos Aires: Del Porto, 2003. p. 197-230.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **Sindicatos en libertad sindical**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1985.

EIDE, Asbjørn. Economic, social and cultural rights as human rigths. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan (Eds.). **Economic, social, and cultural rights**. Dordrecht M. Nijhoff Publishers, 2001. p. 9-28.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda. **SUR: revista internacional de direitos humanos.** São Paulo, v. 1, n. 1, p. 7-19, 2004.

MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Derechos económicos, sociales y culturales en las relaciones laborales*: OIT. **Análisis de la situación em América Latina**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 139-169. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1840/11.pdf>.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. MARANHÃO, Ney. AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. Direitos humanos e direito internacional público: considerações à luz da tutela jurídico-internacional do ser

humano que trabalha. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 216, p. 239-272, mar-abr 2021.

MIRANDA, Jorge. Estado social e direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado**. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 7-19, 2003/2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa**. Adotada pela Conferência Internacional do Trabalho na 97ª Sessão, Genebra, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao_justicasocial.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª Reunión, 1994. Informe III (Parte 4B). **Libertad sindical y negociación colectiva**. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994.

_____. **La libertad sindical**. Recopilación de decisiones y princípios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5. ed. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006.

PINTO, Monica. **Temas de derechos humanos**. Buenos Aires: Del Porto, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. **Organização sindical, Justiça do Trabalho, direito à greve na Constituição.** Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

SWEPSTON, Lee. Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT. **Revista Internacional del Trabajo**, Ginebra, v. 117, n. 2, p. 189-215, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos,** 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1.

O DIREITO COSMOPOLITA KANTIANO: PERSPECTIVAS JUSFILOSÓFICAS SOBRE OS DIREITOS (HUMANOS) DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS

Esley Porto[82]

INTRODUÇÃO

No decorrer da construção do ser humano como sujeito dotado de liberdade, percebe-se, desde os anos mais remotos, sua capacidade de deslocar-se para aqueles locais que são mais benéficos para seu pleno desenvolvimento. Os chamados pela história de nômades – pessoas que não possuíam uma moradia fixa – saem à procura de terras que possam satisfazer as necessidades básicas de alimentação, moradia, proteção e convívio harmônico entre o meio.

Depois, com o advento da evolução social que, por consequência, também trouxe mudanças ao modo em que os indivíduos se organizavam, com um contexto caracterizado por diversas crises políticas e econômicas, fizeram com que estas fossem os principais fatores que justificam a crescente mudança de território do ser humano, que, vivendo em situações de

82 Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário de Patos (UNIFIP). Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

perigo e flagrante violação de direitos, buscam refúgio em outras terras a fim de construir uma vida digna e amparada pelas prerrogativas de alcance à dignidade da pessoa humana. Surge, dessa forma, a figura do refugiado, que é compreendido como todo aquele que se encontra fora de seu país de origem, devido a perseguições sofridas em razão de sua etnia, raça, religião ou opinião política, por exemplo, e que, por conta desses mesmos fatores, não possa ou não pretenda voltar para seu Estado-nação de origem.

Na América Latina, a Venezuela encontra-se em um contexto caracterizado por um clima de instabilidade política e humanitária, ocasionando problemas na esfera social e política de todo o país. O Parlamento começa a reivindicar a realização de eleições diretas para a presidência, uma vez que os governos de Hugo Chávez e Nicolás Maduro ocupam o cargo desde o ano de 1999.

A conturbada reeleição de Maduro, no ano de 2018, em meio a protestos e denúncias de crimes e fraudes eleitorais, foi um dos fatores que contribuíram para reafirmar, ainda mais, uma latente deficiência democrática que assola a Venezuela. Sendo assim, políticas de acolhimento foram traçadas pelo Brasil, objetivando conceder assistência aos venezuelanos que buscam refúgio no país e encontram-se desamparados em um contexto social e cultural diferente e desafiador.

Nesse passo, percebe-se a importância de refletir acerca das perspectivas jus filosóficas da situação de refúgio dos venezuelanos no Brasil, sobretudo por meio de um olhar crítico, já que o país vem recebendo indivíduos vindos da Venezuela desde os meses de 2019. Como forma de trazer o debate ao campo filosófico e dos Direitos Humanos, propõem-se, como objetivo central do presente estudo uma discussão que relacione a temática-chave com as ideias envolvidas pela teoria do cosmopolitismo kantiano, que prega uma cultura de respeito e hospitalidade universal para aqueles que desejam ingressar em Estados distintos do seu, como é o caso dos venezuelanos.

Para realizar um debate robusto e embasado, buscou-se uma metodologia de viés qualitativo, pautada no estudo teórico-bibliográfico, com a interpretação de escritos que estejam ligados à temática, sejam eles livros clássicos da Filosofia – cumprindo o papel filosófico da reflexão – escritos publicados nos últimos anos, e, também, aparatos legislativos que versem

sobre a questão – demarcando o enfoque jurídico que é igualmente importante à referida discussão.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS PROCESSOS DE IMIGRAÇÃO E REFÚGIO

O processo de imigração é resultado de novas significações culturais e de uma atual realidade social específica, pautada pelo crescente fluxo de informações, mercadorias e pessoas, corroborando a ida de indivíduos para regiões distintas daquelas de sua origem. Há muitos anos, diversas pessoas do Brasil atravessam as fronteiras e divisas para outros países, mesmo que ilegalmente, com o objetivo de conquistar a independência financeira e buscar oportunidades que não foram concedidas em solo brasileiro. Dentre as justificativas para deixar o país, as mais recorrentes estão ligadas a falta de empregabilidade e aos altos índices de violência urbana.

O destino mais procurado do brasileiro imigrante são os Estados Unidos da América, que, apesar de possuir uma política rígida de entrada, ainda é um dos países no globo com maior número de estrangeiros; são aproximadamente 44,4 milhões de imigrantes que vivem no país, segundo dados de 2017 publicados pelo *Pew Research Center*.

Todavia, ao passo que muitos indivíduos deixam o Brasil, também é alto o número daqueles que chegam até o país em busca de novas oportunidades (MARTIN, 2018). Os venezuelanos são um exemplo dos casos recorrentes de imigração para as terras brasileiras. Fazendo divisa com Roraima, não era incomum a presença de filas de pessoas natas da Venezuela que pleiteavam a entrada no Brasil em busca de dignidade e de oportunidades.

A fim de se pensar sobre como se dá a imigração venezuelana para o Brasil, assim como as suas possíveis implicações, deve-se, inicialmente, considerar as causas para a concretização desse fato social. Historicamente, a Venezuela é marcada por desavenças e conflitos políticos instaurados desde a formação do chavismo na década de 1990 (SEABRA, 2010). A ascensão política de Hugo Chávez, com a sua soltura e vitória na eleição do ano de 1998, estabeleceu uma dicotomia entre aqueles indivíduos que

eram beneficiados pelas mudanças sociais e o início de denúncias de corrupção, tornando a figura de Chávez polêmica.

O chavismo esteve presente durante o início do século XXI e passou por um primeiro colapso após a morte de Hugo Chávez, ocorrida no ano de 2013. Com isso, o vice-presidente, Nicolás Maduro, assumiu o controle do país e uma instabilidade política foi iniciada. De acordo com Ellner (2015), a fragilidade era visível dentro do grupo chavista, pois os seguidores dos princípios de Chávez já não concordavam com as atitudes governamentais de Maduro. Ademais, a inconsistência das medidas presidenciais, em consonância com a crise do petróleo (principal *commodity* venezuelana) e com a intensificação do autoritarismo, desestabilizou a conjuntura social da Venezuela e provocou a evacuação em massa do país.

O processo migratório venezuelano, então, firmou-se em três etapas: I) os venezuelanos começaram a utilizar a migração pendular objetivando buscar empregos no Brasil; II) houve a fixação de grande parte da população cada vez mais perto da fronteira do país, a fim de facilitar a transição entre a Venezuela; III) houve o rompimento com o Estado original e a dispersão dos imigrantes localizados inicialmente em Roraima para outros estados brasileiros, como foi o caso da chegada de venezuelanos no estado da Paraíba (BAENINGER; SILVA, 2018).

Os venezuelanos, dessa forma, passaram a adquirir o status de refugiados no território brasileiro, assim como os sírios. Segundo a Convenção de Refugiados de 1951, que foi instituída após a II Guerra Mundial, enquadra-se nesse conceito aquela pessoa que seja "perseguida por motivos raciais, religiosos, de nacionalidade ou por fazer parte um grupo social ou ter determinada opinião política não está disposto a se colocar sobre a proteção daquele país".

Diante de um colapso político e de um clima de instabilidade democrática, que, consequentemente, ocasiona violações aos direitos fundamentais dos venezuelanos, o processo de retirada desses indivíduos para o Brasil tornou-se mais do que uma questão de procura de novas oportunidades, mas uma busca pela manutenção de sua condição como ser humano detentor de direitos individuais, coletivos e sociais. Dessa forma, o Brasil encontra-se diante de um paradigma: conseguir proporcionar aos venezuelanos, à luz do princípio da hospitalidade universal do direito cos-

mopolita de Kant, uma vida digna, respeitando os direitos inerentes ao ser humano, que são responsabilidade recíproca de todos os estados-nação.

1.2. O DIREITO COSMOPOLITA DE IMMANUEL KANT: INTERPRETAÇÃO AO CASO DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS

Immanuel Kant foi um filósofo nascido na Prússia, que divulgou escritos de grande relevância no campo do racionalismo. É inegável o fato de que Kant não construiu uma teoria pura dos Direitos Humanos, mas trouxe contribuições e reflexões que passam sobre a seara da dignidade humana e preservação jurídica dos direitos fundamentais do indivíduo.

Em *A Paz Perpétua* (KANT, 1989), inicialmente publicada em 1795, Kant reflete acerca de uma terceira dimensão do Direito, chamada por ele de Direito Cosmopolita. Surge, então, uma nova teoria para as relações internacionais vigentes, buscando uma ideia de paz entre os Estados, defendendo a existência de uma sociedade das nações, sem guerras e com cooperação mútua.

Nour (2004), a seu turno, sobre o assunto, passa a fazer algumas reflexões acerca da hospitalidade universal. Define, portanto, o Direito Cosmopolita como o "direito dos cidadãos do mundo, que considera cada indivíduo não membro de seu Estado, mas membro, ao lado de cada Estado, de uma sociedade cosmopolita" (NOUR, 2004). O Direito Cosmopolita, dessa forma, prega o que se chama de direito dos cidadãos do mundo. Os indivíduos são considerados membros de um estado específico, mas, acima disso, fazem parte de um estado universal que compõe toda a humanidade (ZeF, AA 8:350).

Kant, partindo dessa lógica, utiliza-se de uma visão dotada de otimismo em relação a perspectiva de futuro. Delgado (1999) afirma que tal perspectiva kantiana deriva do fato do filósofo ter vivido em um período em que o movimento industrial começou a ganhar uma notável força, sendo sinônimo de uma evolução social sem precedentes, juntamente com o comércio. Além disso, percebe-se uma grande influência das ideias iluministas, pela busca à liberdade de expressão. Todavia, percebe-se que os Estados, constantemente, estão envolvidos em disputas por território e poder. Rawls (2001) diz que "a estrutura institucional interna dos Estados

o tornava agressiva e hostis a outros Estados", justificando, assim, os inúmeros conflitos existentes entre as nações.

O Estado Cosmopolita Universal, por sua vez, tem o objetivo de fazer surgir um interesse pela humanidade, em que haja condições de hospitalidade universal em prol da ideia de representação da totalidade de sujeitos. Kant (1989) defende que a posse da superfície da terra é de pertencimento de todos, uma vez que ninguém é mais detentor de um lugar do que outro.

Há de ser salientado, também, que Kant reconhece que cada indivíduo é dotado de certa carga cultural específica, que faz parte da sua própria condição enquanto ser social. Desde logo, não pretende, portanto, suprimir uma cultura em detrimento de outra, ou criar colônias dentro de certos Estados. Pauta-se pelo respeito às particularidades natas dos costumes de cada terra específica. Para o pensamento kantiano, não se busca "um direito de estabelecer uma colônia no território de uma outra nação (*ius incolatus*)" (KANT, 2003).

Vivemos na chamada Era da Globalização (GIDDENS, 2000), diante de um contexto em que se busca o combate aos casos de imigração ilegal e dos constantes casos de intolerância política que resulta em violação aos direitos inerentes ao ser humano. Zygmunt Bauman (2001), tratando sobre o conceito de "modernidade líquida", pontua acerca da facilidade com que a imigração toma espaço no mundo globalizado. A fragilidade e insegurança, que caracterizam a contemporaneidade, justificam, assim, a necessidade de alguns indivíduos buscarem refúgio para que tenham segurança e oportunidade de concessão e manutenção de direitos que são inerentes a sua condição humana.

O Direito Cosmopolita kantiano, a partir da criação do chamado cidadão do mundo, traz um forte embasamento para a solução desses impasses, apontando que são as pessoas os principais sujeitos do ordenamento internacional, possuindo, dessa forma, uma gama de direitos que são responsabilidade de todos os Estados, por meio da perspectiva de hospitalidade universal.

Destarte, ninguém poderá sofrer tratamento hostil por simplesmente pedir refúgio em um território diferente do seu. Qualquer cidadão que precise de asilo para ter seus direitos resguardados pode requerê-lo e é obrigação de cada Estado aceitá-lo, mesmo que diante de certas exigências legais específicas.

A ideia de hospitalidade universal não seria um ideal filantrópico, de se buscar fazer caridade para aqueles que se encontram oprimidos políticamente e com seus respectivos direitos fundamentais violados. Pauta-se, por sua vez, em um princípio jurídico, manifestado por uma espécie de obrigação recíproca de conceder proteção a todo aquele que porventura pleiteá-la. (KANT, 2003).

O refúgio como recente instituto do Direito Internacional, consiste, pois, na proteção despendida por um Estado a um indivíduo, ou grupo de indivíduos, que esteja sofrendo ameaças no Estado em que habita. Este instituto tem suas normas elaboradas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), organização vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), e possui natureza tipicamente humanitária, sendo para sua concessão necessário um fundado temor de ameaça adivindo de práticas de perseguição.

As estatísticas apresentadas pelo Alto Comissariado indicaram que, no ano de 2017, houve um aumento correspondente a 2,9 milhões de pessoas refugiadas em relação a 2016, representando o maior aumento já registrado pela ACNUR em apenas um ano. Tal movimento migratório tem sido interpretado por alguns estudiosos do Direito Internacional como verdadeiro colapso humanitário ou tomados os refugiados como grupo de risco, pois para as autoridades dos países de destino estes representam um perigo à economia local e a segurança nacional abalada pelo fantasma do terrorismo.

O Brasil, também, constitui destino para os indivíduos que buscam proteção humanitária. Cabe mencionar, por exemplo, que o ordenamento jurídico pátrio possui legislação própria sobre refúgio, a Lei nº 9.474/1997, em consonância com os preceitos estabelecidos na Convenção de 1951. O artigo 7º da referida lei aponta que:

> O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível (BRASIL, 1997).

Além disso, a nossa legislação possui o Estatuto dos Refugiados (Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017), que regula e traz as diretrizes para o

refúgio no Brasil, e tem como um dos princípios e garantias, a acolhida humanitária à pessoa migrante, adotando uma posição receptiva em relação a estes indivíduos, devido à sua inegável necessidade e condição de refugiado:

> É neste sentido de integrar, facilitar e acolher que as políticas públicas e a legislação devem girar em torno para tornar o processo mais simplificado quando se trata de pessoas com necessidade tão urgente [...] Os refugiados no Brasil são diversos e houve inclusive uma mudança no fluxo e sua proveniência, motivo pelo qual foram destacadas as ações do Conare em relação à Síria e atualmente a dinâmica também vem sendo modificada devido à crise na Venezuela (COSTA; FÉLIX, 2019, p. 10)

Assim, em âmbito nacional, a acolhida dos refugiados perpassa a proteção conferida pela aplicabilidade dos diplomas legais sobre os mesmos, a assistência a estes sujeitos e a devida integração deles à sociedade brasileira na busca pelo resgate de sua dignidade, por ser este princípio basilar e especialíssimo de fundação do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O destaque recorrente em matéria de refúgio no Brasil tem sido, hoje, o latente crescimento de migrações advindas da Venezuela, tendo em vista o enfrentamento desse país diante de uma notável instabilidade política e econômica, sendo o Brasil um dos principais destinos das pessoas venezuelanas carentes de proteção estatal.

Para ilustração e como meio de traduzir a complexidade da questão, destaca-se os dados coletados pela Organização Internacional de Migração (OIM), que mostram que cerca de 2,3 milhões de venezuelanos já deixaram o país em meio a citada situação de instabilidade, que piorou notoriamente a partir do ano de 2015.

Segundo a anatomia desses dados oficiais, pelo menos 50 mil dos venezuelanos, ou 2% fixaram-se no Brasil até abril de 2018, um aumento de mais de 1000% em relação a 2015, levando em conta pedidos de asilo e residência. Frente aos números alarmantes, a agência de migração da Organização das Nações Unidas (ONU) advertiu que a Venezuela caminha para o mesmo momento de crise de refugiados visto no Mediterrâneo no ano de 2015. Entretanto, a recepção por parte dos brasileiros não tem

sido de todo pacífica, visto que tem se acentuado as tensões nas regiões de fronteira, destacando-se o conflito ocorrido no Estado de Roraima, na cidade de Pacaraima, em que moradores expulsaram venezuelanos que estavam nas ruas da cidade e também queimaram seus pertences, em ato de vandalismo que traduzia uma intolerância em receber os indivíduos da Venezuela em território brasileiro.

Devido aos conflitos ocorridos no Estado de Roraima e à política de interiorização dos venezuelanos – que busca distribuir tais indivíduos em outros estados da federação, a fim de não sobrecarregar Roraima – alguns dos refugiados têm se direcionado, por exemplo, ao estado da Paraíba, que conta, atualmente, com cerca de 44 refugiados Venezuelanos, segundo dados publicados pelo próprio estado, principalmente em abrigos no município do Conde, na Região Metropolitana da capital João Pessoa, e, também, na cidade de Campina Grande, grande centro urbano localizado no interior do referido estado.

Tendo uma das legislações mais atuais e modernas do mundo, o Brasil ainda tem muito a se fazer. O tema elenca complexa discussão que merece ser delineada à luz do regramento Internacional acerca dos Direitos Humanos, bem como, das disposições internas no domínio de cada Estado. Visando, sobretudo, destacar meios para que se resguarde a dignidade humana em âmbito internacional. A legislação vem avançando, mas ainda não atende de forma satisfatória todas as diferentes comunidades de refugiados e as fronteiras venham a acolher os indivíduos que carecem de proteção.

Como bem pontuou Boaventura de Souza Santos (2003), vive-se em um período de transição e é necessário refletir sobre as consequências advindas disso. A reflexão crítica e sistemática sobre a atual conjuntura dos venezuelanos em território brasileiro, em seus mais variados estados, é de suma necessidade e importância para resguardar os Direitos Humanos dessa parcela significa da população do globo.

2. METODOLOGIA

A etapa de escolha do caminho metodológico é de suma importância para conseguir alcançar os objetivos que foram pensados pelo autor no momento das reflexões sobre o tema proposto. Precisa ser bem pensada,

portanto, para que consiga responder de forma convincente o problema de pesquisa que baliza o estudo em tela, de modo a não deixar lacunas quanto a execução do mesmo.

Sendo assim, presente estudo, que tem como objetivo central discutir a questão dos refugiados venezuelanos sob a perspectiva do direito cosmopolita de Immanuel Kant, utiliza-se da pesquisa de cunho qualitativo, a partir do viés teórico-bibliográfico, com análise do material teórico e exploratório, como a legislação pertinente e a doutrina, dentre outros veículos informativos que abordem o tema.

Conforme pontuado por Boccato (2006)

> A pesquisa bibliográfica busca a resolução de um problema (hipótese) por meio de referenciais teóricos publicados, analisando e discutindo as várias contribuições científicas. Esse tipo de pesquisa trará subsídios para o conhecimento sobre o que foi pesquisado, como e sob que enfoque e/ou perspectivas foi tratado o assunto apresentado na literatura científica. (Boccato, 2006, p. 266)

Dessa forma, o levantamento de dados bibliográficos é considerado um elemento essencial para a formação teórica do pesquisador, permitindo que este aprofunde o seu conhecimento acerca do objeto de pesquisa, bem como permite, posteriormente, o desenvolvimento de quadros comparativos entre a teoria e realidade, haja vista a constante discrepância, no mundo jurídico, entre o binômio fato – norma, assim como o embasamento para outros estudos que também tratem sobre a mesma temática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das discussões travadas, no decorrer do presente estudo, fica perceptível a possibilidade de se discutir a questão dos direitos dos refugiados venezuelanos a partir do cosmopolitismo kantiano, visitando conceitos e reflexões importantes feitas pelo filósofo acerca da hospitalidade universal e da reciprocidade que deve existir entre os estados-nação do globo em detrimento de uma "paz perpétua" efetiva.

Além disso, é latente, também, a necessidade do diálogo sobre a manutenção dos direitos humanos dos venezuelanos, que frente a inserção

em um contexto socioespacial de crise econômica e política, com perseguições e autoritarismo, foram desconsiderados enquanto seres que, assim como qualquer outro cidadão do globo, são dotados dos tão reivindicados e falados direitos que compõem a dignidade da pessoa humana.

Esse diálogo, a seu turno, deve ser realizado de forma interdisciplinar, com a contribuição de juristas, cientistas políticos, sociólogos, historiadores, antropólogos e economistas, que podem trazer contribuições de suas respectivas áreas para construção ampla de resultados.

Também é importante dizer que os debates aqui trazidos não se esgotam e podem servir como instigação para que outros trabalhos sejam produzidos, a partir de outras delineações metodológicas, como, por exemplo, estudos de caso e pesquisa de campo com os próprios refugiados venezuelanos, além da possibilidade de se analisar a temática com base em outras teorias jusfilosóficas.

REFERÊNCIAS

BAENINGER, Rosana.; SILVA, João Carlos Jarochinski. **Migrações Venezuelanas**. Núcleo de Estudos de População "Elza Berquó". NEPO/UNICAMP, Campinas/SP, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BOCCATO, V. R. C. **Metodologia da pesquisa bibliográfica e o artigo científico como forma de comunicação**. Ver Univ. Cidade São Paulo, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 265-274, 2006.

BRASIL. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de março de 2021.

Convenção de 1951. ACNUR/Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, 2007.

COSTA, Ocimara Alves da. FELIX, Germana Pinheiro de Almeida. **A condição jurídica dos refugiados no Brasil:** uma análise a partir das perspectivas dos direitos humanos e políticas de acolhimento. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Catolica de Salvador, Salvador, 2019, 23 p.

DELGADO, J. M. Pina. **Cadernos de Filosofia**. Kant, do Direito dos povos aos direitos do Homem. 1999.

ELLNER, Steve. **After Chavez:** The Maduro Government and the 'Economic War in Venezuela. 2015.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1989.

_____. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

MARTIN, Denise; GOLDBERG, Alejandro; SILVEIRA, Cássio. **Imigração, refúgio e saúde:** perspectivas de análise sociocultural. Saúde Soc. São Paulo, v.27, n.1, p.26-36, 2018.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant:** filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. **O direito dos Povos**. Martins Fontes. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo. 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pósmodernidade. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SEABRA, Raphael. **A revolução venezuelana: chavismo e bolivarianismo**. Soc. e Cult., Goiânia, v. 13, n. 2, p. 211-220, 2010.

JOVENS NEGROS NO BRASIL: A PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO NA PANDEMIA DA COVID-19

Carlos Alberto Ferreira dos Santos[83]
João Batista Santos Filho[84]

INTRODUÇÃO

No Brasil, a violência direcionada aos jovens negros é algo assustador e que está em desacordo com os ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Igualdade Racial (2010). Há um desrespeito imensurável à dignidade humana e que fomenta atos cruéis, em muitos casos essa violência resulta em mortes de jovens negros.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019), ao publicar a pesquisa intitulada "A violência contra negros e negras no Brasil", informa que jovens negros estão mais suscetíveis a violência letal do que jovens brancos, sendo que o índice relacionado ao jovem negro é 2,7 vezes maior

83 Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Advogado.

84 Mestrando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas.

do que a que está vinculada ao jovem branco (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

O direito humano à educação está contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), sendo elencado na Constituição Federal de 1988. Passados 40 anos depois do documento que fomentou os direitos humanos em âmbito mundial, surge no Brasil uma Constituição que prima pela prevalência dos Direitos Humanos.

Em relação a população negra cabe enfatizar que, desde os tempos da escravidão, há obstáculos para possibilitar a igualdade dos negros em comparação aos brancos também no que se refere à educação. Por isso, surge em 2010, o Estatuto da Igualdade Racial, que tem propósito de criar mecanismos para promoção da igualdade racial em todos os espaços. Os negros ainda são os que menos estudam conforme pesquisa do IBGE que será apresentada no decorrer da pesquisa.

Partindo de fatores que propiciam o sofrimento da juventude negra, conforme violações dos direitos humanos evidenciadas por diversas pesquisas nacionais, tem-se como problema da pesquisa: o Brasil tem buscado efetivar o direito humano à educação para os jovens negros em momento da pandemia da COVID-19?

Diante do problema apresentado, destaca-se como objetivo primordial do estudo acadêmico: investigar as razões motivadoras da desvalorização dos jovens negros por parte da esfera estatal, analisando se o Brasil tem buscado concretizar o direito humano à educação para a juventude afrodescendente.

O método dedutivo foi empregado neste estudo, visto que a pesquisa foi iniciada com bases em argumentos gerais, partindo para argumentos particulares. Serão apresentados argumentos tidos como verdadeiros e, com isso, chegar-se-á às conclusões formais (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019, p. 87).

Para que haja uma compreensão ampla da temática abordada, optou-se por dividir em dois tópicos: o primeiro tópico explica o direito à educação na perspectiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Constituição Federal de 1988 e em aspectos raciais com base no Estatuto da Igualdade Racial.

O segundo tópico contextualiza os tempos atuais, ou seja, vincula-se à pandemia da COVID-19 com a promoção do direito humano à educa-

ção abordando os aspectos que dificultam a vida dos jovens negros, tais como os estigmas sociais e a violência, fatores que contribuem para que ocorra uma vulnerabilidade que promove violações dos direitos humanos que serão elencados no decorrer do tópico supracitado.

O tema estudado é relevante, mediante a gravidade da situação enfrentada pelos jovens negros no Brasil, tanto que em 2015 foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), na Câmara do Deputados, recebendo o título de "CPI –Violência contra jovens negros e pobres", passados 5 anos ainda é lamentável a realidade de pessoas com a pele negra. Sendo assim há que se buscar meios efetivos de combater a vulnerabilidade social não apenas dos jovens, mas de toda a população negra, pois a igualdade deve ser garantida a todos, independentemente de cor, raça ou religião. O Brasil do século XXI, não pode repetir os erros do passado, há de ser um país onde a igualdade, liberdade e fraternidade deve se fazer presente em toda a sociedade brasileira.

1. O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO NA PERSPECTIVA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), criada em 1948, fomentou a dignidade da pessoa humana em âmbito mundial. Ressalta-se que o documento não foi o primeiro a tratar sobre direitos humanos, mas a partir dele surge novo olhar do Estado para a condição humana, visto que sua criação surge após os atos cruéis cometidos na Segunda Guerra Mundial.

Dentre todos os direitos elencados na DUDH (1948) o direito humano à educação será evidenciado nesse tópico do artigo acadêmico. Cita o artigo 26 do supracitado documento no que se refere à educação (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, *on-line*, s.p.):

> §1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito.

> §2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
>
> §3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Nota-se, a partir da DUDH (1948), que a educação não é algo simplista, envolve tanto o Estado, a família e a sociedade, sendo no caso que se refere a participação estatal como sendo gratuita. Vislumbra-se que a instrução, termo usado na DUDH (1948) para se referir a educação, não é apenas a escolar, ou seja, a educação é para toda a vida da pessoa, pois a aprendizagem se dará na infância e também em todos os momentos da vida, inclusive aprende-se a importância da dignidade da pessoa humana e o respeito ao outro, aprendendo que é errado maltratar alguém por questões vinculadas ao racismo.

O homem dos direitos humanos é um sujeito soberano, é uma pessoa, na qual é expresso o domínio humano das leis (SUPIOT, 2005). Tendo a possibilidade de criar a legislação, pode promover a dignidade de todos. Exemplo notório no Brasil é a Constituição Federal de 1988, totalmente alinhada as diretrizes da DUDH (1948), como ruptura nos ditames autoritários impregnados em épocas anteriores. Evidencia Flávia Piovesan (2018, p. 118), sobre o novo contexto trazido pela Carta Federal:

> Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica,

> ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

Entende-se com o pensamento de Flávia Piovesan (2018) que no Brasil toda a ordem jurídica interna deve respaldar os direitos humanos, ressaltando que a educação é um direito humano e, diante disso, deve ser garantida a todos os que compõe a sociedade. França (2019), relata que a educação tem obrigatório processo de perenização decorrente da internalização de princípios de direitos humanos plasmados a nortear preceitos educativos domésticos, dentro da cidadania democrática, ativa e planetária, com assunção estatal de compromissos na ordem jurídica internacional.

No que concerne à educação voltada para a população negra importante explicitar a situação dos negros no Brasil, pois antes eram escravizados, depois foram marginalizados pelo Estado. Em relação a vivência dos negros, esclarece Wermuth, Marcht e Mello (2020, p. 130):

> Após a libertação dos escravos, as demandas de ordem social dessa população não foram acompanhadas de uma proposta estatal. Nesta senda, estavam lançadas as condições que acabariam por relegar os libertos a uma subposição social: uma vez livres e sem assistência do Estado, tais condições foram decisivas para posicioná-los em patamares de subalternidade e marginalização. Eis, portanto, as origens das mazelas que culminaram na atual desestrutura social que tem como pano de fundo o preconceito racial como legitimador da violência contra negros, sobretudo em se tratando de negros pobres.

Constata-se com a reflexão de Wermuth, Marcht e Mello (2020) que as mazelas direcionadas a população negra não teve apoio estatal, sendo assim, ocorreu a marginalização dos ex-escravizados, proporcionando mazelas inerentes à pobreza e que contribui para que haja uma menor escolaridade entre a população negra.

Na mesma linha de pensamento de Wermuth, Marcht e Mello (2020) e que os complementam cabe citar Juliana Borges (2018, p. 265) que explica sobre o racismo que está impregnado nas estruturas da sociedade brasileira:

> A "fundação" de nosso país acontece tendo a escravidão baseada na hierarquização racial como pilar. O racismo é uma das ideologias fundadoras da sociedade brasileira, assim como a violência, uma das bases fundamentais para as desigualdades. A opressão, repressão e violência aos corpos negros realizam-se não apenas no campo físico, mas também, e fundamentalmente, no campo psicológico e político pela aculturação, assimilação e apagamento social. A ação de opressão e controle tem, também, a reação afirmativa nos campos territorial, da linguagem e da estética.

O negro é severamente prejudicado pelo racismo que não é algo da atualidade, a origem está vinculada aos tempos imperiais e que em pleno século XXI ainda há resquícios de um pensamento pautado em diminuir o ser humano por causa da cor da pele.

No ano de 2010, surge o Estatuto Igualdade Racial buscando proporcionar a materialidade da igualdade, pois, conforme aqui se apresenta, a desigualdade social é o fator primordial que impede viver dignamente. Mas, antes de tornar-se lei, o projeto de lei foi duramente criticado, tendo inclusive uma carta pública direcionada ao Congresso Nacional para votar contrário ao supracitado Estatuto. Cita a referida carta assinada por diversas personalidades (BRASIL, 2006, *on-line,* sem paginação):

> O PL de Cotas torna compulsória a reserva de vagas para negros e indígenas nas instituições federais de ensino superior. O chamado Estatuto da Igualdade Racial implanta uma classificação racial oficial dos cidadãos brasileiros, estabelece cotas raciais no serviço público e cria privilégios nas relações comerciais com o poder público para empresas privadas que utilizem cotas raciais na contratação de funcionários. Se forem aprovados, a nação brasileira passará a definir os direitos das pessoas com base na tonalidade da sua pele, pela "raça". [...]
>
> Esta análise não é realista nem sustentável e tememos as possíveis conseqüências das cotas raciais. Transformam classificações estatísticas gerais (como as do IBGE) em identidades e direitos individuais contra o preceito da igualdade de todos perante a lei. A adoção de identidades raciais não deve ser imposta e regulada pelo

> Estado. Políticas dirigidas a grupos "raciais" estanques em nome da justiça social não eliminam o racismo e podem até mesmo produzir o efeito contrário, dando respaldo legal ao conceito de raça, e possibilitando o acirramento do conflito e da intolerância. A verdade amplamente reconhecida é que o principal caminho para o combate à exclusão social é a construção de serviços públicos universais de qualidade nos setores de educação, saúde e previdência, em especial a criação de empregos. Essas metas só poderão ser alcançadas pelo esforço comum de cidadãos de todos os tons de pele contra privilégios odiosos que limitam o alcance do princípio republicano da igualdade política e jurídica.

Felizmente, o projeto de lei foi aprovado e tornou-se a lei nº 12.288/2010. Um dos pontos tratados no Estatuto da Igualdade Racial é o que trata sobre ações afirmativas, com conceito apresentado no artigo 1º, VI: "os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades" (BRASIL, 2010).

As ações afirmativas causaram polêmica no Brasil, chegaram inclusive a ter sua constitucionalidade analisada perante o Supremo Tribunal Federal (STF). O Partido Democratas (DEM) ingressou com uma ação para questionar o sistema de cotas promovido pela Universidade de Brasília (UnB), conforme esclarece a página virtual do STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, *on-line*, sem paginação):

> Na ação, ajuizada em 2009, o DEM questionou atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cepe/UnB) que determinaram a reserva de vagas oferecidas pela universidade. O partido alegou que a política de cotas adotada na UnB feriria vários preceitos fundamentais da Constituição Federal, como os princípios da dignidade da pessoa humana, de repúdio ao racismo e da igualdade, entre outros, além de dispositivos que estabelecem o direito universal à educação.

Cabe informar que o Partido Democratas não obteve êxito no que se refere a ação judicial. O STF declarou constitucional o sistema de cotas na UnB. Dentre todos os votos, importante evidenciar o último voto, tendo

sido do então Ministro Carlos Ayres Britto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, *on-line*, s.p.):

Encerrando o julgamento, o presidente da Corte, ministro Ayres Britto, afirmou que a Constituição legitimou todas as políticas públicas para promover os setores sociais histórica e culturalmente desfavorecidos. "São políticas afirmativas do direito de todos os seres humanos a um tratamento igualitário e respeitoso. Assim é que se constrói uma nação", concluiu.

Com a decisão do STF, é possível entender que o Direito pode sim contribuir para que mudanças benéficas ocorram na sociedade e com isso haja a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Os mais vulneráveis da sociedade brasileira merecem sim o acesso ao direito humano à educação e ações afirmativas são essenciais para que de fato os negros, os mais pobres, pessoas com deficiência, indígenas, dentre outros, possam estudar, crescer intelectualmente e com isso viver de forma digna.

Alain Supiot (2007, p. XXIV) no prólogo do seu livro "Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito", esclarece o importante papel do Direito na sociedade:

> [...] O Direito não é revelado por Deus nem descoberto pela ciência, é uma obra plenamente humana, da qual participam aqueles que se dedicam a estudá-lo e não podem interpretá-lo sem levar em consideração os valores por ele veiculados. A obra jurídica atende à necessidade, vital para toda a sociedade, de compartilhar um mesmo dever-ser que a preserve da guerra civil. As concepções da justiça mudam, evidentemente, de uma época para outra e de um país para outro, mas a necessidade de uma representação comum da justiça em certo país e época não muda. O Direito é o lugar dessa representação, que pode ser desmentida pelos fatos, mas confere um senso comum a ação dos homens. [...]

Conforme esclarece Supiot (2007), o Direito é construído pelo ser humano e a obra jurídica visa atender os anseios da sociedade, inclusive preservando essa mesma sociedade de uma guerra civil. Cabe enfatizar que a obra não discorre acerca do racismo, mas é possível fazer um paralelo com os protestos ocorridos no Estados Unidos mediante a violência que também é direcionada a população negra que também ocorre no Brasil.

Sendo assim, a leis representam os valores impostos pela sociedade e a dignidade humana está também atrelada ao respeito a cor e raça de cada indivíduo.

Iniciativa importante foi a instauração, em 21 de janeiro de 2021, com o prazo de 120 dias, da Comissão de Juristas para revisar a legislação nacional sobre racismo. Segundo a Agência Câmara de Notícias (Brasil, 2021), a comissão funcionará tendo juristas negros, em grupo que intenta dar ao sistema jurídico mais instrumentos para combater erros como o encarceramento em massa da população negra, a violência das abordagens policiais e a filtragem com o cruzamento do racismo com outras formas de discriminação, como o machismo e a homofobia, com possível incursão na área educacional, pois seu escopo é amplo.

2. O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE COVID-19 E A REALIDADE DA MAIORIA DOS JOVENS NEGROS A PARTIR DOS ESTIGMAS SOCIAIS E DA VIOLÊNCIA

A pandemia da Covid-19 deflagrou uma situação emergencial em todo o país. Aulas tiveram que ser realizadas de forma remota, visto que aglomeração propicia a contaminação em massa. Mas, nem todos os jovens têm acesso à internet e meios que possibilitem o acesso ao direito humano à educação, conforme explicitado por Michele Asato Junqueira e Felipe Chiarello de Souza Pinto (2020, p. 372):

> A pandemia da Covid-19 expôs as agruras da pobreza no Brasil, evidenciou o que é escancarado e cruel, a desigualdade social. No momento em que as recomendações da Organização Mundial da Saúde compreendem lavar as mãos com frequência, utilizar álcool gel, máscaras e manter o isolamento social, o que se denota de milhares de casas brasileiras é a ausência de saneamento básico, de água saindo pelas torneiras, de ausência de residências minimamente apropriadas para que as crianças deem continuidade aos seus estudos, sem espaço, sem apoio, sem comida e sem paz.

A realidade de muitos jovens brasileiros é de pobreza. Jovens negros diante da situação em que vive sem o auxílio do Estado não conseguirão

estudar. Sendo assim, importante que haja o compromisso em promover a educação para os mais vulneráveis.

Alexandre Schneider (2020, *on-line*, sem paginação) escreveu uma matéria para o jornal Folha de São Paulo sobre três estudos científicos que tratam acerca dos efeitos colaterais advindos do coronavírus, informa o referido autor:

> O primeiro deles, do Anneberg Institute de Brown, indica que os estudantes norte-americanos devem voltar às escolas em setembro com uma perda de aprendizagem da ordem de 30% em leitura e de 50% em matemática.
>
> Pesquisadores da Universidade Harvard e da Universidade Brown realizaram uma pesquisa para avaliar o efeito do uso de um software de matemática antes e depois da pandemia com 800 mil alunos. De janeiro a abril o desempenho dos estudantes de baixa renda caiu 50%, enquanto os de estudantes que vivem de comunidade de renda mais alta não tiveram alteração de desempenho. Já em junho a queda foi de 78% para os de baixa renda.
>
> A consultoria Mckinsey também produziu uma análise indicando que os estudantes "perderão" sete meses, com os estudantes negros e latinos perdendo em média 10 meses de aprendizado por causa do fechamento das escolas. [...]
>
> No Brasil, onde a desigualdade é ainda maior do que a americana, é urgente adotar medidas capazes de recuperar as aprendizagens dos estudantes. Se o dilema de um pai de classe média é dividir o computador que usa para trabalhar com o filho que realiza tarefas da escola, os mais pobres não têm sequer um espaço em casa para estudar.

A pandemia da Covid-19 trará consequências nefastas para aqueles que não possuem condições de acompanhar aulas por meios remotos, tais como computador, celular etc. Os jovens negros, em sua maioria, não estão inseridos na classe média ou alta, sendo assim, o seu aprendizado será severamente prejudicado se não houver um auxílio estatal. Tanto nos Estados Unidos como também no Brasil os negros estão em um contexto

que implica desigualdade social e por isso haverá uma perda maior em termos de aprendizado.

O Brasil, mais severamente, agora com mais de 300 mil mortos de Covid-19, se enquadra no fundo do fosso pandêmico, no qual Almeida e França (2020), esmiuçando a película O Poço, de Galder Gaztelu-Urrutia (2020), lançado durante o decorrer da pandemia, identifica uma reflexão epistêmica quanto aos impactos pandêmicos na crescente desigualdade social no Brasil, com especial decorrência na educação. Assim, quanto mais necessitados de políticas públicas adjutórias, mais desassistidos são, sendo os negros os mais tocados por esse viés desigual.

No que se refere a um momento anterior a COVID-19, o IBGE, em sua pesquisa intitulada "PNAD Contínua: Educação 2019" informa que a população negra é a que menos estuda no Brasil, enquanto pessoas brancas estudam em média 10,4 anos e pessoas negras estudam 8,4 anos. Além disso, as maiores taxas de analfabetismo são dos negros, ou seja, no que se refere ao ano de 2019 cita o IBGE que 8,9% das pessoas de 15 ou mais de cor preta ou parda são analfabetas, já no que concerne as pessoas brancas 3,6% das pessoas na mesma faixa etária eram analfabetas. Quando se aumenta a idade, piora os índices de analfabetismo para a população negra, no índice referente as pessoas de 60 anos ou mais, as pretas ou pardas compõem um índice de 27,1%, pessoas brancas alcança um índice de 9,5% (IBGE, 2019 p. 2).

Conforme esclarece Lydia Feito Grande (2007) a vulnerabilidade depende fatores que podem mudar, ou seja, fatores intrínsecos e extrínsecos, sendo atribuídos a elementos sociais e ambientais, mas, não é algo estável e imutável (FEITO GRANDE, p. 11). Na perspectiva do jovem negro, o contexto de sua vulnerabilidade pode ser alterado, pois Estado e sociedade podem vir a valorizar a juventude negra, promovendo vida e não a morte.

A CPI – Violência contra jovens negros e pobres (2015) informa sobre as causas e razões da violência contra os jovens negros que demonstra a vulnerabilidade que permeia a vida dessas pessoas, cita o referido documento (BRASIL, 2015, p. 58-59):

> No que diz respeito ao levantamento das causas e razões da violência contra os jovens negros e pobres, pode ser levantado que a razão primordial do genocídio institucionalizado de jovens negros e pobres é o racismo que, historicamente, acompanhou nossa trajetória. O povo

> brasileiro, desde sua origem, caracteriza-se pela colocação do não--branco como inferior. Tal funesta ideologia, ardilosamente e com o passar do tempo foi mantendo os negros submetidos a uma barreira que os impediu de atingirem a igualdade com os brancos, no contexto social. A partir de tal constatação-matriz, divisam-se todos os demais desdobramentos lógicos, que se constituem na segregação ocupacional, locacional e educacional, apenas para citarmos alguns exemplos.

A Câmara dos Deputados (2015) com a conclusão da CPI –Violência contra jovens negros e pobres (2015) evidenciou que ocorre sim um genocídio institucionalizado e que o racismo é fator primordial para esse cruel acontecimento.

O termo "vidas negras importam" tem sido muito utilizado para chamar a atenção das pessoas e autoridades mediante a violência direcionada a população negra, principalmente a violência direcionada aos jovens negros. A mídia brasileira vem apresentando diversos casos de jovens negros assassinados de forma truculenta. Uma dessas mortes foi a do jovem negro Guilherme da Silva Guedes, que tinha 15 anos e, Juliana Borges (2020, *on-line*, sem paginação) fez críticas a situação de conflito existente no Brasil:

> Ao falarmos que "**Vidas negras importam**" não estamos falando que outras vidas não importem, mas que, nesse momento, as vidas negras gritam urgência para existirem, como viralizou em cartaz essa semana. Não significa que ninguém importe, mas significa que minha vida e dos meus está em risco todos os dias. A gente não acaba com desigualdade falando de todo mundo, mas indo na raiz da questão e garantindo equidade. Eu não estou agressiva, eu estou cansada, triste e com minha saúde mental abalada por ter que, todos os dias, saber de mais um jovem negro que foi assassinado, por mais um estudante negro assassinado. Eu não aguento mais desejar força e afeto para mães. Eu não quero mais ter que fazer isso. Definitivamente, eu não estou sendo agressiva aqui, já que violenta é a política terrorista de (de)segurança em curso, já que agressivo é não ter descanso e tranquilidade. (grifo da autora).

Juliana Borges (2020) é negra, vivencia o racismo em seu dia a dia. Vidas estão sendo aniquiladas por causa do racismo. Um basta tem que

ocorrer, mas de forma em que haja a prevalência dos direitos humanos, não há que se falar em guerra civil ou conflitos violentos, mas há a real necessidade de efetivas políticas públicas.

No entendimento de Lucia Re (2019) as perspectivas vinculadas a vulnerabilidade e a assistência podem possibilitar redesenhar políticas públicas e, com a participação dos atores relevantes para esse processo, os que recebem cuidados e os que dão assistência, para assim garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Ressalta também a importância de uma democracia de gênero, o que significa uma construção de políticas públicas de prevenção (RE, 2019, p. 322-323). No que concerne à violência de gênero a mulher negra é a mais violentada no Brasil, o que conforme enfatiza o Fórum Brasileiro de Segurança Pública: 66% das mulheres vítimas de homicídio em 2017 eram negras, 51% das mulheres vítimas de estupro entre 2017 e 2018 eram negras (FÓRUM..., 2019).

A violência para com os negros advém do racismo que inclusive está nos meios de comunicação que influencia no comportamento das pessoas. Silvio Luiz de Almeida (2018, p. 51) explica sobre os estereótipos e estigmas que estão vinculados ao racismo:

> O racismo constitui todo um complexo imaginário social que a todo momento é reforçado pelos meios de comunicação, pela indústria cultural e pelo sistema educacional. Após anos vendo telenovelas brasileiras um indivíduo vai acabar se convencendo que mulheres negras têm uma vocação natural para o emprego doméstico, que a personalidade de homens negros oscila invariavelmente entre criminosos e pessoas profundamente ingênuas, ou que homens brancos sempre têm personalidades complexas e são líderes natos, meticulosos e racionais em suas ações. E a escola reforça todas estas percepções ao apresentar um mundo em que negros e negras não tem muitas contribuições importantes para a história, literatura, ciência e afins, resumindo-se a comemorar a própria libertação graças à bondade de brancos conscientes.

É importante também que os meios de comunicação compreendam que possui um papel fundamental na valorização dos que estão inseridos nos grupos vulneráveis. A televisão pode informar, mas também essas

informações devem pautar pela verdade e pelo respeito ao ser humano. Inconcebível que haja em pleno XXI estereótipos ligados a marginalidade da população negra.

O sistema jurídico também contribui para que ocorram mudanças significativas, em relação a população negra, o Estatuto da Igualdade Racial, foi um passo importante para propagar a igualdade racial na sociedade brasileira. A sociedade civil pode e deve pressionar para que haja uma evolução jurídica e que possa ampliar os direitos dos mais vulneráveis. Oscar Vilhena (2007, p. 48) sobre a reconfiguração dos sistemas jurídicos afirma:

> A reconfiguração dos sistemas jurídicos no mundo em desenvolvimento tem sido também uma consequência das pressões da sociedade civil. Arquitetadas durante a luta contra o governo arbitrário e fortalecidas durante a democratização, as organizações da sociedade civil são atores centrais para denunciar abusos, tornar os governos mais responsáveis e propor políticas alternativas que aliviem os principais problemas sociais. [...]

As mudanças legislativas que visam amparar a população negra foram fruto de muita luta. Os negros foram severamente criticados por terem direito as ações afirmativas, inclusive tendo sida ajuizada ação para questionar a constitucionalidade da medida que tem a intenção de fomentar o direito humano à educação através de cotas raciais.

Assim, o Brasil precisa continuar a criar medidas que possam trazer dignidade tanto em momento de pandemia da COVID-19, mas também em tempos futuros, sendo necessário a continuidade de uma política pública voltada para fortalecer a educação brasileira com inserção, em todas as fases da educação, para que mais negros e negras obtenham o nível superior, cresçam profissionalmente e estejam em todos os ambientes sociais, não apenas em dados estáticos relacionados a violência e a criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados apresentados nos dois tópicos do estudo científico é possível afirmar de forma contundente que o tratamento dado aos jovens negros precisa ser urgentemente revisto. É inadmissível que o Estado e a sociedade violem constantemente os direitos da juventude afrodescendente.

O Brasil a partir do momento que possui lei que visa amparar a população negra, sendo o Estatuto da Igualdade Racial (2010) um exemplo, tem a intenção de tratar acerca da igualdade racial. No entanto, o Estado tem falhado em efetivar os direitos inerentes a plena existência do ser humano, pois os dados estatísticos apresentados ao longo do estudo científico comprovam que a violência direcionada a população negra não é ficção, trata-se de uma realidade cruel e que em tempos de pandemia de COVID-19 irá ser ampliada, diante disso, o aumento da pobreza trará mais vulnerabilidade, dentre elas a maior precarização da educação.

Mudanças devem ocorrer para efetivar o que preconiza a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Igualdade Racial (2010). A igualdade não deve se fazer presente apenas no papel, os negros e as negras, merecem ter a igualdade materializada em suas vidas. Portanto, que o Estado brasileiro possa priorizar políticas públicas para o devido enfrentamento da vulnerabilidade dos jovens negros e que a educação seja uma prioridade estatal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Giseliane Medeiros; FRANÇA, Maria Lenilda Caetano. **O Poço Pandêmico: Uma análise da intensificação das Desigualdades Sociais no Brasil**. In: MALTA, Fabiana de M. Cabral; FERREIRA, Geisa C. Gonçalves; SANTOS, Petra S. Lima dos. (Orgs.) Educação em tempos de transformação social. Arapiraca/ Alagoas: Performance, 2020.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **O que é racismo estrutural.** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

BORGES, Juliana. Racismo, vidas precárias e o sistema de justiça criminal como máquina necropolítica. In: FEFFERMANN, Marisa et al. **Interfaces do Genocídio no Brasil:** raça, gênero e classe. São Paulo: Instituto de Saúde, 2018. (Temas em Saúde Coletiva 25). p. 261- 277.

BORGES, Juliana. **Só Black Lives Matter ou Vidas Negras Importam?** In: Claudia. Publicado em 16 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2YbOCX0**.** Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Carta pública ao Congresso Nacional:** Todos têm direitos iguais na República Democrática. 2006. Disponível em: https://bit.ly/3kzIGjZ. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão de juristas vai revisar legislação sobre racismo**. Publicado em 21 jan. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3flgMrS. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final:** Comissão parlamentar de inquérito destinada a apurar as causas, razões, consequências, custos sociais e econômicos da violência, morte e desaparecimento de jovens negros e pobres no Brasil. CPI –Violência contra jovens negros e pobres. 2015. Disponível em: https://bit.ly/37QW6C7. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://goo.gl/1aiaUt. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.288**, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: https://bit.ly/2Yh9Wtc. Acesso em: 18 jun. 2020.

FEITO GRANDE, Lydia. **Vulnerabilidad.** In: Anales del Sistema Sanitario de Navarra, vol. 30, supl. 3, Pamplona, 2007.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **A violência contra negros e negras no Brasil.** Publicado em 22 nov. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2URmA19. Acesso em: 10 ago. 2020.

FRANÇA, Maria Lenilda Caetano. **Dos princípios universais históricos ao ordenamento jurídico brasileiro: educação um direito humano não disruptivo**. In: BARBALHO, J. I.; ALMEIDA, G. M. Educações & Resistências: diálogos, rupturas e alternâncias. Curitiba: CRV, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contí-**

nua – PNAD Contínua: Educação 2019. IBGE, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3hoP8I6. Acesso em: 22 jul. 2020.

JUNQUEIRA, Michele Asato; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Educação em tempos de pandemia:** a integração da liberdade, igualdade e fraternidade para a efetivação dos direitos fundamentais. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo. Covid-19 e seus reflexos [recurso eletrônico]. Itajaí/SC: UNIVALI, 2020. p. 367-382.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

O POÇO. Direção: Galder Gaztelu-Urrutia. Produção: Carlos Juarez. Netflix. 94 minutos. Disponível em: https://www.netflix.com/br/. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RE, Lucia. **Vulnerability, Care and the Constitutional State.** In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 11. n. 3, 2019, p. 314-326. Disponível em: https://bit.ly/2DEQwIp. Acesso em: 03 ago. 2020.

RIZZI, Ester Gammardella; GONZALEZ, Marina; XIMENES, Salomão Barros. **Direito Humano à Educação** (Coleção Cartilhas de Direitos Humanos – volume 4). Curitiba/PR, São Paulo: Ação Educativa; Plataforma Dhesca Brasil, 2009. Disponível em: https://bit.ly/30HVM6S. Acesso em: 10 ago. 2020.

SCHNEIDER, Alexandre. **Coronavírus terá efeito colateral de ampliar desigualdade na educação.** In: Folha de São Paulo. Publicado em 13 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/31Ii3AQ. Acesso em: 12 ago. 2020.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus:** Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF julga constitucional política de cotas na UnB.** Publicado em 26 abr. 2012. Disponível em: https://bit.ly/30PK8GV. Acesso em: 12 ago. 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: https://goo.gl/muuSS8. Acesso em: 22 jul. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito.** In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 6, ano 4, 2007, p. 28-51.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MARCHT, Laura Mallmann; MELLO, Letícia de. **Necropolítica:** racismo e políticas de morte no Brasil contemporâneo. In: Revista de Direito da Cidade, vol. 12, nº 2, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3gV2HzH. Acesso em: 22 jul. 2020.

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO ESTADO: UMA REFLEXÃO À LUZ DO FILME CORINGA

Ana Maria de Sousa Rodrigues[85]
Chiara Emanuelly Rocha Ferreira [86]
Rosália Maria Carvalho Mourão [87]

INTRODUÇÃO

Para iniciar este artigo, inaugura-se com a seguinte indagação: o cidadão no Estado Democrático de Direito é visível na sociedade? Esta pergunta deveria ser frequente nos meios sociais, a fim de constatar o que está sendo feito e o que poderia ser melhorado para assegurar o estado constitucional de garantias fundamentais básicas aos cidadãos. Isso, porque os indivíduos necessitam ser vistos como sujeitos de garantias e direitos fundamentais, os quais são assegurados pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, apesar da previsão legal na norma superior, essas disposições, na prática, são de fato protegidas e conferem ao cidadão a tutela desses direitos?

---

85 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

86 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

87 Professora de Direito e Literatura do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Doutoranda em Ciências Criminais PUCRS, Mestra em Letras pela Universidade Federal do Piauí (2007).

O cidadão carece de assistência estatal para que suas necessidades sejam atendidas e seus direitos assegurados, com o intuito de evitar a invisibilidade social, que é um problema regular da sociedade desde os primórdios. Por não dispor dos meios eficazes para suprir todas as insuficiências os indivíduos confiam na estrutura e funcionamento do Estado para garantir o acesso as previsões fundamentais da Carta Magna, a exemplo do direito à saúde, à dignidade, à liberdade e à igualdade. Entretanto, nem sempre suas demandas são atendidas com excelência. Destarte, busca-se neste artigo refletir acerca da invisibilidade do cidadão a partir da violação das garantias fundamentais pelo Estado, aquele que deveria corresponder positivamente a estas prestações, à luz do filme *Coringa* (PHILLIPS, 2019).

Diante do exposto, propõe-se uma análise acerca do acesso às garantias fundamentais e da invisibilidade social, que será feita através da compilação do estudo jurídico com o cinematográfico. Isso, porque o cinema traz uma nova perspectiva sobre diversos assuntos, conta histórias e rememora passados abordando temáticas totalmente relevantes de forma inovadora, sendo, portanto, um meio alternativo ao estudo jurídico, dado que possibilita uma visão mais crítica para a realidade espelhada nas telas.

Compilar o estudo jurídico com a sétima arte é um meio facilitador ao acesso às informações e a educação de forma aplicada e dinâmica. Isso, porque a relação Direito e Cinema é uma ponte entre o mundo imaginário e a vida, entre a doutrina e o estudo social. Tal ligação propicia um instrumento de ensino/aprendizagem dos conteúdos abordados nas produções cinematográficas, possibilitando a formação de um campo crítico através da análise da realidade aplicada por meio delas.

Este estudo conjunto, pauta-se na necessidade e importância da visualização do mundo doutrinário aplicado ao cotidiano social, pois "[…] um dos maiores problemas a ser superado pelo ensino jurídico contemporâneo é o seu afastamento da realidade social privilegiando um estudo abstrato dos conceitos e das instituições jurídicas." (SANTOS, RODRIGUES, 2014, p. 80).

O binômio Direito e Cinema permite abordar a relação Estado e Sociedade, campo polêmico, que necessita ser estudado e investigado constantemente, dado que a mutação de ambos altera as reações e relações dos seres humanos – a base do Estado – e por consequência interfere nas diretrizes do Direito. A reflexão destes aspectos se dará com a análise do

filme *Coringa* (PHILLIPS, 2019), o qual retrata, principalmente, a desigualdade no meio social e o despreparo do governo em assistências básicas especializadas, ferindo direito à saúde e à dignidade. Essas abstenções estatais refletem no movimento popular contra a elite de Gotham City e nos assassinatos promovidos por Arthur Fleck (Joaquin Phoenix), que sofre com problemas psiquiátricos e, também, trabalha como palhaço para uma agência, na tentativa de sustentar sua mãe e ter uma melhor condição de vida. Assim, neste trabalho será demonstrada a nítida invisibilidade do cidadão, representado pelo personagem Arthur Fleck – o Coringa, e a violação dos seus direitos fundamentais básicos pelo Estado, representado pela cidade de Gotham City.

Assim, coloca-se a relação Direito e Cinema como uma ferramenta para superar o afastamento social por meio do estudo jurídico através das obras cinematográficas, as quais proporcionam o maior campo crítico, vez que são fonte de análise social à aplicação do Direito. Dessa forma, portanto, porque não inserir o aspecto cinematográfico, também, como inovação ao estudo jurídico?

2. DIREITO E CINEMA

A Arte e o Direito permeiam a vida a todo instante e são pilares das sociedades ao longo dos tempos, desde o começo ao fim, sempre produzindo artes e efetivando os direitos à sua época, que regulam a vida em sociedade, visando o bem-estar coletivo. Assim, nessa perspectiva, nota-se que as pinturas, as músicas, os poemas, os escritos e as gravuras retratam os acontecimentos de determinado momento histórico, os quais possibilitam a visualização dos acontecimentos importantes e nos permitem acompanhar a evolução dos povos.

Evolução esta que influencia, diretamente, no desenvolvimento e enriquecimento do campo jurídico, visto que traz à tona fatos e situações relevantes que merecem ser tuteladas. Isso, dado que o direito surgiu da necessidade do ser humano de estar em paz, de ter ordem e a consolidação do bem comum, dessa forma, instituindo uma sociedade com regras e valores, através do poder e liderança. Afinal, o que é o Direito senão, originalmente, o poder do povo.

O estudo da Arte em conjunto com o Direito, ajuda a permear e entender as diferentes épocas, quais eram os pensamentos, o porquê das mudanças e quais medidas podem ser adotadas a fim de melhorar a sociedade que hoje existe em decorrência da anterior. Tal relação faz refletir as condutas e situações retratadas à época e questionar quais devem ser repensadas e/ou revistas, de maneira a contribuir com a evolução das necessidades sociais, bem como dos direitos a serem tutelados.

E a consolidação dessas diversas situações em películas já era realizado antes mesmo do embrionário projeto dos irmãos Lumière, em 1895, pais do cinema, os quais foram realizadores da primeira exibição cinematográfica – *Arrivée d´um Train em gare à La Ciotat* ou Chegada de um Trem à estação da Cidade, surgindo, assim, oficialmente, o cinema, considerado a sétima arte. Esses registros anteriores, ou "pré-cinema", por assim dizer, existiram desde o Teatro de Sombras, o qual consistia em projetar sombras, em paredes ou pano próprio para a atividade, de figuras humanas, plantas, animais e diversos outros seres ou objetos. Em atenção a tal aspecto, nota-se a necessidade da humanidade de querer contar sua história e deixá-la registrada de alguma maneira.

O cinema, como uma manifestação cultural e artística, é a arte que representa ou mesmo reflete a originalidade dos fatos de cada época, sendo, dessa forma, uma rica e profunda fonte de análise e estudo em diversos campos e aspectos, principalmente, no campo jurídico. Isso, porque as obras cinematográficas permitem o desenvolvimento crítico, através da abordagem inovadora e análise social à aplicação do Direito, além de permitir a aproximação da sociedade para com os aplicadores e operadores do direito, que têm por consequência a finalidade máxima do direito, o bem-estar comum. Nesse sentido, leciona Marina Dinelly de Castro e outros:

> A grandiosidade e graciosidade do cinema em termos artísticos são inquestionáveis, porém, podemos ver além dos propósitos em que o cinema já vem sendo trabalhado durante os tempos nas salas comerciais de projeção. A transversalidade, o desenvolvimento do pensamento crítico tendo o filme como objeto de leitura no contexto educacional é um âmbito no qual o cinema percebe-se como um elemento de modificação. O cinema pela sua forma dinâmica de apresentar diversas formas de leitura apresenta- se como

> um elemento de extrema relevância, pois possibilita a utilização em diversas disciplinas e temáticas, desenvolvendo o olhar crítico sobre a obra. (CASTRO; PEREIRA; LUÍNDIA, 2011, p. 2-3).

O Direito, como outrora mencionado, é o poder do povo e para o povo e, portanto, deve ser moderno, a fim de acompanhar as constantes mudanças que o mundo sofre. O estudo jurídico deve ser capaz de possibilitar novos horizontes aos juristas, a fim de que os conflitos sejam resolvidos da melhor forma, com a aplicação da lei e análise dos casos concretos, sendo então, fundamental uma boa compreensão do momento em questão. E para agregar valor a este estudo, o cinema, arte construída pelo homem, é uma inovadora ferramenta abstrata e subjetiva, que é fonte de análise para o Direito, a qual permite a formação de uma experiente base crítica, com um caráter mais humanitário e transdisciplinar, dado que artes cinematográficas contam e retratam vários tempos e épocas. Afinal "O Direito é permeado por uma consciência viva de que os lugares e os tempos são capazes de modificar as "verdades" sociológicas e jurídicas, e essa ideia é manifesta em obras cinematográficas clássicas" (CHAVES; NETO, 2016, p. 6).

3. FILME CORINGA

Baseado no personagem Coringa, arquirrival do herói Batman, das histórias em quadrinhos da DC Comics, o filme *Coringa*, dirigido por Todd Phillips, é uma obra que narra a trajetória de Arthur Fleck, um homem de meia idade que sofre com transtornos mentais e cuida de sua mãe doente, na cidade fictícia de Gotham, onde se passa toda a trama, em meados dos anos 80. Um palhaço agenciado e almejante ao sucesso no *stand up*, que após uma série de acontecimentos é levado a loucura e ao cometimento de atos insanos.

Gotham City é marcada pela cor cinza, a qual representa o tédio, monotonia e depressão, permeando a ambientação e refletindo os sentimentos e emoções dos moradores. Assim, no começo da dramaturgia é perceptível e inegável, a crise social vivenciada, refletida no descaso com as ruas cheias de lixos e ratos, no desemprego, no alto índice de violência e na desigualdade social exorbitante, que é palco para o caos e revolta social.

Arthur Fleck, personagem principal, é interpretado de maneira brilhante pelo ator Joaquin Phoenix, o qual descreveu intensamente a realidade de uma pessoa com transtornos mentais, que tem, diariamente, seus direitos fundamentais violados pelo Estado e pela sociedade, os quais o marginalizam e o tornam um invisível social.

Coringa é um filme premiado, inclusive com Oscar, e bastante impactante, vez que trouxe à tona grandes problemas sociais, como a invisibilidade social, questões de saúde pública, o elitismo, as garantias do Estado democrático de direito e reflexões acerca dos comportamentos e julgamentos da sociedade em relação aos menos favorecidos.

3.1. ARTHUR FLECK – CORINGA

Arthur Fleck, o Coringa, trabalha em uma agência de palhaços, a qual terceiriza os serviços de seus funcionários para eventos ou atividades. Nessa perspectiva, dá-se a sua primeira aparição, fazendo a maquiagem característica de palhaço, boca vermelha enorme, a fim de forçar um sorriso e marcação azul nos olhos, diante do espelho, enquanto escorre uma lágrima. Esta cena, é o retrato da sua sina de fazer os outros sorrirem – missão repassada por sua mãe – e que demonstra, também, a grande ironia do fato, um personagem que sofre de transtornos mentais e grande dor, por ser invisível e menosprezado, só quer gerar alegria. Além disso, é com essa inspiração no sorriso que Fleck almeja o sucesso como comediante de *stand up*, para ter seu próprio brilho, sair das sombras e ser notado pela sociedade.

Na sequência, em um dia normal de trabalho, prestando serviço para uma loja, Arthur, tem a placa, com a qual anunciava, roubada por um grupo de garotos, que posteriormente o encurralam e o espancam, além de quebrar sua ferramenta de trabalho, a qual seria descontada do seu parco salário. Tal fato ocorreu em via pública e mesmo com o pedido de ajuda de Fleck ninguém se manifestou para ajudá-lo, evidenciando o descaso da sociedade, o índice de violência na cidade e o desamparo estatal.

Além do trabalho, o Coringa vai às consultas com a psicóloga do serviço público da cidade, a qual o atende em um cômodo apertado e nada confortável para uma sessão com um paciente que sofre com transtornos mentais. Contudo, o ponto chave da consulta é a indisposição e, talvez, a

descrença da psicóloga em conjunto com a tentativa frustrada de se sentir melhor do Arthur Fleck. Isso, baseado nos diálogos e atitudes da profissional para com o paciente e vice-versa. A título exemplificativo temos a entrega do diário de Arthur para a psicóloga – tendo em vista que essa foi uma das dinâmicas acordadas – e ao folhear o caderno observa a seguinte frase: – "só espero que minha morte faça mais centavos do que minha vida", e com uma expressão apática pergunta se ter alguém para conversar o ajuda e qual a sensação de ir até lá. Ele, em uma resposta simples diz: – "me sentia melhor quando estava preso no sanatório". Então, Arthur, no seu sentimento de "eu só não quero mais me sentir tão mal", solicita que a dose de seus medicamentos seja aumentada, porém o pedido foi negado.

Após alguns dias as consultas e os medicamentos foram cortados, por falta de verbas do Governo. Isso, retirou o ponto que mantinha, ainda que precariamente, Arthur em autocontrole, ou seja, em uma tênue linha de equilíbrio. Ademais, as mentiras contadas a ele e um conjunto de descobertas do seu passado contribuíram para a perda do autodomínio, afastando-o mais de um convívio social amigável, ainda que remoto.

Diante desse turbilhão de emoções e sentimentos, sem suporte, frustrado, invisível socialmente e desequilibrado racionalmente, Arthur explode em excesso de fúria quando é atacado por um outro grupo de rapazes, sendo este o estopim de seus atos insanos e da revolta de uma população desamparada e desacreditada.

O Coringa é a constatação que o mal do século XXI são as doenças mentais, em detrimento as épocas passadas que eram bacteriológicas. Ele é o retrato de uma sociedade massificada, que preza pelo desempenho e pela produção, na qual a produtividade deve ser exacerbada, sendo reforçada pela máxima positividade do "*yes, you can*" (sim, você pode) e de que nada é impossível. Esse cenário reflete no emocional das pessoas e as faz depressivas. Isso, pelo simples fato de prevalecer o imperativo do desempenho, que é produtor de uma cobrança exagerada, a qual faz com que o indivíduo se cobre cada vez mais, para não ficar ´perdido no tempo e espaço`. Tal fato é fruto do capitalismo arrebatador, que gera um misto de emoções e ansiedades, essas relacionadas à lamúria, criando a ideia, irreal, de que nada é possível (HAN, 2017).

É nesse sentido que o autor Byung-Chul Han (2017) diz que esse aspecto da máxima positividade instaura no âmbito social a cegueira de

afastar tudo o que for estranho, mesmo que esse estranho não tenha ímpetos hostis. Esse fato é muito bem ilustrado na frase escrita por Fleck em seu diário: – "A pior parte de ter uma doença mental é que as pessoas esperam que você se porte como se não tivesse". Quanto a isso, nota-se que as violências não vêm apenas da negatividade ou de desconhecidos, mas dos iguais.

Assim, observa-se, ainda, que o personagem principal reflete uma parcela significativa da sociedade moderna, a qual merece atenção especial em diversos aspectos, como a saúde e segurança, dado a maior vulnerabilidade. Contudo, são marginalizados e invisíveis socialmente, vez que são tratados, muitas vezes, com preconceito, ferindo a equidade garantida constitucionalmente. Isso, além de terem, constantemente, seus direitos fundamentais violados, inclusive pelo Estado, o qual deveria ser o garantidor principal.

3.2 OS PERSONAGENS E A CIDADE DE GOTHAM

Arthur e a psicóloga representam duas faces da sociedade de Gotham. A profissional da saúde é o retrato do desânimo e descrença da sociedade, isso, por não esboçar reações de surpresa aos dizeres propagados, por mais tristes e péssimos que sejam. Enquanto aquele, na sociedade capitalista marcada pela competição e pela hierarquia social, representa a busca do ser que almeja sentir-se pertencente a algo/algum lugar, daquele que precisa ser visto e saber que tem importância para o meio em que vive, tendo por resultado dessa busca incessante a neurose urbana.

A psicóloga é a face da sociedade de Gotham que é a práxis da atitude blasé. Este termo foi exposto na análise social do sociólogo alemão Georg Simmel (1973, p. 17, apud ANTUNES, 2014, p.04), o qual diz que a atitude blasé é o resultado dos estímulos que são impostos aos indivíduos às rápidas mudanças da metrópole. Um dos elementos centrais do blasé é a atenuação do poder de discriminar, ou seja, os valores das coisas seriam para as pessoas algo uniforme, plano, sem profundidade. Em outras palavras é a pura insensibilidade, indiferença, fadiga.

E de onde advém essa resposta inerte do morador da cidade urbana? A vida urbana é agitada, repleta de estímulos e mudanças constantes, refletindo a saturação dos sistemas atuais, os quais retratam a massificação das

produções e das informações. Dessa forma, com o passar das interações, a racionalidade cresce em detrimento do sentimental, como forma de defesa à ameaça de desintegração e desaparecimento, advindo da velocidade dos impulsos apresentados pela metrópole. Somado a esse fator, têm-se a transformação da vida moderna em uma vivência mais calculista. Isso, à medida que a presença e influência da economia (dinheiro) aumenta em conjunto com a suas determinações numéricas que resultam no reduzir dos valores qualitativos a simples valores quantitativos, ou seja, a percepção da sociedade passa a não ser mais com enfoque na individualização. Assim, as pessoas, os objetos e os animais passam a não ter mais o seu significado próprio, literal, mas sim, a serem vistos de forma codificada em números, quantidades e grandes massas. Dessa forma, tornando o dinheiro o denominador comum (ANTUNES, 2014).

Ainda, de acordo com Simmel (1973, p. 17 apud ANTUNES, 2014, p. 4) nesse campo urbano marcado pela forte aglomeração quantitativa sem significado valorativo individual, a exigência dos nervos do indivíduo é máxima, a qual resulta em uma atitude blasé, ou em outras palavras, a indiferença ao que lhe é mostrado acaba por desvalorizar tudo e todos, e como resultado experiencia o sentimento de depreciação da própria individualidade. Esta resposta mental resultaria em uma recusa a reação aos estímulos como forma de conformismo ao vivido no meio metropolitano. O contato com o estranho torna-se habitual, de forma que essa atitude seria uma forma de autopreservação diante das grandes cidades. Esse autocuidado é o estado de aversão contra qualquer espécie de contato mais próximo. Neste sentido, é que se menciona que a psicóloga em momento algum mostra desconforto ou indício de se importar de maneira efetiva com o Arthur, visto que está imersa em um sentimento de apatia como forma, inconsciente, de defesa aos estímulos da conturbada cidade de Gotham, da extrema desigualdade social, do desamparo do Estado, da invisibilidade do cidadão, sendo isto reflexo da atitude blasé.

Diante disso, nota-se que o Estado não demonstra soluções concretas e efetivas para a crise que a cidade enfrenta. As ruas continuam imundas, as pessoas desempregadas e marginalizadas, a desigualdade social e a violência em índices crescentes, enquanto, em contrapartida a alta sociedade, usufrui de regalias e da hierarquia dos poderes.

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, da soberania, cidadania, pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme o artigo 1°. Isso com o objetivo de "[…] 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 [...]" como é perceptível na disposição do preâmbulo.

Dessa forma, a Carta Magna busca barrar tudo aquilo que vai de encontro com os seus fundamentos, a fim de garantir o Estado Democrático de Direito e, assim, assegurar as garantias fundamentais. Esse sistema garantista almeja efetivar, primordialmente, a dignidade da pessoa humana, através da defesa da liberdade, igualdade, bem-estar e justiça, combinado com os preceitos de cidadania e valores sociais do trabalho, além dos direitos básicos, como acesso à saúde, a fim de sustentar a proteção dos direitos individuais e coletivos.

Nesse sentido, o jurista brasileiro Ingo Sarlet (2015) dispõe que o princípio da dignidade da pessoa humana coloca ao Estado a função de afastamento positivo, ou seja, impõe limites ao poder estatal a fim de proteger as pessoas de serem objeto de violações ou ofensas. E, portanto, o dever de favorecer o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Consoante ao exposto, tem-se a teoria dos quatro "status" do filósofo do direito Georg Jellinek (MASSON, 2020), a qual versa sobre as quatro formas como o indivíduo se apresenta ao Estado, quais sejam: "status passivo", a mais tradicional e conhecida, status de subordinação, em que o cidadão tem deveres para com o Estado, o qual dita as obrigações e proibições; "status negativo", no qual os limites do poder estatal aparecem, ou seja, o Estado não interfere na livre escolha dos indivíduos; "status positivo", neste o cidadão passa de mero espectador obediente para sujeito de direitos, o qual exige atos do Estado ao seu favor; e "status ativo", no qual

o indivíduo age de forma a contribuir com a vontade do Estado a partir das suas competências, a exemplo o gozo do direito ao sufrágio.

Além do Estado, que tem a função de garantidor de direitos, cabe, também, a sociedade, incluindo aqui indivíduos e entidades privadas, contribuir com a função estatal de assegurar as garantias fundamentais. Isso, através do dever de respeito e solidariedade nas relações entre os particulares. Tal participação já vem sendo reconhecido pelo Direito Constitucional Contemporâneo, porém, a discussão acerca dos direitos fundamentais nas relações entre particulares começou nas décadas de 40/50, na Alemanha. Lá, discutia-se os efeitos dos direitos de forma vertical (estado e particular) e horizontal (particular com particular), afinal, não somente o governo é capaz de violar as garantias individuais, os particulares, como parte do estado, também, podem agir de forma transgressora.

Contudo, a forma de incidência dos direitos nas relações interpessoais ainda não está bem delineada. Por isso, segundo a constitucionalista Nathalia Masson (2020) existem duas correntes quanto a esta perspectiva: a primeira sobre a "eficácia indireta e mediata", na qual a incidência dos direitos se dá, apenas, com a produção de leis infraconstitucionais, ou seja, com a mediação do poder legislativo; já a segunda corrente, majoritária no sistema brasileiro, dispõe acerca da "eficácia direta e imediata", nesta não sendo necessária a mediação do legislador, dado que os direitos incidem imediatamente entre os particulares. A exemplo, na área trabalhista, usa-se o termo "eficácia diagonal", que referencia a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares que estão em desigualdade fática.

Assim, é possível constatar a incidência dos diretos fundamentais nas relações particulares configurando a eficácia diagonal, a qual reafirma a supremacia destas garantias, no caso do filme, especialmente no sentido de assegurar a parte vulnerável da relação à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, quais sejam fundamentos do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a efetivação desses direitos tem encalço na função objetiva do Estado e nas relações subjetivas dos particulares, quando o Estado e sociedade trabalham em conjunto a função garantidora reluz e o Estado Democrático de Direito prevalece.

5. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO NO FILME

O filme *Coringa*, conforme abordado, retrata um sistema estado-social caótico, que está gerando diversas violações aos direitos fundamentais dos indivíduos, com foco em Arthur Fleck, devido a inércia e a omissão do Estado. Tais violações se dão em diversos âmbitos, quais sejam na saúde, segurança, valores sociais do trabalho, cidadania e dignidade, dilacerando a consagração do Estado Democrático de Direito.

A princípio, tem-se o acesso precário e restrito ao serviço de saúde pública e, posteriormente, a extinção deste, configurando uma forte violação à garantia estatal, dado que Arthur sofre de transtornos mentais e necessita de acompanhamento psicológico e fármaco. O acesso à saúde é um direito previsto nos artigos 6° e 196 da Constituição Federal e deve ser respeitado, a fim de que os indivíduos vivam com dignidade, sendo está diretamente ligada com o bem-estar físico e mental.

Nesse sentido, observa-se a falta de dignidade e cidadania, que é exibida a todo instante, especialmente, com a retratação das ruas sujas e cheias de lixo, representando o descaso para com a cidade, pela falta de saneamento básico, além das péssimas condições que o personagem principal se encontra e precisa lidar. Esses direitos fundamentais, estão previstos no artigo 1° da Carta Magna e repercutem em todo o ordenamento jurídico, dado que trazem a ideia de bem-estar combinada com a integridade física e mental, além da inserção social que possibilita o desenvolvimento humano.

Ademais, a falta de segurança impera durante a dramaturgia, desde os pequenos roubos aos assassinatos na cidade que instauram o caos e a revolta social, demonstrando a violação desta garantia fundamental. É nesse sentido que a inviolabilidade ao direito à segurança é garantida no artigo 5° combinado com o artigo 144 da Constituição brasileira com o fim de assegurar a ordem pública e o bem-estar coletivo.

Ainda, os valores sociais do trabalho, fundamento previsto no artigo 1º da Constituição Federal, é desrespeitado em várias cenas, dado que traz à tona o desemprego e o desamparo dos empregadores em relação aos empregados. Isso, é muito bem retratado na cena em que Arthur teve o seu instrumento de trabalho roubado e o valor do objeto foi descontado do

seu salário. Tal fato, tem por consequência a violação dos objetivos constitucionais previstos em seu artigo 3°, quais sejam a promoção do bem-estar social a todos sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação, o desenvolvimento da cidade, erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. A indocilidade se dá porque a sociedade de Gotham City torna invisível indivíduos como Arthur Fleck; além disso, dificulta o engrandecimento social, visto que o caos estava instaurado no meio social, o que impede a erradicação da pobreza e da marginalidade, escalando ainda mais as desigualdades sociais, demonstradas escancaradamente pela elite da cidade, que limitam a possibilidade de uma sociedade justa e solidária.

6 O FILME CORINGA COMO BASE PARA O ESTUDO JURÍDICO

A relação Cinema e o Direito, reflete as manifestações dos povos ao longo dos tempos e é nessa perspectiva que se constata a importância dessa junção. E o filme *Coringa*, como demonstração da sociedade contemporânea, reflete os acontecimentos e situações que os indivíduos sofrem atualmente, quais sejam o desemprego, a invisibilidade dos cidadãos, a marginalização das pessoas e cidades, as diferenças sociais, o elitismo, a insegurança, dentre outras. A obra cinematográfica é uma ferramenta inovadora para o estudo abstrato, mas ao mesmo tempo real, das violações estatais mascaradas, da sociedade moderna, representada ludicamente no caos de Gotham City.

A análise da dramaturgia possibilita o reconhecimento da necessidade de um trabalho coletivo – indivíduo, sociedade e Estado, sem perder a individualidade. Nos tempos hodiernos é perceptível e comum o aumento do individualismo, em detrimento do coletivo, dado o excesso de estímulos emanados no meio social. Isto é positivo, tendo em vista épocas passadas em que o indivíduo era completamente esquecido em face do poder estatal. Contudo, o aumento do pensamento egocêntrico de maneira a sufocar a coletividade, de forma a esquecer o próximo, que muitas vezes, necessita de amparo, faz com que a potencialidade da relação coletiva diminua, trazendo à tona a marginalização e invisibilidade social.

A perda desse sentimento de coletividade pode ser justificada pelo fato dos indivíduos não mais se vincularem as instituições, como família, gênero, religião, comunidade, pois não acreditam mais nos valores destas, como o Estado-Nação, efetivando, dessa maneira, o declínio do coletivo, o qual passa a ser compreendido pela individualidade.

Dessa forma, ao retornar à observação para o filme, deve-se analisar e interpretar as circunstâncias e problemas enfrentados pelos indivíduos, como é o caso de Arthur Fleck, visto que cresceu em um ambiente inapropriado, cercado por abusos na infância, além da patologia neural. Nesse contexto, reflete-se com uma indagação acerca da responsabilidade unilateral imposta ao personagem diante de todas os fatos narrados.

7. CONCLUSÃO

O desenvolvimento desse artigo deu-se a partir do binômio Direito e Cinema, através do qual pode-se ressaltar a sua importância e relevância para um estudo jurídico inovador, por meio da análise do filme *Coringa* (2019), apontando as violações dos direitos fundamentais do cidadão pelo Estado Democrático de Direito, aquele que deveria ser o garantidor principal, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988. Desse modo, buscou-se comparar a obra cinematográfica com a realidade da legislação constitucional brasileira em relação aos direitos fundamentais, bem como revisar a bibliografia em Constitucional sobre tais direitos, além de coletar entendimentos que reafirmam a supremacia destes.

Nessa perspectiva, é possível concluir que a compilação do estudo jurídico com a sétima arte é um meio facilitador ao acesso às informações e a educação de forma aplicada e dinâmica, ampliando as discussões e as visões acerca da sociedade em que se vive. Ainda, aprofunda-se a compreensão a respeito da Constituição Federal e suas garantias fundamentais. Dessa forma, a escolha do filme *Coringa* (2019) foi importante para mostrar através da dramaturgia a necessidade da união entre Estado e sociedade para contribuírem com a função estatal de assegurar tais garantias, por meio de uma ação coletiva entre os indivíduos, enquanto sociedade e o Estado, sem que individualidade seja deixada de lado, afinal somos sujeitos de direitos e deveres, fazendo valer, dessa forma, o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Henrique Fernandes. **O modo de vida urbano**: pensando as metrópoles a partir das obras de Georg Simmel e Louis Wirth. Revista do núcleo de antropologia urbana da USP, v. 15, 2014. Disponível em: https://journals.openedition.org/pontourbe/2565. Acesso em: 16 out. 2020.

BRANDI, Ana Carolina Dias; CAMARGO, Nilton Marcelo de. **A cidadania esquecida pelo Estado Democrático de Direito brasileiro**. Florianópolis, 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd2db7e5eb593109. Acesso em: 01 de out de 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (11° Turma). Recurso Ordinário 00105826020155030152/RO. Danos Morais. Configuração. Eficácia Horizontal Dos Direitos Fundamentais. Recorrente: Israel Nazareno Silva. Recorrido: C. R. M. G. G.. Relatora: Adriana Goulart de Sena Orsini, 18 de outubro de 2017. Disponível em: https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/512970891/recurso-ordinario-trabalhistaro105826020155030152-0010582-6020155030152?ref=serp. Acesso em: 22 out. 2020.

CASTRO, Mariana Dinelly de; PEREIRA, Alber Pascoal; LUÍNDIA, Luiza Elayne Azevedo. **Cinema como ferramenta de ensino**: entretenimento e fruição, por um cinema inteligente. Boa Vista, 2011. Artigo. Disponível em: http://intercom.org.br/papers/regionais/norte2011/resumos/R26-0055-1.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

CHAVES, Marianna; NETO, Raphael Carneiro Arnaud. **Direito e Arte:** uma simbiose necessária para uma construção mais humanista e crítica dos juristas. Revista Direito UNIFACS, n. 191, 2016. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4549. Acesso em: 08 out. 2020.

CORINGA. Direção de Todd Phillips. Estados Unidos: Warner Bros, Pictures, 2019. (122 min).

COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. **Individualização, cidadania e inclusão na sociedade contemporânea: uma análise retórica**. São Bernardo do Campo: Editora UFABC, 22° ed., 2018. E-book. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Individualiza%C3%A7%C3%A3ocidadaniainclus%C3%3osociedadecontempor%C3%A2neaebook/dp/B07TJZYMCN/ref=sr_1_1?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&dchild=1&keywords=individualiza%C3%A7%C3%A3o%2C+cidadania+e+inclus%C3%A3o+na+sociedade+contempor%C3%A2nea&qid=1603645727&sr=8-1. Acesso em: 14 out. 2020.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico:** Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. Novo Hamburgo, 2013. E-book. Disponível em: http: //www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5bb1ad1538f3aef538/Ebook%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo, 2002. E-book. Disponível em:http://www.uece.br/nucleodelinguasitaperi/dmdocuments/gil_como_elaborar_projeto_de_pesquisa.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Petrópolis: Editora Vozes, 2ª ed., 2017.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Mariana de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Cientifica**. São Paulo, 2003. E-book. Disponível em: https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india. Acesso em: 20 out. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 8° ed., 2020.

SANTOS, Diego Prezzi; RODRIGUES, Rene Chiquetti. **Cinema e Direito – Elementos para uma reflexão acerca das possibilidades de crítica a partir do uso do cinema como recurso pedagógico no ensino jurídico**. Revista jurídica – UNICURITIBA, v. 1, n. 34, 2014. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2067. Acesso em: 22 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 10 ed., 2015. E-book. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Dignidade-Pessoa-Humana-DireitosFundamentaisebook/dp/B00V79D708/ref=asc_df_B00V79D708/?tag=googleshopp0020&linkCode=df0&hvadid=379708137573&hvpos=&hvnetw=g&hvrand=13077727307840752723&hvpone=&hvptwo=&hvqmt=&hvdev=c&hvdvcmdl=&hvlocint=&hvlocphy=1001629&hvtargid=pla-810796723169&psc=1> Acesso em: 15 out. 2020.

A CARTA OLÍMPICA COMO INSTRUMENTO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Leonardo Lucchese Meinerz[88]
Pedro Henrique Bobek Friedrich[89]

INTRODUÇÃO

Conforme passam os dias do ano de 2021, os olhos de milhões de pessoas começam a se voltar para a cidade japonesa de Tóquio, que será palco do maior evento desportivo em nível mundial após o adiamento extraordinário provocado pela pandemia da Covid 19, os Jogos Olímpicos (JOs) de Verão. O evento se destaca por ser a reunião de atletas do mundo inteiro, cada qual via de regra representando seu Comitê Olímpico Nacional (CON), buscando por recordes, glória e o orgulho de seus conterrâneos.

No entanto, mais do que a visão de um simples evento desportivo, há uma gama de fatores que o integram, como sua própria organização e do Comitê Olímpico Internacional (COI), e a própria amostra cultural que a cidade-sede pode proporcionar aos atletas, espectadores e trabalhadores estrangeiros. No lado negativo, muitas denúncias de violação aos direitos humanos (consolidados pela declaração de 1948, editada pela Organiza-

88 Graduando no curso de bacharelado em direito no Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG).

89 Graduando no curso de bacharelado em direito no Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG).

ção das Nações Unidas) também estão atreladas à realização desses jogos, seja nas edições de verão ou inverno, podendo em rápida análise serem citados exemplos como Pequim e Rio de Janeiro, como será demonstrado ao longo deste estudo. (ITUC, 2017).

O presenta artigo objetiva analisar a Carta Olímpica (CO), principal documento do Direito Olímpico, como um meio na efetivação dos direitos humanos, de modo a contextualizar os acontecimentos históricos e atuais, em vista da evolução em prol dos seres humanos. Ao longo das décadas, os fundamentos e regras olímpicas sofreram diversas mudanças até chegar ao que conhecemos hoje como CO, que em seu prelúdio trazia apenas alguns objetivos a serem seguidos, limitado em relação às questões humanitárias. Assim, em decorrência dos eventos e acontecimentos históricos, como a criação da Declaração Universal do Direitos Humanos, boicotes, manifestações políticas e sociais dentro dos jogos tornaram os Jogos Olímpicos e a Carta Olímpica garantidores dos direitos humanos e um meio para a união dos povos (LIU, 2007, p. 213).

Dessa forma, a ideia a ser comprovada norteia-se a partir do problema de pesquisa "a Carta Olímpica tornou-se um eficaz instrumento na efetivação dos direitos humanos?", partindo o secionamento explicativo em dois pontos. Inicialmente serão expostos os fatos antecedentes da CO, os princípios atuais do olimpismo e analisado os direitos humanos na Carta Olímpica em sua história e atualidade, separados nas seguintes subdivisões: (i) participação feminina, (ii) liberdade de expressão e (iii) dignidade da pessoa humana. Em seguida será abordada a prática da aplicação da Carta Olímpica pelo Comitê Olímpico Internacional.

2. CARTA OLÍMPICA

Os Jogos Olímpicos remontam de meados do ano 776 a.C na Grécia, como um festival desportivo em homenagem às divindades locais, sendo realizados no Santuário de Olimpia e movidos por rígidas regras, em principal as "Leis fundamentais de Olímpia". Nisso já se notava a existência de algo perto do Direito Olímpico. Os jogos duraram por volta de 300 anos, quando por édito lavrado no ano de 393 D.C pelo bispo de Milão Don Ambrósio foram proibidos (MESTRE, 2008, p. 13).

Os Jogos Olímpicos, e consequentemente o Movimento Olímpico, apenas voltaram a surgir no ano de 1894, legado atribuído ao Barão francês Pierre de Coubertin, sendo iniciados os Jogos Olímpicos modernos no ano de 1896, em Atenas, tradição que dura até os dias atuais (MESTRE, 2008, p. 13). Porém, ainda segundo versa o jurista português Alexandre Miguel Mestre (2008, p. 13-14):

> Um pouco surpreendentemente, desse enorme legado que Pierre de Coubertin conseguiu reavivar não constou o "Direito Olímpico". Na verdade, o fundador dos JO da era Moderna foi até contra a proliferação de regras, para tal invocando e clamando o seguinte: quanto mais regulamentos adoptarem, mais ficam acorrentados. Permitam alguma flexibilidade às organizações olímpicas.

Assim, tem-se claro que as normativas olímpicas demoraram a ressurgir, sendo criado apenas no ano de 1908 o Comitê Olímpico Internacional (COI), entidade máxima do Movimento Olímpico (atualmente formado principalmente por esse primeiro, as federações internacionais e os comitês olímpicos nacionais). (MESTRE, 2008, p. 14). Porém, ainda mais demorado que o surgimento do COI, foi a criação de normas realmente reguladoras do Movimento Olímpico, como hoje conhecemos a Carta Olímpica (ou *Olympic Charter*, no original). Exemplo disso é o primeiro documento constante na biblioteca virtual olímpica, datado do ano de 1911 e alcunhado apenas como "*Annuaire*" (traduzido para a língua portuguesa como "Anuário"), no qual o texto se limita apenas a descrever normas básicas da organização do COI e questões organizacionais dos jogos, bem como retrospectiva de sedes anteriores (COI, 1911, n.p).

Apenas no ano de 1924, constou a primeira menção ao termo "carta", como subtítulo do documento "*Statuts du comite international olympique, reglements et protocole de la celebration des olympiades*" (COI, 1924, n.p) (podendo ser traduzido como "estatutos do comitê olímpico internacional, regramentos e protocolo da celebração das celebrações das olimpíadas"), deixando de ser empregue por 22 anos até serem reincorporadas nas "regras olímpicas", que vigoraram de 1946 até 1955. (MESTRE, 2008, p.24).

Tem-se claro, conforme citado por Mestre (2008, p. 25), que essa normatização do Direito Olímpico seguiu um curso lento, definindo muitas vezes como incoerentes, do ponto de vista lógico, as sucessivas alterações no caminho do aperfeiçoamento da normativa que hoje conhecemos como "carta olímpica". O primeiro documento assim intitulado remonta ao ano de 1978 (COI, 1978, p. 1), e atualmente está em vigor versão de junho de 2020. Esta é incomparável, em questões técnicas, à normativa dos primórdios do olimpismo moderno, hoje abrangendo normas específicas a diversos assuntos, como o funcionamento do Comitê Olímpico Internacional, Federações Internacionais e Comitês Olímpicos Nacionais, bem como a organização e protocolo dos jogos e princípios do olimpismo. Com relação a este último, se faz necessária breve explicação, dado seu imenso valor como um norte para todas as regras subsequentes dispostas pela carta olímpica.

2.1. PRINCÍPIOS ATUAIS DO OLIMPISMO

É notório que a carta olímpica especifica o olimpismo como uma base em si do próprio Movimento Olímpico. Por tal motivo, localiza-se no documento como uma introdução, antes de qualquer outro instrumento jurídico. Divide-se em sete partes, que destacam seu grande papel. (COI, 2020, p. 11-12).

Inicialmente, deve-se ter em mente que o olimpismo deve ser tratado não somente como um texto, e sim como uma verdadeira filosofia de vida, como disposto no fundamento 1, aliando as qualidades do corpo, espírito e vontade. Seu objetivo, ainda de acordo com o mesmo princípio, é criar um estilo baseado na alegria do esforço, o valor educativo do bom exemplo, responsabilidade social e o respeito aos princípios éticos fundamentais universais. (COI, 2020, p. 11).

Nota-se que já no primeiro fundamento, o olimpismo tem como base o bem-estar social e respeito à ética fundamental universal. Isto se reforça nos demais, como o segundo, ao citar que o olimpismo tem como objetivo pôr o desporto a serviço do desenvolvimento harmônico do ser humano, para que seja favorecido o estabelecimento de uma sociedade pacífica e comprometida com a manutenção da dignidade humana. (COI, 2020, p. 11).

Ainda no fundamento 4, deixa-se claro que a prática desportiva é um direito humano, devendo cada pessoa poder praticar o esporte sem discriminações e dentro do espírito olímpico. Esta ideia é reforçada pelo fundamento 6, ao citar que a não discriminação se estende não apenas a simples prática esportiva em sim, mas a todos os direitos e liberdades dispostos pela carta (COI, 2020, p. 12).

Os demais fundamentos, 3, 5 e 7 entregam conceitos acerca da autonomia desportiva e o próprio fim dos Jogos Olímpicos como objeto de integração dos povos (COI, 2020, p. 11-12). Esses baluartes servem como um direcionamento primordial para todas as demais regras da carta olímpica, pois devem sempre se adequar ao olimpismo.

2.2. DIREITOS HUMANOS NA CARTA OLÍMPICA

A qualificação dos direitos humanos como fundamentais na normativa olímpica, como diversos outros documentos em diversas matérias de cunho social, remonta ao período após a promulgação pela Organização das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada do dia 10 de dezembro de 1948; desde então, é o principal instrumento jurídico dedicado à proteção desses direitos (ONU, 1948, n. p).

Anteriormente, a normativa olímpica se limitava a definir os Jogos Olímpicos e o Movimento Olímpico em si como um evento de comunhão dos povos, mas sem idealizar a defesa primordial de seu principal componente, os seres humanos. Porém, como a própria normativa olímpica, o objeto deste estudo foi apenas lentamente sendo incorporado ao Movimento Olímpico. Citar todos os exemplos de evolução em direitos humanos tornaria este estudo maçante ao leitor, então explicitaram-se apenas alguns pontos importantes.

2.2.1 PARTICIPAÇÃO FEMININA

Cita-se que na primeira publicação do COI após a promulgação do instrumento da ONU, datada do ano de 1949 como "*Olympic Rules*" (COI, 1949, p. 01), ou "Regras Olímpicas", ainda constava em sua regra 41 que: ''*Women are allowed to compete in athletics, fencing, gymnastics, swimming, canoeing, figure skating, skiing, yachting and art exhibitions*" (COI,

1949, p. 19). Em tradução resumida, nota-se que havia a permissão da participação de mulheres nos Jogos Olímpicos apenas para determinadas modalidades, em expressa discordância a proibição da discriminação por sexo no artigo 2° da declaração humanitária (ONU, 1948, p. 2).

Essa discriminação, embora sendo gradualmente abrandada conforme o passar do tempo, foi definitivamente derrubada do ponto de vista normativo quando, no ano de 1995, a carta olímpica passou a não possuir em seu texto qualquer distinção entre sexos (COI, 1995, n.p).

2.2.2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Muito se debate sobre o crescimento da liberdade de expressão, seja nas mais diversas áreas, como na política, religião e desporto, que vem crescendo exponencialmente. Inúmeros entes e personalidades públicas vêm expressando seu apoio às mais diversas causas dentro do esporte, tal como as olímpiadas, mas não é surpresa que tais ações vêm sendo historicamente repudiadas pelo COI.

Toma-se como exemplo os JOs, que são megaeventos e trazem grande divulgação mundial para os países e desportistas que deles participam. Isso acaba tornando-o um grande palco para manifestações e revoltas, mas a Carta Olímpica, em discordância, apresenta um dispositivo que tende a barrar tais condutas, que assim expõe: "*No se permitirá ningún tipo de manifestación ni propaganda política, religiosa o racial en ningún emplazamiento, instalación u otro lugar que se considere parte de los emplazamientos olímpicos*" (COI, 2020, p. 91).

Como mencionado, a atual Regra 50 da Carta Olímpica vem ocasionando discordâncias entre a comunidade internacional, assim como gerou agitação no passado. Tal dispositivo trouxe à tona um certo embate entre a liberdade de expressão e o manifesto pelos direitos humanos que estão inseridos nos princípios da CO.

Não há como deixar de falar sobre o manifesto negro nos Jogos Olímpicos de 1968, no México, época de grande crise para a população negra dos Estados Unidos. O país passava por sérios problemas étnicos e raciais, um lugar onde a busca por mais direitos gerou grandes movimentações, ainda mais após a morte de Martin Luther King e a formação do grupo

radical "Panteras Negras", que lutava pela defesa do povo negro (RUBIO, 2010, p. 63).

No emblemático dia de 16 de outubro, na mesma olímpiada, Tommie Smith e John Carlos, atletas olímpicos dos EUA, manifestaram seu apoio ao movimento negro, levantando o punho e baixando a cabeça, enquanto estão sob o pódio durante o hino estadunidense, simbolizando um gesto dos Panteras Negras. Tal acontecimento ficou marcado na história das Olímpiadas, mas gerou severas sanções, como a expulsão dos dois atletas dos jogos pelo Comitê Olímpico Internacional, manifestando seu juízo apolítico, bem como gerou sérias críticas pela imprensa estadunidense, que levou a carreira de ambos a decadência. (GLOBO ESPORTE, 2016).

Consoante com esse gesto histórico, a ginasta tcheca Vera Caslavská, em repúdio à invasão de Praga, não cumprimentou as atletas soviéticas no momento da premiação, não respeitando o protocolo olímpico; no entanto, saiu sem sofrer qualquer sanção ou punição que seja, diferentemente dos estadunidenses banidos durante o mesmo Jogo Olímpico, demonstrando assim a parcialidade do COI vigente à época (RUBIO, 2010, p. 63 apud LÓPES, 1992, n.p).

Importante lembrar de casos recentes, considerando o crescimento de movimentos antirracistas e o clamor pela justiça social nos últimos tempos, como o movimento "*Black Lives Matter*", em que um estadunidense negro morreu sufocado por um policial (BARRERA, 2020). Visto isso, a pressão por justiça social acabou levando a uma discussão acerca das manifestações dentro dos Jogos Olímpicos, o que conduziu o presidente do COI, Thomas Back, a se manifestar quanto ao pedido de uma possível mudança dentro do COI e da Carta Olímpica. Assim, em entrevista ao jornal *The Guardian*, o atual dirigente do COI assim manifestou-se:

> *The Olympic Games are firstly about sport. The athletes personify the values of excellence, solidarity and peace. They express this inclusiveness and mutual respect also by being politically neutral on the field of play and during the ceremonies. At times, this focus on sport needs to be reconciled with the freedom of speech that all athletes also enjoy at the Olympic Games. This is the reason there are rules for the field of play and the ceremonies protecting this spirit of sport. The unifying power of the Games can only unfold if everyone shows respect for and solidarity to one another. Otherwise, the*

> *Games will descend into a marketplace of demonstrations of all kinds, dividing and not uniting the world. (The Guardian, 2020, on-line).*

Em síntese, Bach denota seu posicionamento quanto à neutralidade dos jogos, manifestando que os Jogos Olímpicos são sobre o esporte, e do espírito olímpico e respeito mútuo personificado a partir dos atletas, que resultam na neutralidade dos jogos. Assim, afirma que a existência de regras possui o intuito de resguardar o espírito esportivo, para então concluir que a unificação se deve dar pela solidariedade e respeito, evitando que os jogos virem uma "feira" de manifestações, de modo que acabe dividindo o mundo (THE GUARDIAN, 2020).

Dado o exposto, observa-se como o COI vem tratando sua convicção apolítica, ao passar dos anos, coibindo as grandes manifestações nas Olímpiadas, sob a alegação de manter o respeito e o espírito olímpico nos JOs.

2.2.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente difundido na declaração universal dos direitos humanos, principalmente em seu preâmbulo (ONU, 1949, p. 1), como um conjunto de ações que visem dar a possibilidade de cada pessoa possuir uma vida digna, é citado na carta olímpica no segundo item dos princípios do Olimpismo (COI, 2020, p. 11): "*El objetivo del Olimpismo es poner siempre el deporte al servicio del desarrollo armónico del ser humano, con el fin de favorecer el establecimiento de una sociedad pacífica y comprometida con el mantenimiento de la dignidad humana*".

Em tradução resumida, é dito que o objetivo do olimpismo é colocar o esporte à disposição de favorecer a sociedade, que entre outras características, será comprometida com a manutenção da dignidade humana. Este termo não é encontrado em outras partes do principal instrumento olímpico, porém por estar consagrado como princípio fundamental do olimpismo, pode nortear as atitudes dos comitês nacionais membros, federações e o próprio comitê olímpico, inclusive acarretando punições para quem descumpri-lo (COI, 2020, p. 11).

Isso norteou, por exemplo, decisão do comitê olímpico datada em 2017 em incluir no contrato assinado por países que possuem a ambição de sediar edições de Jogos Olímpicos, sejam eles de verão ou de inverno,

e incluídas as paraolimpíadas, como será em melhor momento abordado (COI, 2017, p. 16).

3. A APLICAÇÃO PRÁTICA DA CARTA OLÍMPICA POR PARTE DO COI

Ao se examinar a práxis histórica do Comitê Olímpico Internacional na efetivação e concretização dos preceitos contidos na Carta Olímpica, fica visível sua adesão aos direitos humanos no esporte. Dos diversos acontecimentos que trouxeram credibilidade ao COI, frisa-se os episódios iniciados a partir dos Jogos Olímpicos de 1964, em Tóquio, que deram início a um boicote ao regime segregacionista da África do Sul (LIU, 2007, p. 218-219).

Mesmo possuindo na época dos fatos certa resistência ao banimento da África do Sul, por achar que política e esporte devem permanecer separados, o posicionamento do COI foi a favor dos direitos humanos, pois, os rudimentos contidos nos princípios fundamentais (COI, 1962, n.p.) são bem claros quanto a proibição à discriminação contra pessoas por motivo de raça, religião ou filiação política, o que levou o país em questão ao banimento dos Jogos Olímpicos, em razão de seu regime racista *apartheid*, o qual tentou manter uma hegemonia nas relações do esporte (LIU, 2007, p. 218-219)

Em 1968, como aborda Liu (2007, p. 220), nos Jogos Olímpicos de Verão que tiveram como sede a Cidade do México, a África do Sul voltou a ser palco de um grande ameaça de boicote, que acabou envolvendo trinta e duas nações em repressão à participação de tal país. O COI, novamente relutante em envolver-se nas questões políticas, por ter uma convicção apolítica, acabou cedendo as represálias por parte de muitas nações integrantes dos Jogos Olímpicos.

O boicote e repressão aos regimes racistas foram de grande importância à época, pois deram início a um movimento de cooperação entre países antissegregacionistas contra os que seguiam a política segregacionista. A repressão foi tanta que afastou a África do Sul dos Jogos Olímpicos durante 28 anos, período o qual perdurou o regime racista no país. (LIU, 2007, p. 220)

Vale lembrar dos JOs de Verão em Pequim (2008), que desdobraram grandes discussões acerca da má atuação do governo chinês. Diversas entidades e organizações não governamentais criticaram duramente a política chinesa e seu descaso com os direitos humanos, bem como pressionaram o COI para que "assumisse as suas responsabilidades de acordo com o seu quadro ideológico de referência, expresso na CO" (COSTA; PIRES; FILHO, 2012, p. 93).

Contudo, como bem explicitou o presidente do COI à época, Jacques Rogge, que os JOs são um catalisador para mudança e não um palco para resolver todos os problemas existentes, visto que as severas críticas e manifestações não devem servir para tratar um país com escárnio e desdém. Após essa reviravolta, Jacques Rogge voltou a afirmar os compromissos com os direitos humanos, e pediu ao governo Chines para que juntamente assuma tal compromisso moral (COSTA; PIRES; FILHO, 2012, p. 93).

Mais recentemente, pode-se auferir que outra grande forma positiva de aplicação prática da carta olímpica e sua proteção aos direitos humanos. Parte integrante da filosofia do olimpismo foi a inclusão, no ano de 2017, de garantias especificamente com relação aos direitos humanos no contrato de cidade-sede, já vigente e assinado pelas partes pertinentes para a edição de 2024 dos Jogos Olímpicos de Verão a serem realizados em Paris, França. Cita-se sua cláusula 13.2, que versa como obrigações da cidade-sede, comitê nacional ao qual esta cidade se jurisdiciona, e ainda o comitê organizador da edição dos Jogos Olímpicos:

> *[…] a. prohibit any form of discrimination with regard to a country or a person on grounds of race, colour, sex, sexual orientation, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status;*
>
> *b. protect and respect human rights and ensure any violation of human rights is remedied in a manner consistent with international agreements, laws and regulations applicable in the Host Country and in a manner consistent with all internationally-recognised human rights standards and principles, including the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, applicable in the Host Country […]* (COI, 2017, p. 16).

Em resumo traduzido, foram introduzidas pela primeira vez normas como proibir qualquer discriminação, não só nos Jogos Olímpicos, bem como em qualquer ato referente a sua organização, assim como a obrigação de proteger e respeitar os direitos humanos e assegurar que qualquer violação destes será remediada de forma consistente com os acordos internacionais pertinentes e legislação local e ainda de maneira consistente aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (COI, 2017, p. 16).

Tal inclusão é um marco importante, visto que frequentemente são vistas na organização destes jogos contínuas violações aos direitos humanos, podendo-se destacar os eventos recentes, como os Jogos Olímpicos de Pequim, 2008, com a denúncia de aumento relevante em prisões e assédio contra opositores do governo chinês (ITUC, 201).

A cidade asiática volta a aparecer conforme se aproximam os Jogos Olímpicos de Inverno de 2022, a serem sediados no local, novamente por denúncias do ponto de vista humanitário. Versa o jornal alemão *Deutsche Welle* (2021):

> A repressão do governo chinês à minoria muçulmana uigure e a supressão das estruturas democráticas em Hong Kong privam muitas das lutas de medalhas na neve e no gelo. 180 grupos de direitos humanos pediram agora aos governos de todo o mundo que boicotem os Jogos Olímpicos de Inverno de 2022 em Pequim (4 a 20 de fevereiro). O objetivo, dizem os ativistas, é garantir que os Jogos "não sejam usados para encorajar o governo chinês em suas terríveis violações dos direitos humanos e suas ações contra dissidentes". O presidente chinês Xi Jinping "desencadeou uma repressão implacável à liberdade fundamental e aos direitos humanos" desde que os Jogos foram concedidos à República Popular em 2015, disseram ativistas de direitos humanos.

Além da cidade chinesa, devem ser citados os exemplos das Olimpíadas de Inverno de Socchi, 2014, e as Olimpíadas de Verão do Rio de Janeiro, 2016, nos quais dentre outros abusos, notou-se a grande quantidade de pessoas despejadas de seus lares (apenas nos jogos de 2016 atingiu a quantia de 22 mil pessoas), somados ao aumento da repressão policial (ITUC, 2017).

Por fim, voltam-se os olhares para a decisão do corrente ano, em que o COI mais uma vez se moveu com o intuito de solucionar o cenário sombrio no qual se encontravam os atletas bielorrussos, em razão da má administração do CON bielorrusso, e pela perseguição política aos atletas. Após o comitê nacional eleger como presidente Viktor Lukashenko para o cargo hierárquico máximo do CON, posição ocupada outrora pelo seu pai Alexander Lukashenko (atual presidente do país, enquanto era presidente do CON), a oposição relatou diversas violações nessa votação, bem como disse ser fraudulenta. Em resposta, Alexander Lukashenko negou fraudar a eleição para presidência do CON. Seguidamente ocorreram diversas repressões e perseguições, que tiveram como principais alvos os atletas que apoiavam a oposição (TÉTRAULT-FARBER, 2021).

À vista disso, o COI decidiu punir o Comitê Olímpico Nacional da Bielorrússia, em razão de não terem protegido devidamente os atletas da discriminação política dentro do comitê ou do movimento esportivo. Culminou assim, em sérias sanções das quais o COI resolveu: (I) não reconhecer o Viktor Lukashenko como novo presidente do CON da Bielorrússia, bem como sua exclusão das olímpiadas e qualquer evento e atividade do COI; (II) manter as medidas provisórias tomadas pelo Conselho Executivo em 7 de dezembro de 2020 (COI, 2020, n.p); as quais suspenderam todos os pagamentos financeiros ao CON bielorrusso, isentos os pagamentos relativos às bolsas dos atletas e à preparação do seleção bielorrussa e sua participação nos Jogos Olímpicos.

Além dessas principais sanções, o COI solicitou às federações internacionais, ao CON bielorrusso e a todos os integrantes do Movimento Olímpico que, respectivamente, se certifiquem de que todos os atletas bielorrussos possam participar dos eventos qualificatórios para as próximas Olímpiadas sem sofrer discriminação política e que respeitem as medidas estabelecidas em prol de proteger tais atletas e a reputação do Movimento Olímpico. Para tanto, estabeleceu ainda que não é passível de convite ou concessão de qualquer credenciamento a qualquer funcionário do governo da Bielorrússia para os JOs, haja vista que, como citado, Alexander Lukashenko é presidente da Bielorrússia enquanto cumulava anteriormente o cargo de presidente do CON (COI, 2021, n.p).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese breve do estudo, norteado pelo problema de pesquisa "a Carta Olímpica tornou-se um eficaz instrumento na efetivação dos direitos humanos?", foi explicitada introdução acerca do renascimento dos Jogos Olímpicos em seu modelo considerado atual e o nascimento do comitê olímpico internacional, bem como a própria carta olímpica (documento constitutivo que até o ano de 1978 foi nomeado de diversas formas). Após, foram descritos os princípios do olimpismo dispostos pela carta olímpica em sua versão atual, junto aos conceitos de direitos humanos inscritos nela e a exemplificação e histórico de alguns deles.

Também se fez presente a explicação da atuação histórica e atual do comitê olímpico internacional enquanto detentor e responsável pela efetivação prática do documento objeto da presente pesquisa, expondo por exemplo a práxis do COI no banimento da África do Sul dos Jogos de 1964 e 1968, em razão de seu regime racista vigente à época.

Passada a síntese, é necessária a análise e resposta ao problema de pesquisa, sendo ela positiva, porém com alguns apontamentos. Leia-se: após a promulgação da declaração dos direitos humanos notou-se que a carta olímpica seguiu a evolução desse documento, porém em ritmo mais lento, conferindo aos poucos a adesão a esses direitos sociais. Isto se reflete no exemplificado anteriormente, sobretudo com a questão do direito de competição feminino (na declaração disposto pela proibição de distinção de gênero, artigo 2°), que se consolidou efetivamente apenas no ano de 1995, com a retirada no documento de qualquer menção que distinguisse os sexos Também se reflete na questão da liberdade de expressão (consagrada no artigo 19 da declaração dos direitos humanos), discutida em meio a preparação para os Jogos Olímpicos de Tóquio e com base na Regra 50 da carta olímpica, onde se vê a dificuldade do Comitê Olímpico Internacional na mediação entre o direito humano e o caráter apolítico do evento "Jogos Olímpicos" e o Movimento Olímpico em si (formado principalmente pelo trinômio "Comitê Olímpico Internacional, federações internacionais e os comitês olímpicos nacionais").

Porém, assim como a demora em resolver questões de direitos humanos por diversos motivos, também é notável a evolução ocorrida, culminando em pontos importantes como o novo modelo contratual para

cidades sede, já assinado pela próxima sede olímpica de Verão, Paris, com a inclusão específica da obrigação dos envolvidos na proteção dos direitos humanos, fato muito comemorado por ativistas em meio às denúncias em edições olímpicas recentes (principalmente pelos Jogos Olímpicos de Verão de Pequim 2008 e Rio de Janeiro 2016, bem como os Jogos Olímpicos de Inverno de Socchi 2018 e Pequim 2022).

Cita-se também o rol de sanções aplicada pelo COI ao Comitê Olímpico Nacional da Bielorrússia, bem como o próprio presidente da nação Alexander Lukashenko, pela lesão aos princípios do olimpismo, incluindo-se a discriminação política a atletas nacionais.

De acordo com todo o exposto, deve-se concluir este estudo com a seguinte afirmação: atualmente, a carta olímpica é um instrumento importante de aplicação dos direitos humanos, devido ao seu poder de inclusão, motivado principalmente pelos Jogos Olímpicos de Verão e pelos próprios conceitos do olimpismo, filosofia de vida descrita pelo documento. No entanto, é necessária, em alguns momentos, maior proatividade por parte do COI, que embora seja efetivo em decisões, outras vezes apenas age quando há pressão de outros integrantes do Movimento Olímpico e ativistas, bem como ainda há margem para evolução, melhorando um documento que já é de excelente qualidade.

REFERÊNCIAS

COMITÉ INTERNATIONAL OLYMPIQUE. **Annuaire.** Lausanne, 1911.

_____. **Carta Olímpica**. Rio de Janeiro, 2020.

_____. **IOC Executive Board decision.** Lausanne, 10.3 p.1, 2021.

_____. **IOC Executive Board decision.** Lausanne, 13.3 P.2, 2021.

_____. **Host city contract: principles.** Lausanne, 2017.

_____. **Olympic charter.** Lausanne, 1978.

_____. **Olympic charter.** Lausanne, 1995.

_____. **Olympic rules.** Lausanne, 1949.

_____. **Statuts du comite international olympique, reglements et protocole de la celebration des olympiades.** Lausanne, 1924.

_____. **The olympic games: Fundamental principles, rules and regulations, general information/ International Olympic Committee.** Lausanne, 1962.

BARERRA, Daniela. What is the Black Lives Matter movement and when did it start?, **Diario AS.** Disponível em: https://en.as.com/en/2020/06/02/other_sports/1591125028_978852.html . Acesso em: 24 abr. 2021

COSTA, Alcides; FILHO, Alberto e PIRES, Gustavo. Grandes Linhas Ideológicas de Orientação Estratégica do Comitê Olímpico Internacional: Os Direitos Humanos. **Podium: Sport, Leisure and Tourism Review**. PODIUM: Sport, Leisure and Tourism Review, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 78-105, jul./dez. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307796450_Grandes_Linhas_Ideologicas_de_Orientacao_Estrategica_do_Comite_Olimpico_Internacional_Os_Direitos_Humanos. Acesso em: 20 mar. 2021.

DEUTSCHE WELLE. Völkermordvorwurf: Werden China die Olympischen Spiele entzogen? **Deustche Welle.** Disponível em: <Völkermordvorwurf: Werden China die Olympischen Spiele entzogen? Aktuell Welt DW>, 3 fev. 2021 . Acesso em: 22 mar. 2021.

INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION. Olympia: Neuer Host-City-Vertrag beinhaltet Menschenrechte, International Trade Union Confederation. Disponível em: Olympia: Neuer Host-City-Vertrag beinhaltet Menschenrechte – International Trade Union Confederation (ituc-csi.org). Acesso em: 23 mar. 2021.

LIU, Julie H. Lighting the torch of human rights: The olympic games as a vehicle for human rights reform, **Northwestern Law.** Disponível em: http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol5/iss2/3 . Acesso em: 20 mar. 2021.

MESTRE, Alexandre Miguel. **Direito e Jogos Olímpicos.** Lisboa: Almedina, 2008.

O GLOBO. **Panteras Negras**: a história do gesto mais famoso dos Jogos Olímpicos. Globo. Disponível em: https://gq.globo.com/GQ-no-podio/noticia/2016/08/panteras-negras-historia-do-gesto-mais-famoso-dos-jogos-olimpicos.html . Acesso em: 19 mar. 2021.

RUBIO, Katia. Jogos Olímpicos da Era Moderna: uma proposta de periodização. **Revista Brasileira de Educação Física e Esporte**. São Paulo, v.24, n.1, p.55-68, 2010. Disponível em: https://www.ludopedio.com.br/biblioteca/jogos-olimpicos-da-era-moderna-uma-proposta-de-periodizacao/. Acesso em: 24 abr. 2021.

TÉTRAULT-FARBER, Gabrielle. Lukashenko's son replaces father at helm of Belarusian Olympic Committee after ban, **The Guardian.** Disponível em: https://www.theguardian.pe.ca/news/world/lukashenkos-son-replaces-father-at-helm-of-belarusian-olympic--committee-after-ban-557161/ . Acesso em: 22 mar. 2021.

THE GUARDIAN. The Olympics are about diversity and unity, not politics and profit. Boycotts don't work, The Guardian. Disponível em: https://www.theguardian.com/sport/2020/oct/24/the-olympics-are-about-diversity-and-unity-not-politics-and-profit-boycotts-dont-work-thomas-bach . Acesso em: 22 mar. 2021

UNITED NATIONS. **Universal declaration of human rights**, 1948.

PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE: EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA SOCIEDADE

Luciana Muniz Prado de Almeida[90]

INTRODUÇÃO

Com o propósito de investigar a problemática relacionada ao princípio da fraternidade no âmbito dos direitos humanos, a pesquisa se destina a compreender o sentido e a implicação deste, guiado pelo direito a uma vida, transformando a realidade atual de dificuldades para um caminho onde o bem comum é posto em voga. A pesquisa busca reunir informações sobre a temática, apontando as dificuldades e fragilidades quanto à efetividade dos direitos humanos na prática, implicando uma eficácia maior através do respeito à dignidade humana através do princípio jurídico da fraternidade.

Ressalta-se que tarefa difícil deve ser visualizada, pois com toda a normativa que trata de fraternidade, com a adoção pela Constituição francesa e da Constituição brasileira, do princípio da fraternidade, além evolução das normas ao longo dos tempos que trazem esses temas, demonstra-se o

90 Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (SE), Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Guanambi (BA), Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (SE). Parecerista ad-hoc da *Revista Direito em Debate,* da Unijuí (RS).

largo corpo normativo dessa área, ensejando no incremento do ordenamento jurídico interno de diversos países. A pesquisa, desse modo, traz uma quantidade de tratados internacionais, declarações e normas nacionais, os quais conduzem o leitor a uma amplitude desses direitos, implicando uma visão menos individualista e elevando o princípio jurídico da fraternidade a um patamar superior consolidando o bem através de ações coletivas dignificantes.

O objetivo da pesquisa busca responder ao seguinte problema: é possível garantir uma vida digna para as pessoas da comunidade através do princípio jurídico da fraternidade? Dessa forma, iniciando e delimitando o objeto do texto, a estrutura passa a ser apresentada. Os capítulos abordam o princípio da fraternidade, trazendo sua contextualização histórica, distinguindo os conceitos de solidariedade e de fraternidade. Ademais, trata também do princípio da dignidade da pessoa humana relacionado ao princípio da fraternidade, confirmando o papel da sociedade perante os indivíduos a ela pertencentes.

A metodologia utilizada em todo o artigo foi a qualitativa, incluindo normas e conceitos que embasam o texto. A pesquisa, além do cunho explicativo é ainda de cunho bibliográfico, já que a partir de livros, artigos e normas, se torna visível e compreensível a aplicação da fraternidade de maneira eficaz nas ações comunitárias em defesa de um bem coletivo integrativo comum.

Com isso, a pesquisa não encerra as discussões sobre o tema, nem mesmo quanto à garantia de uma vida digna, mas é desse modo que se espera demonstrar e convencer o leitor de que atitudes positivas relacionadas ao outro são premissas que regem e concretizam os direitos de todas as pessoas, principalmente no que tange aos direitos humanos.

1. PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: UM OLHAR HORIZONTALIZADO PARA A COMUNIDADE

Há tempos se discute o comportamento individualista das pessoas ao entenderem a vida através do paradigma da liberdade, onde elas podem decidir sobre o que está ao seu redor, sem se preocupar com o outro. Desse modo, este capítulo visa tratar da fraternidade, enquanto categoria jurídica, além de introduzir as demais categorias que esse princípio pos-

sui. Analisam-se, ainda, os tratados internacionais e as normas internas a respeito da fraternidade e da dignidade da pessoa humana, como forma de visualização do objetivo do texto.

1.1. FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA

Segundo Alcântara Machado (2017), a fraternidade, como categoria jurídica, começa a ser discutida a partir do século XX. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Contudo, observa-se que esta já foi mencionada anteriormente, tendo se iniciado com a religião cristã através da significação do amor ao próximo. É, então, através dessa convivência universal que se deságua num amor fraterno.

Este laço criado na doutrina cristã estava intimamente ligado a um vínculo de irmandade, de consanguinidade. O dever para com a comunidade era o objetivo daquelas pessoas que possuíam relações de irmandade. Desse modo, de acordo com Machado (2017), o cristianismo foi o responsável por inaugurar uma ética de fraternidade, responsabilizando o indivíduo pelo próximo.

Na visão de Barzotto (2018), como categoria filosófica, trata-se de um conceito moral e ético no qual a irmandade vai além da relação familiar. É reconhecer como irmão quem não o é e esse conceito é mais amplo do que o simples ver, pois a pessoa que reconhece está consciente de suas atitudes perante o outro.

Então, tratado pela primeira vez como categoria jurídica, o princípio da fraternidade foi trazido pela Constituição francesa de 1946, em seu preâmbulo. De certo modo, segundo Fonseca (2019), a Revolução de 1789 traz a fraternidade como elemento que conecta a igualdade e a liberdade, sendo responsáveis por um projeto moderno de sociedade. Apesar de toda a apelação e discussão para aplicação desses princípios de forma conjunta, esse tripé republicano acaba caindo em desuso, passando então a fraternidade passa a ser um princípio menos discutido nas decisões políticas e sociais.

Ainda de acordo com Fonseca (2019), ressalta-se que numa sociedade multicultural e complexa não há como falar de uma visão onde os indivíduos não possuam uma crença, negando a fé e a interferência religiosa acerca da vida em cotidiano. A religião também não é propensa a criar

princípios jurídicos, necessitando aceitar então a influência da ciência e da razão.

Além da origem religiosa relacionada à fraternidade, não há que se contestar que, nos períodos revolucionários, esse princípio era defendido pela Igreja (instituição), com uma visão cristã de irmandade. Porém, mesmo diante das críticas quanto à juridicidade ou laicidade desse princípio, o que a fraternidade demonstra é que, com a constituição de deveres por meio de normas, cobrando-se uma responsabilidade por meio dos autores e dos destinatários das leis e das demais normas, a possibilidade de uma postura mais fraterna é possível.

Assim sendo, na visão de Resta, Jaborandy e Martini (2017), a consagração jurídica da fraternidade numa sociedade plural e multidimensional intensifica o respeito pela dignidade humana assim como o conteúdo jurídico da dignidade repercute no pensamento fraterno ao direcionar as discussões em meio a atitudes individuais e sociais.

2. DIREITOS HUMANOS E DIREITO INTERNACIONAL: CONCEPÇÕES PARA A ADOÇÃO DA FRATERNIDADE

Primeiro, importante explicar que dentro de uma perspectiva teórica de direitos humanos de natureza contra-hegemônica, a fraternidade surge como vetor central na promoção da dignidade da pessoa humana e da possibilidade de acesso aos bens da vida, sendo esses direitos ou propriamente bens materiais.

O ideal fraternal, de acordo com Fonseca (2019), passa a ser apresentado como recurso e também como experiência e, dessa forma, passa a ser um debate racional que deve ser compartilhado na comunidade. Além da ética que se adota com esse princípio, há uma visualização de que os direitos precisam ser garantidos, mas como essa efetivação ocorreria?

Segundo Lipovetsky (2000), entende-se que numa nova sociedade há a necessidade de existência de valores e princípios éticos, pois a partir do século XX começou a se desenvolver uma generalização da exclusão de indivíduos e de valores, submetidos a uma hierarquia capitalista individualista. Dessa forma, quando há evolução no momento histórico, os direitos também devem evoluir para que haja melhor efetivação das garantias na solução de problemas de uma comunidade.

Segundo Resta, Jaborandy e Martini (2017), o movimento fraterno na contemporaneidade se diferencia do que foi trazido pela tradição iluminista, onde o indivíduo tinha a consciência de que a identidade é coletiva, sendo insensível, desse modo, a processos de indiferença social, para a preservação da dignidade da pessoa humana.

Nota-se ainda que em diversos tratados internacionais e regulamentações internas, o princípio vem sendo utilizado como fundante das normas. Além daquela, observa-se também a existência do princípio da dignidade da pessoa humana relacionando à máxima fraternal para a garantia dos direitos.

De acordo com Pozzoli e Cruz (2011), o direito fraterno assume a função de limitador das ações estatais que prejudiquem a comunidade. O Direito fraterno é responsável por efetivar a igualdade entre os indivíduos, eliminando a igualdade fundada em um poder supremo, sobretudo porque este gera desigualdade, subordinando os povos a um poder soberano e desigual. E, na visão de Vial (2006), esse direito implica um conceito ligado à fraternidade que não se compatibiliza com nenhum tipo de poder absoluto, pois parte de um pacto entre iguais. Ou seja, é a partir da fraternidade que as diversas situações presentes no dia a dia da sociedade serão resolvidas, pois é a partir da fraternidade que se dará uma nova forma de fazer e de pensar o direito. Com a evolução dos direitos, principalmente dos direitos humanos, os Estados e a comunidade como um todo passaram a ter responsabilidades para com o outro.

Desse modo, segundo Machado (2017), entende-se que, mesmo tendo sua origem no cristianismo, o princípio jurídico da fraternidade não surge a partir de um amor recíproco cristão, não tende a ser assistencialista, filantrópico ou até paternalista. Esse princípio pretende ser garantista, voltado à exigência de deveres fundamentais e, principalmente, à efetivação dos direitos fundamentais. Sua redescoberta, segundo Pozzoli e Cruz (2011), apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. Ademais, várias normas e constituições modernas trazem esse princípio, consagrando-os com a liberdade e a igualdade a exemplo da Constituição Brasileira de 1988.

É, ainda, nos direitos humanos que é perceptível a adoção desse princípio pelas comunidades internacionais. Considerar que cada um vive em

busca da dignidade humana significa também viver buscando a fraternidade, inclusive como elemento constituinte desses direitos. Desse modo, segundo Correia (2008), entende-se necessária a combinação de normas internas e internacionais, à luz dos princípios da fraternidade e da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de fortalecer os mecanismos de responsabilização do Estado.

3. A FRATERNIDADE E A DIGNIDADE HUMANA REPRESENTADAS ATRAVÉS DE TRATADOS INTERNACIONAIS E PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De acordo com Machado (2017), é aceitável que, no âmbito do direito internacional, a aplicação da fraternidade seja realizada a partir do diálogo entres as fontes, sendo elas internacionais e internas, proporcionando uma interpretação voltada aos direitos humanos, pelo princípio *pro homine,* ampliando a proteção jurídica ao ser humano.

Na evolução histórica, segundo Alcântara Machado (2017), percebe-se a inclusão da fraternidade ao decorrer do tempo. Inicialmente, observa-se a não alusão do termo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual traz somente a liberdade e a igualdade, no seu artigo 1º. Apresentado, novamente, no contexto da Revolução Francesa, com o lema "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", esse princípio foi esquecido pela sociedade e pelos políticos, sendo acrescido somente como "*fraternité entre les citoyens*[91]".

Ainda, a liberdade e a igualdade evoluíram como categorias políticas, tornando-se princípios constitucionais. Todavia, a ideia de fraternidade tornou-se um princípio "esquecido", sendo marginalizado, não mais sendo adotado na sociedade. Desse modo, de acordo com Barzotto (2005), os direitos humanos demonstram que a dignidade da pessoa humana e somente ela é fonte de deveres para todo indivíduo, ou seja, os deveres são correlatos dos direitos humanos, os quais derivam da dignidade da pessoa humana.

Ainda segundo Barzotto (2018), fraternidade interdependente da igualdade e da liberdade é de grande relevância na realização e proteção

91 Fraternidade entre os cidadãos.

dos direitos humanos, tendo em vista que estas advêm do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio propõe também a autêntica reciprocidade entre indivíduos e comunidade.

Nesse ínterim, implica-se falar nas normas que tratam sobre os princípios da fraternidade e da dignidade da pessoa humana. Em 1948, destaca-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz o princípio da fraternidade no artigo 1º, fundamentando-se na Constituição Francesa de 1789. Nela, pode-se observar o termo "espírito de fraternidade", o qual também pode ser analisado como determinada irmandade. O questionamento quanto à aplicação desse princípio surge quando há outros interesses dessa Declaração, onde o próprio tratamento fraterno não seria capaz de ser respeitado.

Segundo Oraá e Isa (2002), as condições de elaboração da Declaração Universal favoreceram muitos países em detrimento de outros, além de que nem todas as nações participaram da sua formulação, demonstrando que essa norma não era tão universal como se pretendeu. Os direitos humanos, desse modo, são aqueles que todos devem promover, tanto os Estados, indivíduos e seus grupos, como também a comunidade internacional. Todos devem atuar no desenvolvimento dos direitos civis, culturais, sociais e econômicos.

Outro documento que menciona a fraternidade enquanto princípio é a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, quando acresce em seu texto que todos nascem iguais e livres com relação aos direitos e à dignidade, e que devem agir fraternalmente para com o outro. Ainda impõe a obrigação dos Estados de protegerem os direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente em alcance da felicidade. Nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é parte, além da fraternidade, dessa Declaração.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, importante instrumento, não expõe de forma explícita a fraternidade, porém, a partir do artigo 27, deveres fundamentais são citados, incluindo que os indivíduos os têm, pertencentes à comunidade, à família, além de para com o Estado e coletividades reconhecidas internacionalmente. O entendimento que se faz dessa norma é que o princípio foi apresentado no seu texto, além de se

ter em consideração a cooperação entre Estados e entre a comunidade para o contexto da realidade africana.

Neste plano, segundo Lafer (1995), a Conferência de Viena de 1993 traz a temática dos direitos humanos de maneira global, reconhecendo que não somente são os Estados os atores legítimos para as ações estatais, mas os atores não-governamentais possuem importante destaque no envolvimento com essas ações e na cobrança de normas que assegurem os direitos e não os violem.

Outros ordenamentos que tratam sobre a dignidade da pessoa humana, como princípio relacionado ao princípio da fraternidade, também têm sua importância. Com isso, cita-se a Constituição alemã de 1949, quando no seu artigo 1º menciona que a dignidade do homem é intocável. Na Constituição italiana, há referência a esse princípio, no artigo 3º, obrigando o Estado a remover qualquer obstáculo que impeça a existência da dignidade.

Em todas essas normas internacionais, observam-se a fraternidade e a dignidade da pessoa humana como princípios vetores que regem os direitos humanos, tendo os Estados e a sociedade global deveres e responsabilidades na cobrança e nas ações contra as violações inerentes a eles. Segundo Bauman (1999), para além delas, as necessidades surgidas a partir da realidade ultrapassam as fronteiras do próprio Estado, onde, num lapso temporal evolutivo, se reconhece que não há mais possibilidade de viver de maneira isolada.

Na Constituição brasileira, num primeiro ponto, observa-se o princípio da fraternidade no preâmbulo, quando nela é apresentada a expressão "sociedade fraterna", trazendo a obrigação da aplicação desse princípio às normas que regem o país. Com a norma constitucional, o ser humano passou a ser prioridade para o Estado em todas as suas gerações. Então, a fraternidade não está somente contida no preâmbulo constitucional, mas de forma implícita nos direitos fundamentais a educação, saúde, moradia e demais direitos sociais, além de em todos os demais direitos que visam ao bem-estar e a dignidade da pessoa humana.

Segundo Salmeirão (2013), apesar de a dignidade e a fraternidade estarem presentes na Constituição, a efetividade dos dois princípios ainda é falha. Ambos os conceitos estão relacionados, pois, quando se efetiva a dignidade, haverá também a fraternidade sendo concretizada. Conse-

quentemente, não basta somente garantir de maneira formal a igualdade e a liberdade. Há a necessidade de se efetivarem os direitos e garantias conquistadas na evolução dolorosa, após diversas guerras, as quais ganharam firmeza nos ordenamentos jurídicos dos Estados e diminuíram as desigualdades, sob o aspecto normativo constitucional, com relação a seus cidadãos.

O indivíduo não deveria estar centrado em si mesmo, planejando sua vida de forma individual, se achando dono de uma autonomia sem limites, pois antes disso, ele tem responsabilidade para com o outro e também deve reconhecer o outro, num convívio social, garantindo direitos.

De acordo com Alcântara Machado (2017), o Direito, de acordo com a análise do próprio princípio constitucional, deve ser pautado numa relação-mundo ligada à responsabilidade, referindo-se ao horizonte da humanidade, sendo responsável pelos membros da comunidade, aqueles que existem e os que ainda serão gerados. Elimina-se uma consciência individual, colocando em evidência uma consciência plenamente responsável.

Na visão de França e Alcântara Machado (2019), os direitos humanos surgem, então, como condutor que impulsiona a sociedade global para o bem, conscientizando-a dos problemas reais e demonstrando a importância da cooperação e da fraternidade para resolução de conflitos, pois onde não há a valorização do princípio fraternal, há a exclusão e a imposição de um poder egoísta que é opressor e visa somente a valorização e eficácia dos seus próprios interesses.

Esse princípio deve ser, então, colocado em prática para que o direito internacional dos direitos humanos possa ter eficácia e para que as pessoas sejam integradas e respeitadas através de atitudes mais fraternais.

4. FRATERNIDADE E DIREITOS HUMANOS REALIZADOS A PARTIR DA COOPERAÇÃO ENTRE ESTADOS

A Constituição menciona a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, demonstrando a fraternidade como princípio implícito nesta norma, como forma de se obter o bem-estar coletivo.

Segundo Molinaro (2019), a fraternidade é baseada na ideia de Estados Nacionais, os quais abrem suas fronteiras tanto para os povos quanto

para as nações, mas que ao mesmo tempo as fecha, incluindo e excluindo, contradição esta imposta pela ideia de soberania. Porém, a este impõe-se a noção de comunidade universal, tendo, atualmente, um significado mais amplo. Assim, pode-se interpretar que esse princípio pode ser traduzido como a concretização dos direitos humanos, satisfazendo a dignidade da pessoa humana, também trazido pela Constituição Federal, no seu artigo 1º, inciso III. Esse instituto vem orientando decisões judiciais relacionadas a déficits de qualquer forma sofridos pela sociedade.

De acordo com Giardulli (2010), constata-se que o ser humano é um valor em si mesmo superior ao Estado e a qualquer coletividade à qual se integre, pois o homem não apenas vive, mas convive. A fraternidade, assim, na visão de Nicknich (2012), acarreta uma transformação ética da sociedade, objetivando o resgate da efetivação dos direitos fundamentais. Pode-se, desse modo, acrescentar a esta nova forma de entender a ideia, de acordo com Britto (2003), de constitucionalismo fraternal, a fraternidade também como princípio, conjuntamente com a igualdade e com a liberdade.

Para Fonseca (2019), com esse novo constitucionalismo, o centro do sistema jurídico e de todas as ações estatais é o indivíduo, respeitando, assim, sua dignidade. Desse modo, num Estado onde os poderes são postos de forma harmônica, a fraternidade deve ser realizada da melhor maneira possível, como respeito às garantias constitucionais. A preocupação com os indivíduos é internacional e ultrapassa as fronteiras de cada ente, compreendendo que a sociedade mundial é complexa e exige o reconhecimento de uma sociedade heterogênea, ainda como soluções eficazes aos conflitos internacionais.

Ainda de maneira diversa, o direito internacional e os tratados internacionais são plataformas que promovem o interesse com respeito aos direitos humanos e os colocam num patamar global, constando que a violação a estes fere também a soberania popular. A existência desses direitos impõe um ciclo da norma, a qual é representada pelos interesses comuns referentes aos princípios éticos e a política no plano interno e internacional.

O Estado passa então a respeitar os princípios democráticos, disseminando-os e, dessa forma, consolidando a tutela dos direitos humanos, tornando o sistema internacional mais pacífico e passível a normas que implicam maior peso sobre o interesse coletivo da comunidade global.

Para Joslin (2010), uma vez compreendida a interligação dos direitos humanos em todas as dimensões, como um todo complementar, e reconhecidos esses direitos como valores essenciais à dignidade da pessoa humana, o próximo passo é compreender que tais valores devem ser observados por toda a sociedade, em suas relações internas e externas, de dentro para fora e de fora para dentro, de modo que esse movimento pressione a sociedade e os Estados. E segundo Resta, Jaborandy e Martini (2017), a análise da cooperação não significa dizer que alguns atores não serão privilegiados em detrimento de outros, pois ainda há a relação de poder que influencia na escolha de quem será selecionado; a fraternidade, entretanto, surge para determinar a igualdade de tratamento entre os indivíduos, de forma responsável.

Doutro modo, analisa-se que nenhuma sociedade deve ser tida como modelo de uma sociedade global, pois cada qual é complexa e se forma de maneiras diferentes. Então, qualquer tentativa de isolá-la para que seja observada socialmente pode ter efeitos vis, devido à sua pluralidade. Compreende-se, então, que a condição para a existência humana é a fraternidade, por meio de deveres que interfiram na realidade individual, trazendo uma consciência coletiva de pertencimento para que as pessoas consigam viver em paz.

Acredita-se, segundo França e Alcântara Machado (2019), que apenas quando houver o reconhecimento do outro pela comunidade é que haverá a eficácia dos direitos transindividuais. Então, a fraternidade se apresenta como importante princípio jurídico, ético e político para reprogramar o mundo para uma nova forma de viver e conviver atenta à realidade das pessoas, sua história e diferenças, para a imprescindível proclamação da dignidade humana e decência dos povos, demonstrando a existência da responsabilidade para com o outro.

Ainda assim, pouco dos valores e ideais do passado pode alcançar o consenso universal que se reconhece hoje em dia aos direitos. O entendimento é que não só os Estados possuem responsabilidade, devendo além da cooperação entre eles, respeito e reciprocidade mútuos entre as pessoas, cooperando entre si para a previsão de direitos humanos como um todo. Implica dizer também que entre os Estados não há fraternidade, sendo possível observar entre essa relação uma solidariedade internacional.

Para França e Alcântara Machado (2019), o princípio fraternal é, portanto, desvinculado da pretensão estigmatizante da identidade e de espaços territoriais, que se propõem unicamente a produzir critérios de exclusão. Ao contrário, enfatiza a inclusão, a convivência comunitária com o respeito às diferenças, e a responsabilidade com o outro e com a natureza. E segundo Silva (2009), a reciprocidade gerada pela vivência da fraternidade favorece a construção de um modelo comum para as relações éticas, através de um processo de constituição e aperfeiçoamento da personalidade, gerando, assim, uma responsabilidade e um compromisso decorrentes da participação nas estruturas da sociedade civil em prol dos direitos fundamentais.

Então, a forma de exclusão e individualização é o processo que permite a submissão da sociedade a forças não-pensantes que não libertam as pessoas. Na visão de Bauman (2008), a liberdade vem na forma de um exorcismo do espectro da mortalidade. E é essa tautologia que torna o exorcismo efetivo e faz com que certos tipos de satisfação tenham o gosto de derrotar "forças físicas" cruelmente cegas. Significa dizer que a submissão das pessoas a outros interesses é causa e efeito de uma irresponsabilidade perante a comunidade, vivendo de forma mais individualizada, não reconhecendo o outro, não o incluindo.

A individualização, desta forma, indica desintegração da cidadania. Preocupações individualizantes passam a ser mais importantes do que os interesses coletivos, excluindo, assim, os direitos transindividuais e impondo uma teoria não-defensora da fraternidade. O ser individualizado é incapaz de pensar no outro como um ser também que possui direitos. Então, o princípio da fraternidade vem mostrar que o papel do ser humano não deve se restringir unicamente aos seus interesses. Há algo muito maior do que o interesse individual, que é o direito ao bem-estar social da comunidade.

A responsabilidade também busca garantir os direitos transindividuais, rompendo com a individualização e trazendo uma cultura de coletividade para um bem-estar coletivo, comunitário. No entanto, o ser humano é complexo e possui diversas culturas e pensamentos. Com isso, há a necessidade de se distinguir, primeiro, quais são os comportamentos e as ações individuais que devem ser estabelecidas, para que logo após, se possa pensar na coletividade.

Na visão de Horita (2018), o indivíduo centra-se em si mesmo, com sua filosofia de vida planejada, com os riscos calculados e demonstrando-se dono de certa autonomia para seguir os seus planos, sem que nada escape de seu controle. A sociedade política organizada, por sua vez, se dá através do povo, que se autorreconhece de modo a questionar qual a sua função para com os demais. O poder que transcende dela é maior do que o do Estado, pois este último só pode exercer um poder exclusivamente político. Ademais, o poder das instituições estatais pode entrar em colapso ético, político, social e é com isso que o poder do povo emerge para que a normalidade retorne ao âmbito estatal.

Para Horita (2018), as instituições, a sociedade e o Estado devem existir para garantir os direitos das pessoas, respeitando a dignidade humana, e não somente alguns privilegiados. A fraternidade é princípio existente na defesa e reforço dos direitos humanos, caminhando junto com o Estado em busca do bem comum.

É muito mais complexo amar toda a população quando se tem diferenças, inclusive culturais. Aqui se inclui um amor que vai além do que se fala, que acontece com ações além do alcance das nossas mãos ou que os nossos olhos possam ver.

O princípio da fraternidade, segundo Molinaro e Resende (2019), permite fundamentar a ideia de uma comunidade em unidade de diferentes, onde as pessoas vivam em paz entre si e respeitando as próprias identidades, sem ninguém que as julgue com muito peso.

Ainda se observa que a fraternidade, para Aquini (2008), responsabiliza a pessoa pelo outro, ademais da responsabilidade pela comunidade em geral, implicando, assim, atitudes que valorizem os direitos humanos e que não cobrem, necessariamente, que o Poder Público reaja de algum modo. Dessa forma, os cidadãos têm papel importante na satisfação dos direitos sociais, sobretudo além dos direitos econômicos, ambientais, civis, políticos e culturais.

Esse princípio, então, traz um significado mais amplo de todo o processo histórico, qual seja, o de uma consciência de dignidade ética da sociedade, ou seja, tem um valor moral que ressalta a dignidade da pessoa humana para com a comunidade. Através dele devem ser estimuladas, orientadas condutas e atividades que respeitem a dignidade humana. Em relação ao Estado, impõe interpretação que legitime as aspirações sociais,

com uma incessante exigência de conferir melhores condições aos indivíduos para garantia de direitos. Segundo Alcântara Machado (2017), viabiliza a conscientização dos deveres dos indivíduos, possibilitando a concretização de direitos fundamentais, sendo recíprocos, e promovendo o direito como instrumento para o alcance da justiça.

Outra maneira de garantir a fraternidade é a criação de normas e de um aparato jurídico que lhe dê forma e o torne eficaz, através do reconhecimento de direitos e da sociedade como sujeito de direito e colaboradora das dinâmicas procedimentais e processuais. Desse modo, compreende-se que o princípio está intimamente ligado à vida digna, à responsabilidade, aos deveres e que os Estados e as comunidades devem cooperar entre si para que o interesse coletivo e o bem-estar social se deem de maneira mais efetiva e que os direitos passem a ser garantidos de forma eficiente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa demonstrou que, embora a sociedade seja também responsável para o cumprimento dos direitos transindividuais e contidos nas normas internas e internacionais, a população continua a agir de forma individualista, sem se importar com o bem-estar coletivo e a dignidade de cada indivíduo como participante da comunidade. Desse modo, pode-se observar que para a efetivação da dignidade da pessoa humana e para respeito das normas fraternais, condutas recíprocas, reconhecendo o outro, respeitando os direitos humanos devem estar presentes sempre na convivência humana.

Demonstrado ficou que o princípio jurídico da fraternidade visa garantir os direitos fundamentais e transindividuais de cada ser humano, buscando a dignidade da pessoa humana e uma vida melhor.

Com a criação da ONU e a consequente a internacionalização dos direitos humanos, vários atos tentaram modificar o pensamento dos entes estatais acerca do cuidado para com os cidadãos. Conforme se percebe a exclusão das pessoas de políticas públicas e de relações fundamentais para elas, somente a partir da fraternidade se pode garantir a dignidade da pessoa humana, através do reconhecimento pelo outro, ou seja, o bem comum é a finalidade da sociedade humana.

Embora o princípio jurídico da fraternidade seja alvo de críticas, as fontes normativas internas e internacionais ampliam o rol de direitos e deveres que regem a sociedade em geral, sejam os cidadãos nacionais ou os estrangeiros. Desse modo, as decisões administrativas, judiciais e coletivas devem ser pautadas nesse princípio, tendo em vista a aceitação e integração dos povos e a equidade entre eles.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA MACHADO, Carlos Augusto. **A fraternidade como categoria jurídica:** fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). 1ª ed. Curitiba: Appris, 2017.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. *In*: CASO, Giovanni et al. **Direito e fraternidade: ensaios, prática forense**. Anais. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008.

BARZOTTO, Luis Fernando. Fraternidade: uma aproximação conceitual. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direito e fraternidade**: em busca de concretização, Aracaju: EDUNIT, 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. In: MELLO, C. A. Os Desafios dos Direitos Sociais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul** nº 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603208.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas, 1ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**, 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2008.

FONSECA, Reynaldo Soares. **O princípio constitucional da fraternidade:** seu resgate no sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FRANÇA, Adelaide Elizabeth Cardoso Carvalho de; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como força motriz da parceria global para o desenvolvimento sustentável. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; MACHADO, Clara; POZZOLI, Lafayette. **Direitos humanos, agenda 2030 e desenvolvimento humano sustentável**, Rio de Janeiro: Bonecker, 2019.

GIARDULLI, Érica Taís Ferrara. **A concretização dos direitos humanos sob a perspectiva da cooperação fraterna**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 1-121, 2010. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5378. Acesso em: 28 dez. 2020.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. **Direito e fraternidade:** a construção do conceito por meio dos saberes propedêuticos dos cursos no Brasil. Porto Alegre: Fi, 2018.

JOSLIN, Érica Barbosa. **Cooperação internacional para promoção dos direitos humanos**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5439. Acesso em: 29 fev. 2020.

LAFER, Celso. A soberania e os direitos humanos**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 35, São Paulo p. 137-206, 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000100006. Acesso em: 02 mar. 2020.

LIPOVESTKY, Gilles. **El crepúsculo del deber:** la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Trad. Juana Bignozzi, 5ª ed., Barcelona: Anagrama, 2000.

MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade:** um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MOLINARO, Carlos Alberto; RESENDE, Augusto César Leite. O dever constitucional do consumo consciente: reflexões a partir do princípio da fraternidade. *In:* MACHADO, Carlos Augusto Alcântara.; MACHADO, Clara POZZOLI, Lafayette. **Direitos humanos, agenda 2030 e desenvolvimento humano sustentável**. Rio de Janeiro: Bonecker, 2019.

NICKNICH, Mônica. O direito e o princípio da fraternidade. **Revista de Direito Univille**, v. 2, p. 168-177, 2012. Disponível em: http://univille.edu.br/community/revista_rdu/VirtualDisk.html?action=readFile&file=artigo14.pdf&current=/Volume_2. Acesso em: 26 fev. 2020.

ORAÁ, Jaime Oraa; ISA, Felipe Gómez. **La declaración universal de Derechos Humanos**, 1ª ed. Deusto: Universidad de Deusto, 2002.

POZZOLI, Lafayette; CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. Princípio constitucional da dignidade humana e o direito fraterno. **Revista Em Tempo**, v. 9, p. 31-44, ago. 2011. Disponível em: https://www.revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/283. Acesso em: 8 jul. 2020.

RESTA, Eligio; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARTINI, Sandra Regina. Direito e fraternidade: a dignidade como fundamento. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, set./dez., p. 92-103, 2017. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11364. Acesso em: 28 fev. 2020.

SALMEIRÃO, Cristiano. O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais. **Cadernos Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-fraternidade-e-sua-efetivacao-atraves-da-decisao-monocratica-do-relator-combate-das-desigualdades-sociais/. Acesso em: 23 maio 2020.

SILVA, Ildete Regina do Vale. Estudos preliminares sobre a fraternidade no Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNI-**

VALI, Itajaí, v. 4, n. 3, p. 200-218, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6151. Acesso em: 26 fev. 2020.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Rrevista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79069559.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

A PANDEMIA DA COVID-19 E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ANÁLISE DOS CONFLITOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS

Mariana Silva Utsch Carnevalli[92]

INTRODUÇÃO

Os chamados "direitos reprodutivos" foram reconhecidos e consolidados, em âmbito internacional, como direitos humanos fundamentais a partir da década de 1980, tendo como marco legal o Programa de Ação do Cairo, oriundo da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, de 1994. No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988 e do Programa Nacional de Direitos Humanos marcaram os legitimaram. Dentre esses direitos, ganham destaque sob o espectro da reprodução humana assistida, os direitos ao livre planejamento familiar e à autonomia reprodutiva, que permitiram a quebra de paradigmas quanto à consolidação de novas formas de se reproduzir e constituir famílias.

Nesse sentido, também no final do século XX e início do século XXI a biomedicina avançou consideravelmente nas descobertas de tratamentos que possibilitem a reprodução humana e gestação mesmo em situações de infertilidade. Nas últimas décadas, as técnicas de reprodução humana as-

92 Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis; especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; bacharela em Direito pela Estácio de Juiz de Fora; advogada militante.

sistida (RHA), especialmente a fertilização *in vitro* (FIV), ganharam enorme espaço e demanda na sociedade brasileira. Conforme dados publicados no 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões da ANVISA, de maio de 2020, o Brasil assumiu nos últimos anos protagonismo nos tratamentos de FIV, ostentando taxas superiores à média global.

Entretanto, com a pandemia do SARS-COV-2, a Covid-19, que tem assolado o mundo desde o início do ano de 2020, o cenário dos tratamentos de infertilidade foi alterado, seja pela necessidade de medidas de distanciamento e isolamento social, seja pelas evidências científicas que colocam a gestante como grupo de risco da doença. Nesse sentido, o presente artigo se propõe a analisar e discutir as restrições propostas pela ANVISA e o posicionamento adotado pela Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) aos procedimentos de RHA durante a pandemia, à luz dos preceitos dos direitos reprodutivos, do direito à saúde pública e da bioética.

Na primeira seção, será abordado o histórico de consolidação dos direitos reprodutivos como direitos humanos fundamentais em âmbito internacional e nacional, bem como o panorama das normas que regulamentam os procedimentos de reprodução humana assistida no Brasil atualmente. Na segunda, serão expostas as posições assumidas pela ANVISA e pela Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) em detrimento da pandemia do coronavírus. Serão evidenciadas as restrições a tratamentos de fertilidade recomendadas pela ANVISA e seus impactos no projeto de parentalidade dos pacientes, nos seus direitos reprodutivos e no seu psicológico.

Na terceira e última parte será analisado o conflito de direitos derivado das limitações sobreditas, como um choque entre o direito à saúde coletiva e o direito ao livre planejamento familiar e a autonomia reprodutiva, à luz da bioética e dos princípios basilares do direito médico brasileiro, especialmente a autonomia do paciente e a razoabilidade. Com base nisso, são propostas medidas de se manter os tratamentos de fertilidade, respeitando o interesse coletivo à saúde superveniente numa situação excepcional de pandemia, mas também levando-se em conta as vulnerabilidades jurídicas e psicológicas dos pacientes de RHA, assim como sua autonomia, respeitando a opinião da equipe médica caso a caso.

1. DIREITOS REPRODUTIVOS COMO CATEGORIA DOS DIREITOS HUMANOS E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

Os direitos relacionados à reprodução, sobretudo aqueles que tratam dos direitos da mulher, ganharam maior atenção e visibilidade a partir da década de 1980. Em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, os direitos reprodutivos e sexuais passaram a ser reconhecidos como direitos humanos. O programa resultado dessa Conferência consolidou, no âmbito internacional, os direitos ao livre planejamento familiar e à autonomia reprodutiva, dentre outros, como integrantes do rol dos direitos humanos.

Por sua vez, a reprodução humana a partir de técnicas artificiais somente se tornou possível graças à enorme evolução que a biologia e a medicina sofreram desde o final do século XX, da qual emergiram notáveis avanços e descobertas sobre o genoma humano e as possibilidades de manipulação de óvulos, espermas, embriões e materiais genéticos. Nas últimas décadas, a humanidade tem sofrido, cada vez mais, com causas de infertilidade e esterilidade. Com isso, as técnicas de reprodução assistida (TRA), especialmente as de fertilização *in vitro* (FIV), ganharam notoriedade no meio científico e extensa procura no meio médico.

No Brasil, a procura por essas técnicas aumentou consideravelmente na última década. De acordo com o 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões da ANVISA, publicado em maio de 2020, o Brasil se tornou protagonista mundial na busca por procedimentos reprodutivos. A média da taxa de FIV em 2019 foi de 76%, percentual superior à média sugerida pela literatura internacional, que é de 65%. (ANVISA, 2020).

Contudo, *a contrario sensu*, as técnicas de RHA ainda são regulamentadas somente mediante normatização administrativa e infralegal, não havendo atualmente no Brasil legislação específica sobre o tema, tampouco que resguarde os pacientes dos direitos advindos.

1.1. A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS COMO DIREITOS HUMANOS

Os direitos reprodutivos foram consolidados como Direitos Humanos a partir de 1994, na Conferência sobre População e Desenvolvimento

do Cairo. Esta foi um marco na conquista de direitos, em âmbito mundial, pelas mulheres, trazendo para a comunidade internacional uma mudança de paradigma que colocou a mulher numa posição de autonomia em relação ao seu próprio corpo e fertilidade. Dela adveio o Programa de Ação do Cairo, cujo sétimo capítulo tratou de medidas a serem implementadas pelos países signatários, a fim de se perseguir a consolidação dos direitos à reprodução e da saúde reprodutiva. Nesse sentido, o item 7.3 do mencionado Programa preconiza:

> Os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. No exercício desse direito, devem levar em consideração as necessidades de seus filhos atuais e futuros e suas responsabilidades para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todo indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento familiar. (UNFA, 1994)

Destarte, a consolidação dos direitos reprodutivos como inseridos no rol dos Direitos Humanos representou verdadeira vitória no reconhecimento da autonomia da mulher, assim como abriu as portas para a quebra de paradigmas relacionados às novas configurações familiares, especialmente aquelas provenientes de reprodução assistida heteróloga[93], útero em

93 São chamadas, no universo da RHA, de técnicas heterólogas aquelas em que há doação de material biológico (gametas) ou embrião por terceiros, de forma anônima. Pode ocorrer em diversos cenários, tais como nos casos de casais homoafetivos, em que é necessária a doação do esperma ou a doação do óvulo e do útero; nos casos de mulheres solteiras (a

substituição (popularmente conhecida como barriga de aluguel), doação de gametas e embriões, dentre outros.

Nesse sentido, foi especialmente elementar o reconhecimento dos direitos ao livre planejamento familiar e à autonomia reprodutiva, como salienta Miriam Ventura, na obra *Direitos Reprodutivos no Brasil*:

> A efetivação dos Direitos Reprodutivos envolve assegurar direitos relativos à autonomia e autodeterminação das funções reprodutivas, que correspondem às liberdades e aos direitos individuais reconhecidos nos Pactos e Convenções de Direitos Humanos e na lei constitucional brasileira. E direitos de dimensão social, como aqueles relativos à saúde, educação, segurança, que têm como finalidade proporcionar as condições e os meios necessários para a prática livre, saudável e segura das funções reprodutivas e da sexualidade.
>
> [...] Neste sentido, a atual concepção dos Direitos Reprodutivos não se limita à simples proteção da procriação humana, como preservação da espécie, mas envolve a realização conjunta dos direitos individuais e sociais referidos, por meio de leis e políticas públicas que estabeleçam a equidade nas relações pessoais e sociais neste âmbito. (VENTURA, 2009, p. 20).

No espectro brasileiro, houve a criação, em 1996, e manutenção do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), atualmente previsto pelo Decreto Federal nº 7.037/2009, no qual constam previsões expressas a ações em prol dos direitos reprodutivos, pelo Ministério da Saúde.

Importa salientar que esse reconhecimento dos direitos reprodutivos como categoria dos Direitos Humanos ocorreu em consonância com o surgimento de um novo discurso, em ordem mundial, quanto à reprodução humana. O direito à saúde e a autonomia individual foram marcadores essenciais para que discussões como a liberdade de escolha sobre ter filhos (projeto de parentalidade), métodos contraceptivos e intervalos de nascimentos fosse consolidada.

---

popularmente chamada "produção independente"); nos casos em que um dos membros do casal ou ambos não pode produzir gametas etc.

Não obstante, seja por se tratar de direitos da quinta geração dos Direitos Humanos, seja pelas polêmicas envolvidas nos temas de reprodução humana, os direitos reprodutivos não possuem fundamento absoluto. Não à toa, é preciso se valer de princípios jurídicos, da filosofia do Direito, teoria do Estado, psicologia, dentre outras disciplinas, para que se alcance a pacificação dos conflitos jurídico-sociais que os envolvem. Nesse sentido, a bioética tem sido essencial para construir soluções de problemas de ordem jurídica no âmbito da biologia, medicina e saúde.

1.2. A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL E OS LIMITES DAS NORMAS DEONTOLÓGICAS

A necessidade e procura pelas técnicas de reprodução humana assistida cresceram vertiginosamente no Brasil na última década. Conforme consta do 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões da ANVISA, publicado em maio de 2020, o Brasil tem assumido um papel de protagonismo nos tratamentos de FIV, com uma taxa 11% acima do sugerido pela literatura internacional. (ANVISA, 2020). Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro não tem acompanhado os avanços da medicina, na medida em que as referidas técnicas são regulamentadas mormente no âmbito administrativo, inexistindo legislação a respeito.

Atualmente, a principal norma que regulamenta as técnicas de RHA é a Resolução Normativa nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina. Além dela, que traz regulamentação para todo o processo de reprodução assistida, existem previsões esparsas em Resoluções da Diretoria Colegiada da ANVISA, na Lei de Doação de Órgãos (nº 9.434/1997) e na Lei de Biossegurança (nº 11.105/2005). No entanto, tais previsões regulamentares recebem diversas críticas e apresentam lacunas substanciais, especialmente a Resolução nº 2.168/2017. Apesar de ampla e elaborada em observância aos princípios da bioética, trata-se de uma norma administrativa deontológica, isto é, direcionada ao profissional médico, tutelando especialmente os desdobramentos supervenientes da relação médico-paciente.

Desse modo, os demais atores envolvidos no processo, especialmente os pacientes – o quais, frise-se, pode tratar-se de casais heterossexuais,

homossexuais ou indivíduos solteiros –, são postos numa posição de vulnerabilidade jurídica. A falta de regulamentação por lei, que aborde todos os direitos e figuras participantes do processo é elementar para garantir a segurança jurídica e a autonomia privada de todos. Exatamente por isso, muito se tem questionado quanto à legitimidade de se utilizar uma norma de cunho ético de uma classe profissional para toda a sociedade.

Nesse ínterim, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá, expoentes da doutrina nacional de bioética e biodireito, analisam:

> Em que pese toda a controvérsia acerca da legitimidade de um Conselho profissional desenhar o regime jurídico da gestação de substituição em um país, não há dúvida de que em face da ausência de norma legal as prescrições deontológicas vêm desempenhando papel relevante na efetivação do direito ao livre planejamento familiar. Todavia, não há como deixar de enfrentar os problemas decorrentes da inoponibilidade de tais normas a todos, porquanto sua eficácia deveria limitar-se aos profissionais da Medicina. (LIMA; SÁ, 2018, p. 22).

Assim, as autoras sobreditas, no contexto de uma análise das restrições impostas pela Resolução do CFM à gestação de substituição, destacam seu entendimento no sentido de que as restrições de ordem deontológica violam os direitos reprodutivos dos pacientes:

> Ora, as restrições (gratuidade e parentesco) são meramente deontológicas e não jurídicas. E conquanto elas limitem a utilização do procedimento, do ponto de vista jurídico importam intolerável violação ao direito ao livre planejamento familiar dos candidatos a pais e ao direito sobre o próprio corpo das candidatas a gestantes substitutas. (LIMA; SÁ. 2018, p. 27).

Portanto, é essencial que a imperatividade dessas normas, especialmente quanto às disposições restritivas, seja analisada em conjugação com os direitos reprodutivos dos pacientes envolvidos em cada caso. Isso porque não é crível que o ordenamento jurídico brasileiro admita que uma norma deontológica limite direitos fundamentais, inclusive assegurados constitucionalmente e em âmbito internacional.

2. RESTRIÇÕES ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou que o mundo estaria enfrentando a pandemia do SARS-COV-2, ou Covid-19. Poucos dias depois, o Brasil registrou a primeira morte pela doença. Um ano depois, em março de 2021, quando este artigo está sendo elaborado, o Brasil já registrou 12.220.011 casos confirmados da doença e 300.685 mortes (BRASIL, 2021).

As principais medidas recomendadas para evitar o contágio são o distanciamento social, uso de máscaras e higienização com água, sabão e álcool em gel. Em diversos momentos de pico da doença, os governos em ordem municipal e estadual têm determinado o fechamento de comércio e serviços, mantendo apenas o identificado como "serviço essencial", tais como hospitais, farmácias, clínicas médicas e supermercados. Nesse contexto, dentre outros, as gestantes foram elencadas como grupo de risco na contaminação pelo coronavírus, conforme apontado pela Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA):

> A pandemia causada pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2) inspira especial preocupação no meio obstétrico, pois as gestantes são particularmente suscetíveis a patógenos respiratórios e a desenvolver pneumonia grave devido a seu estado de imunossupressão e às adaptações pulmonares fisiológicas da gravidez (Chen et al., 2020). Gestantes portadoras de H1N1 tiveram 4 vezes mais internações hospitala- res que não gestantes. Epidemias prévias causadas por outros coronavirus também tiveram maus resulta- dos em gestantes. (SBRA, 2020, p. 121)

Com base nisso, a ANVISA emitiu, até o presente momento, três Notas Técnicas (nº 12/2020/SEI/GSTCO/DIRE1/ANVISA, nº 23/2020/SEI/GSTCO/DIRE1/ANVISA e nº 72/2020/SEI/GSTCO/DIRE1/ANVISA), com a orientação de "adiamento de qualquer tratamento de Reprodução Humana Assistida até que a situação no país, relativa à pandemia do coronavírus, seja controlada. Excetuam-se os casos oncológicos

e outros em que o adiamento possa causar mais danos ao paciente" (ANVISA, 2020, p. 1). Com base nessas recomendações na ANVISA, a esmagadora maioria das clínicas de fertilidade suspenderam os tratamentos reprodutivos, mantendo somente aqueles elencados nas exceções.

Insta salientar, outrossim, que na esteira do explicitado no item anterior, trata-se de uma norma de cunho infralegal que visa regulamentar a atividade médica das equipes que atuam em reprodução assistida. Desse modo, vê-se, novamente, a temática ser regulamentada no cenário brasileiro por normas de ordem deontológica, que desconsideram a totalidade das vontades autônomas, interesse e direito envolvidos.

Tanto é assim que a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) publicou o livro *Interfaces: Reprodução Humana e Covid-19*, no qual assume posicionamento no sentido de respeitar o princípio da autonomia do paciente, preconizado no artigo 22 do Código de Ética Médica como uma prática médica obrigatória.

> O Código de Ética Médica, em seu artigo 22, qualifica a autonomia do paciente, estabelecendo o TCLE co- mo uma prática médica obrigatória, exceto nos casos de risco iminente de morte. Assim, receber informações adequadas é um direito fundamental do paciente, estabelecido no mesmo nível hierárquico de liberdade humana, igualdade e dignidade.
>
> Seguindo esses preceitos, pelo respeito à autonomia do paciente, a SBRA recomenda que os ciclos de reprodução assistida possam ser realizados de maneira personalizada, fundamentada e bem documentada, com cautela e bom senso, sob o julgamento do profissional assistente, em uma decisão compartilhada com os usuários do serviço. (SBRA, 2020, p. 244).

No mesmo sentido, a SBRA também equipara a condições e riscos de contágio pela tentante (por exemplo, mulheres submetidas a tratamentos para engravidar) aos demais cuidados pré-concepcionais recomendados, como boa alimentação e atividade física.

> Sabe-se que uma série de condições sociais, médicas e ambientais podem influenciar a evolução da gravidez e, sem dúvida, as condi-

> ções relativas à pandemia de COVID-19 estão entre elas. Esse pode representar um período especialmente sensível, já que comportamentos pouco saudáveis no estilo de vida –como tabagismo, dietas pobres em nutrientes e desordens alimentares- são mais propensos a serem desenvolvidos (Butler & Barrientos, 2020). (SBRA, 2020, p. 171).

Ainda a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, no mesmo trabalho, considera os tratamentos de fertilidade como "serviço de saúde essencial" (2020, p.194). É pontuado, nesse sentido, o direito e necessidade de que as clínicas que o executam mantenham seu funcionamento e disponibilidade aos pacientes mesmo nos momentos em que é decretado o isolamento social da população. Desse modo, a SBRA reforça seu posicionamento no sentido de proteger tanto o profissional quanto o paciente de RHA, entendendo que cabe à equipe médica e aos pacientes, caso a caso, a decisão de prosseguir ou adiar o tratamento durante a pandemia.

Consoante o já mencionado, mesmo em tempos normais, a temática da reprodução humana assistida, no contexto brasileiro, deve ser analisada com cautela, tendo em vista a ausência de legislação específica, sendo suas técnicas regulamentadas majoritariamente por normas administrativas deontológicas. Observa-se, pois, que as determinações da ANVISA não foram elaboradas tendo como premissa a oitiva de representantes com conhecimento técnico especializado em RHA, corroborando o entendimento de que as normas deontológicas, ao imporem restrições aos pacientes, vão na contramão dos entendimentos pacificados e consubstanciados pela bioética e direito à autonomia.

Outrossim, convém salientar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente no seu artigo 22, parágrafo 3º, entende que, em situações excepcionais, as liberdades e autonomia individuais, numa sociedade democrática, podem ser restritos em detrimento da saúde pública.

Não obstante, os posicionamentos divergentes quanto à condução de tratamento de reprodução humana assistida durante a pandemia de Covid-19, sem a devida pacificação no âmbito do Poder Legislativo, evidenciam as vulnerabilidades jurídicas e psicológicas, inerentes ao paciente. Isso porque fica latente o conflito entre os direitos à saúde pública e à autonomia privada do paciente e autonomia reprodutiva.

3. O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SOLUÇÃO COM BASE NA PONDERAÇÃO E NOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Destsarte, da situação acima exposta emerge a dúvida: durante uma situação excepcional de saúde pública, como o caso da pandemia do coronavírus, é admissível que direitos fundamentais à autonomia reprodutiva, do paciente e ao livre planejamento familiar sejam encobertos pelo direito à saúde, enquanto interesse coletivo?

Decerto, não há resposta unânime. Seja porque a essencialidade dos direitos reprodutivos ainda é posta à prova na sociedade contemporânea, seja porque o contexto de uma pandemia é extremamente novo e, por conseguinte, desregulado na perspectiva jurídica e médica.

É inegável que a crise sanitária e de saúde causada pela pandemia da Covid-19 está mudando – e mudará, ainda – a forma como a sociedade se conecta e vive, transformando valores e prioridades. É igualmente axiomático que a pandemia e seus desdobramentos (perdas, isolamento social, medo...) tem causado abalos psicológicos nos indivíduos em diversos graus e modos. No entanto, é latente e já unânime na doutrina que a ausência de legislação específica regulamentando as técnicas de RHA sob o espectro legal, e não meramente deontológico e administrativo, coloca os pacientes desse tratamento em uma situação de vulnerabilidade jurídica.

Os pacientes de RHA são, cada um com sua história, pessoas que trazem consigo uma carga de traumas, perdas e frustrações relacionadas ao sonho de ter um filho. Adiar o projeto da parentalidade, diante de todas as incertezas causadas pelo coronavírus, agrava esse abalo prévio sobremaneira, como explica a psicóloga Lia Mara Netto Dornelles:

> Em todas as situações previamente citadas (interrupção, adiamento do tratamento ou vivência da gestação pós-tratamento) esses casais estão se deparando com as restrições impostas pela necessidade de se proteger contra um inimigo invisível: o coronavírus. Ansiedades, frustrações e medos, já presentes pela ameaça de não poder ter um filho, ganham força e, por sua urgência, aumentam o risco de se tornarem uma catástrofe psíquica, a exemplo do mundo externo. O período de espera é também de vulnerabilidade, desejo frus-

> trado, desamparo e incertezas. Há um limite imposto pelo próprio corpo, que causa dor e sofrimento, ao qual se agrega aquele advindo da real impossibilidade de dar continuidade à busca do projeto de torna-se pai/mãe ou da fantasia de interrupção da gestação. Aqueles que viabilizariam a concretização desse projeto, ou seja, o médico e sua equipe, ora idealizados por alguns, podem tornar-se, nesse momento, a materialização da infertilidade, aquela que impede ou retarda a chegada do filho. (DORNELLES, 2020, p.5-6)

Assim, a situação de vulnerabilidade psicológica e jurídica dos pacientes de RHA deve ser utilizada como um dos fatores de sopesamento nesse conflito de direitos.

Como em todos os momentos de adversidade da História, cabe ao ordenamento jurídico a análise racional da situação de conflito desses direitos, a fim de delimitar a extensão do direito à saúde pública em detrimento da autonomia reprodutiva. Nesse sentido, a disciplina da Bioética auxilia no encontro do ponto de equilíbrio nesse choque de direitos fundamentais, especialmente por se relacionarem à saúde. Maria Helena Diniz conceitua a bioética da seguinte forma:

> A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à maternidade substitutiva à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos, etc., como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso das armas químicas. (DINIZ, 2011, P.34-35)

A bioética, assim como o biodireito, possibilita o auxílio na ponderação de Direitos Fundamentais e no estabelecimento de diálogo entre Estado e Ciência, especialmente numa situação de tamanha calamidade sanitária, como é o caso da pandemia. Vale salientar que a Bioética não versa somente sobre os problemas éticos provenientes dos avanços da biotecnologia, tendo dentre suas preocupações precípuas a questão da autonomia do paciente, no espectro do direito à saúde.

Conforme salienta Sara Bonfim Santa Rosa, a autorização de realização de consultas médicas eletivas através da telemedicina, durante a pandemia, foi um importante avanço ponderado:

> A sua regulamentação pelo Ministério da Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), além de evidenciar um diálogo entre a Bioética, o Direito e a Medicina, mostra-se uma relevante medida amenizadora da ampliação da espera pela gestação além do conhecido congelamento de embriões e de óvulos, por conta de um motivo alheio à vontade das pessoas envolvidas. (SANTA ROSA, 2020, p. 196)

As consultas por telemedicina possibilitam que os pacientes de RHA recebam atendimento, orientações e, até mesmo, um norte tranquilizador dos médicos sem exposição de todas as partes envolvidas ao risco de contaminação pela Covid-19. No entanto, no contexto brasileiro, já atingimos um ano desde o início da pandemia sem ainda vislumbrarmos melhoras consideráveis no contágio da população, mortalidade e soluções que possibilitem o retorno à "normalidade".

Assim, cada vez mais, as recomendações de adiamento dos tratamentos reprodutivos repercutem nos direitos à autonomia e livre planejamento familiar dos pacientes. Por essa razão, é imperiosa a adoção de outras medidas que garantam a segurança de todos os atores envolvidos no prosseguimento de seus tratamentos, numa ponderação de equilíbrio entre o direito à saúde (numa perspectiva coletiva) e os direitos reprodutivos.

Ainda que em tempos de adversidades sanitária e de saúde pública, as restrições impostas pelo Estado devem ser pautadas na razoabilidade, especialmente quando essas restrições interferem diretamente em direitos

fundamentais dos indivíduos. Como salienta Manoel Antônio Silva Macêdo:

> A autonomia do paciente, enquanto sujeito moral, requer, imperativamente, a compreensão deliberativa, que, em regra, se desenvolve acompanhada de informação acerca dos riscos; avaliação quanto à disposição de assumir os perigos do tratamento; e decisão com respeito à aceitação ou recusa das opções terapêuticas, livre da influência e controle externos, que, em outras palavras, denomina-se livre consentimento esclarecido, o qual se materializa na autorização para o tratamento. (MACÊDO, 2019, p.36)

Destarte, o impasse criado pelas restrições de acesso aos tratamentos de reprodução assistida durante a pandemia do coronavírus acentua e corrobora o entendimento no sentido de que se faz urgente o advento de legislação específica que regule a temática, sob as perspectivas da bioética e da proteção dos direitos fundamentais envolvidos. A escassez legislativa desprotege os pacientes, os colocando numa situação de vulnerabilidade jurídica.

Como a própria Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida pontua em suas manifestações, é possível a manutenção dos tratamentos reprodutivos dos pacientes que assim quiserem – considerando sua autonomia baseada no consentimento livre e esclarecido – mediante o recrudescimento das medidas de proteção de todos os envolvidos, especialmente os profissionais.

Na prática, tal pode ser adotado através diversas medidas, dentre elas: a testagem de equipe médica e pacientes de forma periódica; afastamento dos profissionais que se enquadram como grupo de risco; reforço da necessidade de isolamento social durante o tratamento; utilização dos meios virtuais de telemedicina para os atendimentos em que seja compatível; triagem dos pacientes antes dos atendimentos presenciais, com rastreio de possíveis sintomas; redução do fluxo e circulação de pessoas na clínica, com a limitação de acompanhantes.

Por fim, importa salientar que os pacientes de RHA já apresentam vulnerabilidades psicológicas em tempos normais, o que certamente foi acentuado durante a pandemia e os períodos de isolamento social. Em

razão disso, mais do que nunca, é essencial que os profissionais de reprodução assistida tenham uma abordagem acolhedora, empática e compreensiva, ainda que à distância e sem contato físico.

A pandemia do coronavírus fomentou a discussão sociológica da noção de tratamento do outro com base na empatia. Assim é que, ainda que se esteja vivendo um momento social em que o interesse coletivo precisa ser colocado à frente das liberdades individuais, as ponderações bioéticas, jurídicas e médicas devem levar em conta as repercussões de ordem psicológica que cada decisão poderá acarretar na vida dos indivíduos envolvidos. Para muitos, o projeto de parentalidade é também seu maior projeto de vida, envolvendo fragilidades médicas, emocionais e financeiras, razão pela qual entende-se que, numa medida de ponderação em relação ao interesse coletivo de saúde pública, a autonomia desses pacientes na decisão de prosseguir com seus tratamentos reprodutivos deve ser preservada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou a questão do conflito de direitos que emergiu das restrições impostas pela ANVISA aos tratamentos de reprodução humana assistida, tendo em vista a superveniência da pandemia do SARS-COV-2, que tem assolado o mundo desde o início de 2020. Nesse contexto, foi exposta a digressão histórica que levou ao reconhecimento e consolidação dos direitos reprodutivos como direitos humanos fundamentais, colocando-os em par de igualdade com o direito à saúde, por exemplo.

Foi igualmente exposta a larga demanda por técnicas de RHA no Brasil, que tem assumido nos últimos anos papel protagonista nos tratamentos de fertilidade, em comparação à média global. Contudo, até o momento, as técnicas de reprodução assistida no Brasil são regulamentadas mormente por normas de caráter deontológico, direcionadas ao profissional médico, o que coloca o paciente numa situação de vulnerabilidade jurídica. Com base nisso, restou evidenciada a relevância social de se discutir o tema.

Com base nessas premissas, foram apresentadas as limitações impostas pela ANVISA em detrimento da pandemia do coronavírus que, dentre outras, limitou o funcionamento das clínicas e o prosseguimento dos tra-

tamentos, como medida de contenção do contágio do vírus e de fomento do isolamento social. Foi evidenciado, outrossim, que novamente vê-se as técnicas de RHA sendo regulamentadas numa via de mão única, que não aborda as fragilidades de todos os atores envolvidos.

Nesse contexto, restou demonstrado o posicionamento da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, que expôs entendimento no sentido de que, mesmo durante a pandemia, a autonomia do paciente e o direito ao livre planejamento familiar devem ser respeitados, cabendo a cada equipe médica avaliar e recomendar a melhor condução em cada caso. Com base nisso, entendeu-se emergir um conflito de direito fundamentais: o direito à saúde pública, sob o espectro coletivo, *versus* os direitos reprodutivos à autonomia e livre planejamento familiar.

Nesse ínterim, e considerando as peculiares vulnerabilidades jurídicas e psicológicas dos pacientes de RHA, foram sugeridas medidas de recrudescimento dos cuidados e atenção ao não contágio pela Covid-19 de modo a possibilitar, mediante uma análise caso a caso, o prosseguimento dos tratamentos para aqueles pacientes cujos interesses e possibilidades médicas convergirem nesse sentido. Paralelamente, salientou-se a relevância da permissão do atendimento pela telemedicina, que auxilia no respeito ao isolamento e distanciamento social sem, contudo, impedir que os pacientes tenham acesso ao atendimento e aconselhamento médico.

A pandemia do coronavírus renovou a importância do tratamento médico de forma empática e solidária, uma vez que expôs e acentuou as vulnerabilidades psicológicas de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões.** Brasília: 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYmYxM2M1MTctNGE5ZC00ODdhLTk3ZTktYTBhMzBkMjhjYjM1IiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9> Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. **Nota Técnica nº 12/2020/SEI/GSTCO/DIRE1/ANVISA, de 13 de abril de 2020.** Diretrizes para a triagem de pacientes e doadores que irão realizar procedimentos de Reprodução Humana

Assistida face a pandemia de Coronavírus (SARS, MERS, 2019-nCoV). Brasília: 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/sangue-tecidos-celulas-e-orgaos/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-12-de-2020.pdf/view> Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. **Nota Técnica nº 23/2020/SEI/GSTCO/DIRE1/ANVISA, de 20 de maio de 2020.** Atualização das diretrizes para a realização de procedimentos de Reprodução Humana Assistida face a pandemia de coronavírus (SARS-CoV-2), publicadas em 01/04/2020 (NOTA TÉCNICA Nº 12/2020/SEI/GSTCO/DIRE1/ANVISA). Brasília: 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/sangue-tecidos-celulas-e-orgaos/notas-tecnicas/nota-tecnica-gstco-no-23-de-2020.pdf/view>. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. **Nota Técnica nº 72/2020/SEI/GSTCO/DIRE1/ANVISA, de 18 de outubro de 2020.** Atualização das diretrizes para a realização de procedimentos de Reprodução Humana Assistida face a Covid-19. 2020. Brasília: 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/sangue-tecidos-celulas-e-orgaos/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-72-2020-gstco-anvisa.pdf/view>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto Federal nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.** Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm> Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **COVID-19: Painel Coronavírus.** Brasília: 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. **Código de Ética Médica**. Brasília: 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

DINIZ, Mariana Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. rev., aum. e atual. São Paulo. Saraiva, 2011.

DORNELLES, Lia Mara Neto. **Coronavírus *versus* Reprodução Assistida: Idealizações, Fantasias e Frustrações**. XXIV Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida. Brasil, 2020. Disponível em: <https://psicologia.sbrh.org.br/wp-content/uploads/2020/11/CORONAVÍRUS-VERSUS-REPRODUÇÃO-ASSISTIDA_Artigo-Novembro.pdf>. Acesso em 28 mar. 2021.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFA). **Relatório da conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. Plataforma de Cairo, 1994. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Gestação de Substituição: entre autonomia e vulnerabilidade**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1º sem. 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/17477>. Acesso em: 24 mar. 2021.

SANTA ROSA, Sara Bonfim. Reprodução Assistida em contexto pandêmico: reflexões biojurídicas. **Revista Direitos fundamentais e alteridade**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 185-204. jan-jun, 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (SBRA). **Interfaces**: Reprodução Humana e Covid-19, Brasil, 2020. Disponível em: <https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2020/05/SBRA-e-Covid-19.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009.

FILADÉLFIA: A HOMOFOBIA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Stênio Sousa Damasceno[94]
Rosália Maria Carvalho Mourão[95]

INTRODUÇÃO

Este estudo foi elaborado com o intuito de abordar sobre a homofobia nas relações sociais e como a discriminação afeta diretamente vários direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito ao seu princípio norteador, o princípio da dignidade da pessoa humana. Adota-se uma perspectiva que almeja mecanismos que assegurem a eficácia dos dispositivos legais, tendo em vista a distopia presente em nossa sociedade, que dificulta o tratamento igualitário e se aproxima de uma segregação social.

Filadélfia, estreado em 1993, é um filme que explora o preconceito sofrido por Andrew Beckett, portador de HIV, e como sua orientação sexual é usada para despedi-lo da prestigiosa firma em que trabalhava, ora comandada por Charles. Sabotado, Andrew se vê sem emprego, tendo seus direitos fundamentais violados, como por exemplo, o direito ao trabalho, direito à intimidade e direito à igualdade. Resolve então processar

94 Graduando de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho.

95 Doutoranda em Ciências Criminais PUCRS, Mestre em Letras (UFPI), professora de Direito e Literatura do Centro Universitário Santo Agostinho.

a firma, e no processo a sua orientação sexual é debatida e usada como argumento de desvio de conduta.

Charles sempre elogiou Andrew por seus serviços, considerava-o promissor. Mas ao descobrir sua doença e sua orientação sexual, resolve despedi-lo e distorcer sua relação com Andrew, assim como o seu profissionalismo frente ao tribunal. Diante desse cenário, violando claramente a decisão da Corte Suprema, em que diz o seguinte:

> O ato de reabilitação federal e vocacional de 1973 proíbe a discriminação contra pessoas com desvantagem física que tenham capacidade de cumprir com as obrigações inerentes ao trabalho. Apesar de que o ato não mencione especificamente a discriminação contra o HIV e a AIDS, são protegidos os seus portadores por essa lei das desvantagens. Não só por causa das limitações físicas que impõe, mas por causa do preconceito que envolve a AIDS, causando a morte social que precede a morte física. (DEMME, 1993, 38:47 a 39:28 minutos).

Todavia, uma das testemunhas ouvidas no tribunal é uma secretária que trabalhou com Walter Keton, que apesar de contrair o HIV por transfusão de sangue, não se sentira diferente das outras pessoas que contraíram de maneira diversa. Foi o que dissera no tribunal, demonstrava empatia pelas pessoas que também contraíram a doença, quando questionada. A mesma aparentava lesões na pele entre dois e três anos e nunca fora despedida, mesmo que todos soubessem de sua doença.

Daí nasce o questionamento: por que Andrew foi tratado de maneira diversa? Por que o direito ao trabalho da funcionária não foi violado, tendo em vista terem a mesma doença? Não há resquícios de dúvidas que se trata de homofobia, mesmo que para o tribunal, apareça de forma mascarada, como ocorre em diversas situações cotidianas. Os dois personagens estavam na mesma condição, eram portadores do vírus HIV, mas foram tratados de formas diferentes.

Todavia, o antagonismo dos sócios frente às relações homoafetivas emergiu em vários momentos em que o protagonista se fez presente. No trabalho, várias foram as piadas homofóbicas em que Andrew teve que escutar e ficar calado - afinal, não queria se expor. O constrangimento

reflete um sistema opressor patriarcal que surge nas relações sociais como efeito manada. Assim, o ser humano constrói suas relações e reflete aquilo que transborda socialmente.

No Brasil, assim como no mundo, há culturas que são alimentadas e que tomam proporções frenéticas. Como por exemplo, a cultura do estupro. De maneira analógica, a homofobia também se ergue como uma cultura - do ponto de vista histórico, ambas são ramificações do machismo. Contrapondo, nossas leis e dispositivos normativos vão de encontro a esses comportamentos, tendo em vista que se trata de direitos intrínsecos ao ser humano e que não devem ser desrespeitados como ocorre na repetência desses atos. E, com isso, resta discutir por meio do filme *Filadélfia*, como a homofobia viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. HOMOFOBIA

Para entender o que é homofobia, primeiro é preciso analisar o que seja a "homossexualidade", termo utilizado pela primeira vez em 1869 por Karl Maria Kerbeny, argumentando contra o código que criminalizava a homossexualidade (MONTEIRO, MENDES, 2020).

A "homossexualidade" é a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, seja do sexo masculino, seja do feminino. Desde a Antiguidade, a presença dessas relações era visível no meio social, mas foi no final no século XIX que o movimento sexólogo europeu tentou classificar a homossexualidade como uma doença. No Brasil, somente em 1985 parou de ser tratada como tal pelo Conselho Federal de Medicina, apesar de que em 1975 a Associação Americana de Psicologia via como uma orientação sexual, e não como um distúrbio. Diante disso, surge então a homofobia, que tem como marco a aversão às relações entre pessoas do mesmo sexo (SILVA; MENANDRO, 2019).

Nas palavras de Daniel Borrilho:

> O termo "homofobia" designa, assim, dois aspectos diferentes da mesma realidade: a dimensão pessoal, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; e a dimensão cultural, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homos-

> sexual enquanto indivíduo, mas a homossexualidade como fenômeno psicológico e social. (BORRILLO, 2010, p. 22).

É inegável que a religião teve sua contribuição para a aversão aos homossexuais. Durante toda a história do cristianismo, pôde-se observar a posição da Igreja Católica quanto a prática de relações de pessoas do mesmo sexo, explicitamente contra, condenando-os ao inferno. Além disso, não raros são os escândalos em nossa sociedade quando se trata desse tema. Segundo a matéria da UOL, infeliz foi a fala da pastora Ana Paula Valadão, na qual assim ressalta:

> Isso não é normal, Deus criou o homem e a mulher. Qualquer outra opção sexual, é uma escolha, livre arbítrio do ser humano. Qualquer escolha leva consequências, e a bíblia chama qualquer escolha contrária ao que Deus determinou como ideal, chama-se de pecado. O pecado tem uma consequência, que é a morte. Tudo que é distorcido traz consequências. Está aí a AIDS para mostrar que a união sexual entre dois homens causa uma enfermidade que leva a morte, e contamina as mulheres. (UOL, 2020).

Tal comentário, além de disseminar ódio e aversão, demonstra a desinformação quanto à origem da doença. Portanto, a homossexualidade deve ser vista com um olhar de normalidade, visto que cada ser humano tem sua individualidade e preferências. Afinal, trata-se de uma orientação sexual, na qual não há escolha do indivíduo sobre qual gênero sentirá atração. Além disso, temos uma Constituição que defende o direito da igualdade e da intimidade, direitos esses que afirmam a liberdade do ser humano enquanto possuidor de dignidade.

2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para falar deste princípio, é preciso primeiro ter a noção que dele decorre todos os outros direitos fundamentais. Segundo Sarlet, a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo. No entanto, nem sempre a violação de um direito fundamental significa uma afronta a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012).

Sarlet afirma que o significado de dignidade da pessoa humana e sua idealização tem raízes no pensamento clássico e no ideário cristão. Desde o Velho ao Novo Testamento, o ser humano foi criado à imagem de Deus e que ele é dotado de um valor que é intrínseco, não podendo ser um mero objeto.

> No pensamento filósofo e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social que ocupava pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação de dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. Por outro lado, já no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade. (SARLET, 2012, p. 34).

É certo afirmar que, em cada tempo na sociedade, o homem teve seu ideal de dignidade da pessoa humana, embora tenha raízes na religião, não se pode esquecer as crueldades cometidas na Santa Inquisição feita pela Igreja Católica. Uma verdadeira desumanização. Mesmo que em cada época existisse o seu ideal da dignidade da pessoa humana, foi com a Corrente Jusnaturalista que ocorreu sua consagração.

> Da concepção jusnaturalista – que vivencia seu apogeu justamente no século XVIII – remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. (SARLET, 2012, p. 48).

Diante disso, é possível visualizar o ideal de dignidade da pessoa humana; todavia, do ponto de vista jurídico, torna-se impreciso ou vago o seu conceito. Segundo Sarlet, no sentido acolhido, a dignidade da pessoa humana é atributo inerente a qualquer pessoa, ninguém poderá ser fruto

de desconsideração. No mesmo sentido, o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948) aduz que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

O autor ainda ressalva que mesmo que não haja um conceito legal no Direito, este exerce papel crucial para sua efetivação. Enquanto temos uma Constituição Federal baseada nesse princípio máximo, temos normas jurídicas que trabalham para efetivar este princípio norteador. Nossa Constituição vigente foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais.

> O constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso) – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado democrático de Direito. (SARLET, 2012, p. 75).

Porém o autor faz uma ressalva: nossa Constituição teve base no princípio da dignidade da pessoa humana, este, que dá fruto aos demais direitos fundamentais. Todavia, nem sempre restringir ou até mesmo proibir o exercício de um direito fundamental em determinada situação, vá significar uma afronta à dignidade. Por exemplo, o preso, ao ter seu direito de ir e vir restringido (direito fundamental), não há um ataque à dignidade da pessoa humana, visto que a restrição é fruto de um contrato social e normas que decorrem do próprio Estado.

Contudo, no filme *Filadélfia*, fica claro que há afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que esse princípio se estrutura em direitos inerentes e próprios dos seres humanos. Em vários momentos, os direitos fundamentais de Andrew foram violados, não tendo base legal em nenhuma dessas ocasiões, muito menos algo fruto de um contrato social.

Andrew teve sua honra e intimidade expostas ao tribunal, de uma maneira perversa, enquanto seu direito de igualdade e direito ao trabalho foram totalmente violados. Neste último, a Suprema Corte entendeu que a presença de doença não era impedimento para exercer as funções de trabalho, desde que não houvesse prejuízos.

A firma, ao contrariar a decisão da Corte Suprema, fere a dignidade da pessoa humana. Ora, o trabalho é defendido, pela maioria dos autores, como um instrumento para a busca das realizações pessoais. Além disso, sendo um direito sólido, Andrew se encontrava nos moldes do entendimento da Corte. Não havia embasamento legal para invalidar o direito do personagem, que teve seu meio de subsistência retirado.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS NO FILME FILADÉLFIA

Falar sobre dignidade da pessoa humana, é falar sobre os direitos que são atrelados a ela, e que através destes, tornam o ser humano digno. Os direitos fundamentais são inerentes a qualquer pessoa. Segundo a Corrente do Jusnaturalismo, os direitos fundamentais é algo natural e têm como pressupostos os valores do ser humano, e busca sempre um ideal de justiça de uma forma mais humana. Mas importante foi a constitucionalização desses direitos, que, além de confirmar a sua importância, denota mais respeito e busca efetivação ao texto da lei.

Loreno Weissheimer aduz que:

> No tocante a característica de constitucionalização, verifica-se que ao constatar a imprescindibilidade dos direitos fundamentais, esses passaram a necessitar de um suporte normativo capaz de os colocarem nos ápices dos ordenamentos jurídicos, encontrando abrigo nas Constituições dos Estados Modernos. (WEISSHEIMER, 2015, p. 1232).

Esses direitos fundamentais estão presentes em um rol exaustivo e exemplificativo no art. 5 º da Constituição Federal de 1988, que conta com 78 incisos. Já em seu caput, é possível observar alguns direitos fundamentais, tais como o direito à vida, direito à liberdade e direito à igualdade.

> **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:

Na história, é possível identificar documentos que foram muito importantes para o estudo dos direitos humanos. Já no século XIII, na Inglaterra, encontra-se o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta* Libertatum, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. (SARLET, 2012). Sarlet menciona vários acontecimentos e documentos que foram importantes para o nascimento dos direitos fundamentais.

> De suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso do Édito de Nantes, promulgado por Henrique IV da França, em 1598, e depois revogado por Luís XIV, em 1685. Neste contexto, também podem ser enquadrados os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburgo, em 1555, e da Paz da Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos, assim como o conhecido Toleration Act da colônia americana de Maryland (1649) e seu similar da colônia de Rhode Island, de 1663. Igualmente, não há como desconsiderar a contribuição da Reforma e das consequentes guerras religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, por sua vez precondição para as revoluções burguesas do século XVIII, 63 bem como os reflexos já referidos na esfera do pensamento filosófico, conduzindo à laicização da doutrina do direito natural, e na elaboração teórica do individualismo liberal burguês. Cumpre lembrar aqui a lição de H. P. Schneider, que aponta para a circunstância de que foi justamente o entrelaçamento e a interação destas duas diretrizes – a secularização do direito natural e a individualização dos privilégios estamentais – que propiciaram a formação das garantias dos direitos fundamentais. De qualquer modo, inobstante

> a decisiva contribuição desses documentos concessivos de liberdades, igualmente não há como lhes atribuir a condição de direitos fundamentais, pois, consoante já ressaltado, podiam ser nova e arbitrariamente subtraídas pela autoridade monárquica. (SARLET, 2012, p. 42)

Todavia, segundo Sarlet, a paternidade dos direitos fundamentais é disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789 (SARLET, 2012).

É válido ressaltar que esses direitos, denominados direitos fundamentais, passaram por um processo evolutivo e complementar, que emerge um resultado atual enquanto termos de aplicação. Mas não há dúvidas de que a justificativa de cada direito e seu conjunto, não foram os mesmos de acordo com cada contexto social.

Na obra *Filadélfia,* foi possível observar vários direitos fundamentais violados, tais como o direito à igualdade, direito à intimidade, direito ao trabalho, e direito à honra. Ao decorrer do filme, é perceptível o desrespeito com esses direitos, mas sua visualização fica ainda mais nítida no tribunal, quando Andrew Beckett decide processar a firma em que trabalhava. Ao violar tais direitos, lesa o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1. DIREITO À IGUALDADE

O direito à igualdade diz respeito ao tratamento isonômico, perante a lei e através dos direitos fundamentais que o cidadão goza enquanto ser humano. Esta igualdade é pertinente a gênero, cor, raça, religião, orientação sexual etc. Encontra-se presente no caput do art. 5º da Constituição Federal, onde tem base garantista e é caracterizada como inviolável.

A Associação Nacional dos Analistas Judiciários da União assim define:

> O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular. (ASSOCIAÇÃO

> NACIONAL DOS ANALISTAS JUDICIÁRIOS DA UNIÃO, 2011, p. 01).

No filme, Andrew Beckett teve sua igualdade desrespeitada, visto que a todo momento, a parte ré (a firma) tentava ferir a moral do trabalhador, fazendo ataques pessoais, querendo que o júri acatasse a tese, "desqualificando" o autor da ação. A defesa tratou a todo momento, como se a lei declinasse pelo "estilo de vida" do personagem, mesmo que a decisão da Corte fosse favorável a Andrew, já que a condição de saúde não poderia ser usada como desculpa para despedir alguém, se este pudesse continuar com suas atividades. Não foram utilizados, pela defesa, argumentos jurídicos que fossem realmente válidos.

Em outra ocasião do julgamento, pode-se observar que tal direito foi violado, do ponto de vista da contratação da firma, visto que uma das testemunhas ouvidas trabalhava com Walter Keton, sócio da firma, e que mesmo tendo contraído HIV através de uma transfusão de sangue e apresentasse os sintomas, jamais fora despedida. Fica claro que não só a doença fora motivo para despedir Andrew, e sim homofobia. Além disso, o personagem já havia presenciado situações desconfortáveis em que os sócios faziam piadas homofóbicas. Mas, para não ser alvo, preferia se manter em silêncio, afinal, pretendia manter seu trabalho sem ser motivo de preconceito e piadas desrespeitosas.

3.2. DIREITO AO TRABALHO

O direito ao trabalho é tratado pela Constituição Federal de 1988 como um direito social fundamental no art. 6º da CF-88 e como fundamento da ordem econômica no art. 170 da mesma lei máxima.

> **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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).
>
> **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos

> existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

Este direito é considerado um dos principais direitos fundamentais, afinal, sem ele, não haveria avanços sociais. Segundo Silva e Tolfo:

> O trabalho constitui um fenômeno psicossocial fundamental à existência humana, sobretudo nas organizações. Tal condição se explica pelo fato de que, por meio de esforços físicos e psíquicos, mediamos nossas relações com as pessoas as quais nos relacionamos. (SILVA, TOLFO, 2012, p. 5-6).

Na obra, claramente o direito ao trabalho foi violado, visto que, sem embasamento legal, o personagem Andrew foi demitido, contrariando decisão da Corte Suprema. Não feriu apenas o direito ao trabalho de Andrew, mas a ele também, como portador de dignidade humana. Para tanto, a armação que fizeram para o protagonista, sumindo com seus papéis de trabalho, teve como objetivo sujar sua imagem e "torná-lo" incompetente ao trabalho. Dessa forma, violou este direito social fundamental tão importante para a construção social, patrimonial, e realização pessoal do cidadão.

3.3. DIREITO À INTIMIDADE

A intimidade, na visão jurídica, é tida como um campo discreto e pertinente a apenas o indivíduo. Este direito pretende proteger o ser humano que visa seus interesses privados, buscando as realizações pessoais sem que isso venha a público. É um campo que pertence única e exclusivamente ao titular de direito e que nada deve exteriorizar senão pela própria vontade do indivíduo.

Este direito está presente no inciso X do art. 5º da CF-88, que preceitua que são "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Segundo Edilsom Pereira, este é um dos direitos que surgiu com o advento das sociedades industriais modernas, e que se fundamenta na tese de deixar o indivíduo em paz em seus assuntos privados.

> A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendr com base em Kant. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: "a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência do sigilo), e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações). (FARIAS, 1996, p. 113).

Em *Filadélfia,* a intimidade de Andrew foi totalmente violada pela defesa, uma vez que teve sua vida pessoal exposta. Não apenas sua orientação sexual foi mencionada no júri, como também o fato de que o personagem frequentava um "cinema gay", onde homossexuais tinham relações sexuais frequentemente. Tal fato foi usado pela defesa para desmoralizar o autor da ação, para que o júri tivesse uma visão da forma depravada que vivia. O que, olhando do ponto de vista da lei, não faz qualquer sentido, já que segundo as normas jurídicas, todos devem ser tratados de forma igualitária, independentemente de sexo, raça, cor, religião ou orientação sexual.

Além disso, são assuntos que tratam da esfera pessoal do personagem, em que assuntos privados não devem ser expostos senão pela própria vontade do indivíduo, revelando as três exigências que visam antagonizar a pressão social: a solidão, o segredo e a autonomia.

3.4. DIREITO À HONRA

O direito à honra tem uma grande carga baseada na construção social, onde engloba o respeito ao nome, à imagem do indivíduo frente a sociedade e suas relações sociais. Este direito se baseia na dignidade da pessoa humana, visto que se entrelaça em seus significados. Ferir a honra é o mesmo que ferir a dignidade da pessoa humana e vice e versa. Está presente no inciso X do art. 5º da Constituição Federal já mencionado.

Edilsom Pereira explica que sua primeira característica é que seu fundamento emerge do princípio da dignidade da pessoa humana, e que pertence a qualquer pessoa.

> Vale dizer: a honra é atributo inerente a qualquer pessoa independentemente de considerações de raça, religião, classe social etc. Com sua constitucionalização, a honra expande sua força normativa, tornando-se, por conseguinte, incompatível com as "concepções aristocráticas ou meritocráticas" sobre a honra. (FARIAS, 1996, p. 109).

Diante disso, vale destacar que a honra não se limita ao campo objetivo, de forma que deve ser observado pelos particulares em uma relação micropolítica, assim como em uma esfera pública. Sendo este direito violado, a máquina jurídica é atingida em nível constitucional. Como bem dito nas palavras de Edilsom Pereira:

> A segunda característica é a de que o conteúdo da honra refere-se tanto à honra objetiva (a dignidade da pessoa humana refletida na consideração dos outros), quando à honra subjetiva (a dignidade da pessoa humana refletida no sentimento da própria pessoa). É dizer, no sentido objetivo, a honra é a reputação que a pessoa desfruta ante o meio social em que está situada; no sentido subjetivo, a honra é a estimação que a pessoa realiza de sua própria dignidade moral. (FARIAS, 1996, p. 109).

No filme em análise, a honra de Andrew foi atingida diversas vezes, não somente no tribunal, mas no meio social. A desmoralização ocorrida durante o julgamento à pessoa do autor faz com que fira diretamente a dignidade da pessoa humana, assim como o direito à honra em sua forma objetiva e subjetiva.

A defesa, ao tentar banalizar e firmar uma idealização de incompetência de Andrew, retirou de sua pessoa a imagem de respeito e prestígio que o mesmo tinha ao trabalhar na firma, já que nunca faltara com seus deveres e sempre foi muito elogiado pelos sócios da mesma. O direito em questão foi violado, desde quando ocorreu o despejo do personagem, até o final do julgamento, pela defesa.

Diante disso, é fácil evidenciar que os argumentos da defesa serviram apenas para constranger o autor da ação, como se a orientação sexual fosse motivo de descrédito. Na sociedade, evidencia-se como algo costumeiro, exteriorizado por muitas vezes, através de piadas. Durante todo esse tempo, o desrespeito ficou impune, não restando dúvidas no atraso do direito brasileiro quanto a criminalização da homofobia. Foi somente em 2019 que chegamos a algo no mínimo esperado, a criminalização da homofobia.

4. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

O STF determinou, em 13 de junho de 2019, que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero passasse a ser considerada crime. Não houve a criação de uma lei específica, mas sim uma equiparação ao crime de racismo presente no art. 20 da Lei nº 7.716/1989.

No voto de Gilmar Mendes, este afirma:

> Em seu voto, Mendes lembrou que a criminalização da homofobia é necessária em razão dos diversos atos discriminatórios – homicídios, agressões, ameaças – praticados contra homossexuais e que a matéria envolve a proteção constitucional dos direitos fundamentais, das minorias e de liberdades. (PORTAL STF, 2019).

Assim, o colegiado entendeu, por 8 a 3, que a homofobia seria equiparada aos crimes de racismo. Não é de se negar que tal decisão tenha sido um avanço para a comunidade, visto a inércia do Legislativo quanto à criação de uma Lei específica. Para alguns juristas, essa decisão foi uma aberração jurídica, e que o Judiciário estaria fazendo o poder do Legislativo.

O décimo voto foi do Ministro Marco Aurélio, que mesmo discordando desse tipo de preconceito ser interpretado como forma de racismo, pois estaria usurpando competência do Congresso, não concorda com a demora do Poder Legislativo em satisfazer os anseios sociais, devido aos números dos casos de violência.

A homofobia ser criminalizada foi um grande avanço para a comunidade LGBT+; todavia, não exclui a necessidade do Poder Legislativo de criar uma lei específica. Com os números expressivos de casos de violência no Brasil, estando sempre presente nas pesquisas de países mais homofó-

bicos, fica evidente que o Congresso Nacional está em enorme atraso para com a sociedade. Não há justificativa para tamanha demora; sendo assim, o que resta para a comunidade LGBT+ é exigir a criação de determinada lei específica.

Contudo, a inexistência de lei específica não resulta em desconsideração de equiparação. De qualquer modo, é louvável a decisão do STF frente ao tema. Só assim o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais podem se arquitetar de maneira mais sólida para a comunidade LGBT+. Não é e nunca será uma solução mágica e imediata, porém pode conciliar na redução de mortes que tanto acontece pela ignorância e falta de respeito ao próximo.

5. CONCLUSÃO

Quando se iniciou o trabalho de pesquisa, constatou-se que a homofobia presente no filme *Filadélfia* feria o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como os direitos fundamentais decorrentes deste princípio. E, por isso, era importante estudar sobre a homofobia e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana à luz do filme "Filadélfia".

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral discutir de que maneira a homofobia viola o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando que este princípio é universal e se aplica a todos os seres humanos enquanto detentores de direitos. A dignidade é inerente a qualquer pessoa, ter dignidade é ter todos os seus direitos respeitados, de forma a resguardar sua subsistência. O objetivo inicial era estabelecer um comparativo entre o filme *Filadélfia* e a discussão do tema da homofobia no Brasil, considerando o grau de violência e preconceito presentes em nosso meio social; observando, ainda, como a homofobia se comporta e se manifesta nas interações sociais e de que maneira isso repercute.

Além disso, outro objetivo era observar como os direitos fundamentais decorrentes desse princípio se comportavam, de tal forma que a violação deles ficou visível ao decorrer da pesquisa. O direito ao trabalho, o direito à honra, o direito à intimidade, o direito à igualdade, são só alguns exemplos dos direitos que são violados quando se manifesta a homofobia. E por fim, analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalida-

de por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), que diz respeito à equiparação da homofobia ao crime de racismo. Mesmo não havendo a criação de lei específica, encontra-se viável pelo atraso do Legislativo frente a um tema tão pertinente.

A presente pesquisa tem por finalidade visualizar como a opressão faz vários direitos próprios da subsistência se fragmentar e demonstrarem suas fragilidades. E através disso, refletir sobre o respeito ao próximo. Todavia, há limitação quanto à visualização do presente problema, visto que o número de denúncias nem ao menos se aproxima da realidade dos fatos.

Faz-se necessário, ainda, criar lei específica por parte do Legislativo, para que as relações homoafetivas sejam regulamentadas e tratadas de forma mais segura e respeitosa. Não falando aqui apenas sobre a criminalização, mas sim o respeito dessas relações em todos os outros âmbitos jurídicos, resguardando a igualdade das pessoas. De qualquer modo, a criação de lei no Brasil nunca foi sinônimo de resolução de problemas estruturais construídos na sociedade. Estimular o respeito e reconhecimento dessas relações vai muito além do que o direito positivado. A empatia se manifesta além do papel, de palavras aceitas no Congresso. Além disso, é um problema que demanda tempo, por isso impulsar o debate sobre essas relações é tão importante.

REFERÊNCIAS

BORILLO, D. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituição.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

FARIAS, Edilson P. **Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem *versus* a Liberdade de Expressão e Informação**. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

FILADÉLFIA. Direção: Jonathan Demme. Produção por: Jonathan Demme Edward Saxon. Estados Unidos: TriStar Pictures, 1993. 1 DVD.

MONTEIRO, A, B.; MENDES, A. K.N. A DESPATOLOGIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE. **UNI 7**, 2020. Disponível em: < https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/iniciacao-cientifica/article/download/784/599/>. Acesso em 24 out. 2020, 10:25.

PORTAL STF. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 30 fev. 2021, 10:20.

SARLET, Ingo, W**. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, I, W**. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, N.; TOLFO, S. Trabalho significativo e felicidade humana: explorando aproximações. **Pepsic**, 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-66572012000300008>. Acesso em 22 out. 2020, 14:22.

SILVA, O, R, M.; MENANDRO, M, C, S. Como se Produz um Homossexual? **Pepsic**, 2019. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/gerais/v12n1/06.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020, 13:00.

UNIÃO, A, N, A, J. Princípio constitucional da Igualdade. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade>. Acesso em: 22 out. 2020, 11:00.

UOL. Ana Paula Valadão fala que homossexualidade é pecado e culpa gays por AIDS. 2020. Disponível em: < https://blogs.ne10.uol.com.br/social1/2020/09/13/ana-paula-valadao-fala-que-homossexua-

lidade-e-pecado-e-culpa-gays-por-aids/>. Acesso em 24 de out. 2020, 08:02.

WEISSHEIMER, L. **Direitos fundamentais, perspectiva histórica, características e função**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolítica-ISSN 1980-7791>. Acesso em: 22 out. 2020, 10:00.

UMA BREVE APRESENTAÇÃO DAS TERMINOLOGIAS DENTRO DOS MOVIMENTOS (I)MIGRATÓRIOS PARA A CONTRIBUIÇÃO NA GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS96

Fabiana Aparecida da Silva[97]

INTRODUÇÃO

Atravessamos o mar Egeu
O barco cheio de fariseus
Como os cubanos, sírios, ciganos
Como romanos sem Coliseu
Atravessamos pro outro lado

96 Desde a época do mestrado, utilizo esse termo (i)migração/ (i)migratório, assim grafado, quando me refiro a todos que transitam de um lugar para o outro. Nesse artigo apresentarei as terminologias de cada situação. Este artigo foi extraído e adaptado da Tese: *A arte através da música na vida de crianças e adolescentes, filhos(as) de (i)migrantes:* aproximações de três Programas Sociais localizados em São Paulo, Coimbra e Amsterdam que trabalham com essa demanda. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019b.

97 Mestre e doutora em Serviço Social pela PUC/SP; supervisora Social da Associação de Cultura, Educação e Assistência Social Santa Marcelina, conhecido como Santa Marcelina Cultura.

No Rio Vermelho do mar sagrado
Os Center shoppings superlotados
De retirantes refugiados

Onde está meu irmão sem Irmã
O meu filho sem pai
Minha mãe sem avó
Dando a mão pra ninguém
Sem lugar pra ficar
Os meninos sem paz.
Onde estás meu senhor
Onde estás? Onde estás?

Diáspora, Tribalistas, 2017

Este artigo traz uma breve apresentação sobre as termologias referentes aos indivíduos que transitam nos movimentos (i)migratórios, que são muito confundidas pela população, teóricos e profissionais. Em muitos casos, esse equívoco pode até prejudicar na garantia e efetivação dos direitos. Minha intenção aqui é explicar cada uma dessas terminologias e de alguma forma contribuir na garantia dos direitos humanos e fundamentais dessa população, como preveem as diversas legislações no mundo, mas infelizmente isso não ocorre por diversos fatores.

Os movimentos (i)migratórios foram se desenvolvendo com a história da sociedade mundial determinados por diversos fatores: guerras, fome, perseguições religiosas e/ou busca de trabalho, processo que "[...] tem empurrado milhares de pessoas para a "estrada" em busca de outros lugares para viver em melhores condições ou, pelo menos, para escapar da morte violenta" (MORAIS; SANTORO; TEIXEIRA, 2015, p. 10).

1. DIVERSAS TERMINOLOGIAS DENTRO DOS MOVIMENTOS (I)MIGRATÓRIOS

Nouss (2016) fez uma listagem de termos citados em inúmeros livros e trabalhos acadêmicos que muitas vezes se misturam, mas todos se relacionam aos movimentos de sair de um lugar e ir para outro.

> [...] exilados, estrangeiros, emigrantes, imigrantes, migrantes, descendentes da imigração, expatriados, repatriados, deslocados, desenraizados, refugiados, requerentes de asilo, clandestinos, ilegais, apátridas, banidos, proscritos, párias, errantes, excluídos, desaparecidos, reprimidos, deportados, internados, relegados[98], ostracizados, reprovados, fugitivos, desterrados, desplazados, [...] nômadas, cosmopolitas, metecos. Seria necessário fazer uma limpeza terminológica para colocar em ordem em toda esta litania, onde se misturam os registros ontológicos, as inscrições históricas e as condições sociais (NOUSS, 2016, p. 23-24).

Nessas terminologias, há uma complexidade de processos que expressam, de um lado, as perspectivas teóricas de seus autores, e de outro, as visões que a sociedade tem a respeito desses segmentos populacionais, além de apontarem concepções preconceituosas.

Os termos (i)migrante e (i)migração (SILVA, 2012) referem-se ao ato de migrar, imigrar e emigrar – três movimentos diferentes, incluídas, portanto: as pessoas que se movimentam dentro do seu próprio país – os migrantes (PAULA, 2013; DEDECCA; TROVÃO; ARAÚJO, 2015); as pessoas que chegam de outros países – os imigrantes, também denominadas emigrantes (SAYAD, 2000; PEREIRA; BÓGUS, 2008, BAENINGER, 2013; 2015), na medida em que saíram de seus países. Assim, imigrar e emigrar são dois pontos de vista sobre um mesmo movimento. Há também os refugiados (MOREIRA, 2014; KÖCHE, 2015; MORAES, 2016; CALEGARI, 2016), que entram na categoria dos migrantes forçados. Independentemente da terminologia utilizada, pessoas se deslocam de um lugar a outro em busca de melhoria de vida e têm direitos definidos pelas legislações dos respectivos países.

> O direito internacional dos direitos humanos garante a toda pessoa o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu. Do mesmo modo, é-lhe garantido o direito de regressar a seu país. En-

98 "A *relegatio* dos romanos atingiu por exemplo Ovídio, que foi mandado para as margens do Mar negro ao mesmo tempo que mantinha os seus direitos e propriedades em Roma. Na sociedade ateniense, o ostracismo correspondia a um banimento de dez anos imposto a um cidadão julgado perigoso do ponto de vista político" (NOUSS, 2016, p. 23-24, grifo do autor).

> tretanto, em termos de direito internacional, não é possível assegurar o direito correspondente de entrar no território de um determinado Estado. Isso significa dizer que posso abandonar qualquer país, sem que isso signifique que posso ingressar em qualquer país, devendo obter autorização deste para poder entrar e permanecer em seu território. Universalmente falando, não nos é garantido o direito à livre circulação internacional. O que existe são regulamentos específicos que autorizam o fluxo de pessoas em determinados Estados. [...] o início deste milênio está sendo fortemente marcado por migrações de todo tipo (KÖCHE, 2015, p. 26).

Nouss, 2016 faz uma pontuação interessante sobre Simmel, Durkheim e Marx, quando analisam a questão dos movimentos (i)migratórios.

> [...] as análises de Émile Durkheim e de George Simmel, que enquanto pioneiros da Sociologia, se debruçaram sobre esta questão. Embora a migração sobre que ambos se detiveram no início do século XX, não tivesse a dimensão dos movimentos contemporâneos e ainda que, para Émile Durkheim, [...] ela ocorresse sobretudo no campo das cidades, a diferença de abordagem dos dois sociólogos é hoje ainda válida. Para Émile Durkheim, o migrante é visto de acordo com a sua função no seio das grandes estruturas sociais e das relações de poder na esfera económica, enquanto Georg Simmel chama a atenção para a interiorização no indivíduo estrangeiro das ambivalências psicológicas causadas pelas deslocações migratórias na modernidade daquela época. Para o primeiro, a migração é um fenómeno social; para o segundo é uma experiência humana [...] (NOUSS, 2016, p. 12).

Baseado nas considerações desses autores, Nouss definiu a utilização do termo migração para todos os movimentos (i)migratórios: "Actualmente, para designar uma pessoa que já não vive na sua terra natal ou de residência, tenha ela fugido ou não – questão em si mesma problemática – utiliza-se a palavra "migrante" [...]" (NOUSS, 2016, p. 22-23). Migração é o movimento dentro do país, de um estado para outro, de uma cidade para outra.

Diversos autores (SAYAD, 2000; BAENINGER, 2013, 2015; CUTTI et al., 2015; SALLES; BASTOS, 2015) consideram migração todos os movimentos de um local para o outro, independentemente de fronteiras geográficas, como Salles e Bastos, que abordam a questão da imigração de estrangeiros que vêm de outros países em busca de melhoria de condição de vida, trabalho, estudos, e melhores oportunidades.

> O tema da imigração tem sido objeto de inúmeros estudos importantes em diferentes áreas do conhecimento, como a sociologia, a história, a ciência política, o direito, etc. centrados, sobretudo, no período da grande imigração, que compreende as décadas do século XIX e as primeiras décadas do século XX [...] (SALLES; BASTOS, 2015, p. 113).

1.1. EMIGRAÇÃO, IMIGRAÇÃO E MIGRAÇÃO

O termo *emigração* diz respeito a um país, cujos cidadãos saem para outros países. Pereira e Bógus (2008) exemplificam bem isso, ao tratarem de brasileiros em outros países.

> Mesmo que haja certa dificuldade de se identificar um único "povo brasileiro", é recorrente entre nossos emigrantes serem "brasileiros" antes de "gaúchos" ou "mineiros" para facilitar a aceitação no país de destino. [...] Os migrantes passam ser chamados de transmigrantes quando criam relações entre o local de emigração e a sociedade de acolhimento. Mantêm relações – familiares, econômicas, sociais, organizacionais, religiosas e políticas – responsáveis pela ampliação das fronteiras, inter-relacionando o global e local (PEREIRA; BÓGUS, 2008, p. 149).

Para Sayad (2000), quem sai de seu país, além de se afligir, deixa um sofrimento para quem fica, e traz a perspectiva sempre da volta, do retorno: "A emigração deve ser realizada e vivida necessariamente na dor, uma dor compartilhada [...] se permite pensar como provisória, por mais longa que seja e mais durável que se anuncie, não deve ser taxada de renúncia ao grupo [...]" (SAYAD, 2000, p. 14). Emigração e imigração fazem parte do mesmo processo social, "[...] sendo um fenômeno que comporta trans-

formações na esfera social, na dimensão econômica e cultural no local de partida e de chegada" (BAENINGER, 2015, p. 28).

De modo geral, diversos autores (MENEZES, 2012; SILVA, 2012; KÖCHE, 2015; MORAES, 2016) apontam diferenciações entre os movimentos (i)migratórios. *Migrações espontâneas* são aqueles que se deslocam sem qualquer ajuda externa, por fatores de melhoria de vida. Essas pessoas também são conhecidas como *migrantes econômicos*. "[...] as questões econômicas do país de origem e destino, razão pela qual, não raras vezes, os migrantes espontâneos são chamados também de migrantes econômicos, os quais deixam seu lugar de residência habitual a fim de melhorar sua condição de vida" (KÖCHE, 2015, p. 27-28). Pode-se dizer que elas, de alguma forma, são atingidas por fatores político-econômicos do seu país que não atendem às expectativas e buscam, em outro lugar, suprir necessidades, de estudo, trabalho, políticas públicas etc.

Já *migrações pendulares* (KÖCHE, 2015) ou *temporárias permanentes* (MENEZES, 2012), são aquelas que também têm a mesma condição da migração espontânea, porém por um determinado tempo, por exemplo, por um período de colheita, período da pesca ou período político. "Em muitos casos, ela acontece durante quase toda a vida destes agentes sociais" (MENEZES, 2012, p. 26).

Além das espontâneas têm-se as *Migrações forçadas* que são movimentos migratórios cujos indivíduos estão em situação de risco de vida. Segundo Köche "[...] existe um elemento de coação, normalmente à integridade física, que pode ter origem em causas naturais ou provocadas pelo homem. [...] é justamente o afastamento forçado que marca a condição dos refugiados e dos deslocados" (KÖCHE, 2015, p. 28).

1.2. REFUGIADOS

Refugiado é aquele que saiu impedido de viver em seu país, porque teve os direitos violados de forma violenta e cruel. Diferentemente do (i) migrante, que conta ou deveria contar com a proteção do governo de seu país, o refugiado não tem essa proteção porque está sendo forçado a sair, (i)migrar por diversos motivos, como perseguições religiosas, conflitos de guerra, extermínios de tribos, entre outros.

> Os refugiados são considerados migrantes internacionais forçados, que cruzam as fronteiras nacionais de seus países de origem em busca de proteção. Eles fogem de situações de violência, como conflitos internos, internacionais ou regionais, perseguições em decorrência de regimes políticos repressivos, entre outras violações de direitos humanos. Questões étnicas, culturais e religiosas, desigualdade socioeconômica, altos níveis de pobreza e miséria e, sobretudo, instabilidade política estão no cerne dos fatores que levam às migrações de refugiados (MOREIRA, 2014, p. 85).

Em diversas leituras sobre refugiados (ACNUR, 2010); MOREIRA, 2014; CALEGARI, 2016;) afirma-se que, refugiado é diferente de (i)migrante. Refugiado se encontra em situação de risco, de perigo. Para Claro (2018)[99], pode-se falar de refugiados ambientais.

> [...] são refugiados não convencionais e são migrantes forçados, interna ou internacionalmente, temporária ou permanentemente, em situação de vulnerabilidade e que se veem obrigados a deixar sua morada habitual por motivos ambientais de início lento ou início rápido, causados por motivos naturais, antropogênicos ou pela combinação de ambos (Claro, 2018, não paginado).

A condição do refugiado é mais complicada porque está totalmente desamparado dos direitos estabelecidos por seu país, em razão do abandono de "[...] sua casa, atravessando ou não uma fronteira internacionalmente reconhecida, sem que, com isso, alcance o status de refugiado. [...] Estima-se que, em todo mundo, existam mais pessoas deslocadas dentro de seu próprio país que refugiados em outros países" (KÖCHE, 2015, p. 29).

Não é o objetivo deste artigo o aprofundamento sobre os refugiados, porém é muito importante o apontamento sobre essa categoria. O refúgio não é algo novo, a categoria de refugiado foi estabelecida pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, em 1951, e formulada pela Comissão de Direitos Humanos da ONU.

99 Anotações de aula da Profª. Carolina Claro, da Universidade de Brasília, em 17 de março de 2018, na UFABC.

> A construção da definição jurídica e política de refugiado remonta ao contexto da Europa do pós-guerra. A partir da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, cunhou-se o termo refugiado como aquele que possui fundado temor de perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas[100]. O direito de o indivíduo perseguido em seu país de origem *buscar asilo* – ao transpor fronteiras, deslocar-se para outro país e solicitar-lhe proteção –, todavia, distingue-se do direito *ao asilo*, ou seja, à concessão desta proteção pelo país de destino[101]. Tal concessão constitui uma decisão soberana, relacionada ao controle sobre território e população, bem como sobre acesso e permanência de estrangeiros. Dessa forma, como já afirmado, não só os refugiados, como também o instituto do refúgio, estão ancorados na lógica e dinâmica estatal (MOREIRA, 2014, p. 87, grifos da autora).

Em 1984, foi instituída a Declaração de Cartagena, um importante instrumento internacional para tratar da questão dos refugiados, pois diferencia os refugiados de outros imigrantes internacionais devido à necessidade de uma atenção diferenciada a essa categoria. No Brasil, apenas, em 1997, apareceu a definição de refugiado com a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, o Estatuto Jurídico do Refugiado (BRASIL, 1997), que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências[102].

---

100 "Acnur. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados" (MOREIRA, 2014, p. 87).

101 "Andrade, José Henrique Fischel de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados" (MOREIRA, 2014, p. 87).

102 Antes de tudo é preciso fazer uma diferenciação entre refugiado e solicitante de refúgio. No caso do Brasil, quando um estrangeiro chega e solicita refúgio na Polícia Federal, o processo é encaminhado ao Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), tornando-se um solicitante de refúgio; nesse momento, ele recebe um protocolo de residência provisória que o permite inclusive retirar carteira de trabalho. Até que seu caso seja analisado e julgado pelo Conare, ele permanece nessa condição. O Estatuto Jurídico do Refugiado estabelece no "Art. 1º. Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não

1.3. APÁTRIDAS E RETORNADOS

Há também os apátridas, cujas nacionalidades são retiradas pelo Estado, apesar de residirem em seus respectivos países, como fez a Alemanha tomando a nacionalidade dos judeus à época da Segunda Guerra.

> Há muitas maneiras de se tornar apátrida: todos os dias, apátridas nascem. Outros se tornaram apátridas devido a acontecimentos do passado. Milhões devem sua condição à criação, conquista, divisão, descolonização ou libertação do país de onde eles próprios ou os seus antepassados são oriundos (ONU BRASIL, 2007).

No Brasil, apenas em 2018, o Estado reconheceu pela primeira vez duas irmãs libanesas, cujos pais eram apátridas na Síria (VILELA, 2018).

Aponta-se o caso de (i)migrantes que retornam à terra de onde saíram, chamados *retornados*[103], que muitas vezes passam décadas fora de seus países e retornam a eles. Sayad (2000) faz um estudo do retorno como elemento constitutivo do imigrante.

> Com efeito, esses homens que retornaram da imigração[104], homens do entre-dois – entre-dois-lugares, entre-dois-tempos, entre-duas-sociedades, etc. – são também, e principalmente, homens entre-duas-maneiras-de-ser ou entre-duas-culturas. [...] Evidentemente, o risco é maior do lado do mais fraco, do lado daquele que, neste confronto, está na posição de dominado, isto é, do lado da emigração; quando a ameaça é maior, a acusação – mesmo silenciada e reprimida – é ainda mais violenta, e o processo imposto

---

queira acolher-se à proteção de tal país; II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país" (BRASIL, 1997).

103 Na tese de doutorado da autora, no item 2.4, é apontado o caso dos retornados em Portugal.

104 "No duplo sentido da palavra voltar, no sentido de retorno e no sentido de despertar de suas ilusões, ou de suas esperanças" (SAYAD, 2000, p.19).

> aos emigrantes retornados, enquanto portadores desta ameaça, é tanto mais frágil e injustamente instruído (SAYAD, 2000, p. 19, grifo do autor).

Para o autor, há situações nas quais o imigrante deseja retornar ao local de origem: "[...] é como recuperar a visão, a luz que falta ao cego, eles sabem que esta é uma operação impossível. Só lhes resta, então, refugiarem-se numa intranquila nostalgia ou saudade da terra" (SAYAD, 2000, p. 11).

2. AS TERMINOLOGIAS E O DESAFIO PARA A GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS

Para além dos termos e nomenclaturas utilizadas e apresentadas anteriormente, determinados segmentos sociais tendem a estigmatizar, condenar e criminalizar, mais ainda, o indivíduo que está em situação de (i) migração ou refúgio, procurando apontar o aspecto "legal" ou "ilegal".

> Com os termos "migração legal" ou "ilegal", estamos ainda ao nível de uma descrição objectiva, baseada em critérios jurídicos que, embora relativos, encontram-se solidamente alicerçados e identificáveis. Por sua vez, os adjectivos "regular" ou "irregular" traduzem de imediato uma mudança de perspectiva, uma vez que são habitualmente associados a "imigração" que, ao invés da "migração", pressupõe uma organização espacial e uma direção (*in:* de fora para dentro), propícias à classificação hierárquica (o dentro será sempre melhor). Na realidade, os termos deixam de ser rigorosamente neutros, pois a regularidade não é a lei: esta é mais caprichosa e a sua transgressão mais vaga e, portanto, mais propícia a apoiar a condenação. Uma prática ou um indivíduo podem não ser *legais*, mas a quem o determina como tal? (NOUSS, 2016, p. 16, grifos do autor).

Não obstante os termos (i)migrante, refugiado, apátridas, todos são, de modo geral, vistos como clandestinos, ilegais, irregulares. "[...] Como "selvagem", o migrante é aquele que desafia duas vezes o código – o có-

digo cultural e o código moral – ou seja, é duplamente inimigo da sociedade" (NOUSS, 2016, p. 17).

Ainda em relação à nomenclatura, Nouss faz uma crítica às agências/instituições de ajuda humanitária que, como forma de publicidade para chamar e manter doadores, acabam deixando de atender pessoas, que também estão nos fluxos (i)migratórios, passando por diversas situações graves: morte ou desaparecimento durante os fluxos; estadas por longos períodos em centros de retenção e atenção; recusa de pedidos de regularização e expulsão dessas pessoas.

> Mais uma vez, o problema reside na forma de nomear. Para lá de estratégia publicitária legitima (não atemorizar os potenciais doadores), o ACNUR não reconhece em toda a sua documentação senão refugiados e migrantes, ainda que por vezes distinga uma situação mais diversificada ao utilizar a designação "migração mista". São exatamente esses dois vocábulos que figuram no "Glossário dos termos relativos à migração", no capítulo sobre "migrações internacionais" da Unesco; na página "Palavras-chaves da migração" do site da OIM, assim como no opúsculo *Glossary on Migration*, cujo a segunda edição foi publicada pela mesma instituição em 2011. [...] O migrante depende para a sua identidade de máquinas administrativas que lhe são totalmente estranhas (NOUSS, 2016, p.38-39, grifos do autor).

Os (i)migrantes, refugiados e apátridas querem ser acolhidos/as, porém, cada vez mais, os países os recusam a ponto de contribuir para ideias xenófobas e discriminatórias. No Brasil, isso não é diferente, assim é essencial destacar como as políticas públicas e Direitos Humanos se colocam frente à questão da (i)migração.

> Estima-se que exista uma quinzena de milhões de indocumentados no mundo ocidental, perto de um bilhão se incluirmos os migrantes internos, aqueles que não atravessam as fronteiras nacionais, mas cujo destino muitas vezes não fica nada a dever ao dos migrantes externos. Um bilhão, quer dizer um habitante em sete no planeta. Em rigor, dever-se-ia também contar os apátridas, exilados da sua nacionalidade e, nalguns casos, sem chegarem a sair

> do solo nacional. Procurar pensar as migrações contemporâneas é ir ao encontro dessa realidade que um certo Ocidente não deveria ignorar sem trair o seu *modus essendi*, pois fundou o seu poder na capacidade de exílio, por colonizações internas e externas (NOUSS, 2016, p. 27).

Situações de violação de direitos com (i)migrantes acontece, até mesmo, antes das pessoas saírem de seus países, quando não tem seus direitos básicos garantidos, levando-os a transitar de seu país para outro. Existem diversas formas de violação de direitos de (i)migrantes que chegam ao Brasil: desde a falta de dignidade no atendimento às necessidades básicas, em relação à alimentação e moradia, até o desrespeito na forma de tratar, que é acentuadamente preconceituosa e discriminatória (SILVA, 2012; 2018).

Por mais que as legislações tenham avançado com o passar dos anos, ainda não é suficiente; mesmo com todas as vitórias na garantia de direitos de imigrantes, há ainda muito para ser feito, frente aos desafios e enfrentamentos cotidianos, para efetivação das políticas postas.

As conquistas na garantia de direitos humanos e fundamentais asseguraram algumas ações que garantem igualdade, reconhecimento das demandas específicas de imigrante, mas a existência de desigualdades sociais impõe novas mudanças de paradigmas e de conceitos. A luta é diária, para que efetivamente haja uma articulação entre os diversos órgãos públicos, se efetivando em políticas públicas que atendam a esses (i)migrantes e famílias com qualidade, respeitando-os como cidadãos de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o enfrentamento das violações é essencial à pressão das diversas instâncias da sociedade civil para que o Estado comece a trabalhar no cumprimento dos direitos de cidadania.

> [...] muitos desafios ainda devem ser vencidos, como a superação da suposta neutralidade do Estado em relação às desigualdades presentes na sociedade, assumindo a construção de políticas que visem à igualdade, ao reconhecimento das demandas específicas dos imigrantes e à admissão da existência dessa desigualdade, necessitando de mudanças de paradigmas e conceitos (SILVA, 2019a, p. 49).

Tendo em vista à articulação entre os diversos órgãos públicos, é necessário que se elabore e efetive políticas públicas que atendam a esses (i)migrantes. É fundamental destacar que o Estado por mais que esteja respaldado em legislações, a ação do Estado em efetivar os direitos da população (i)migrante ainda é insuficiente, porque são pontuais e não permanentes, como Silva (2019a, p. 49) aponta: "limitações na efetivação de políticas públicas permanentes; nas condições de acesso a programas de geração de emprego e renda; nos serviços públicos da rede de ensino [...], proteção social, entre outros; na criação de mecanismos de controle, de participação social e na superação dos preconceitos e da discriminação".

Para o enfrentamento das diversas violações é fundamental primeiro que esteja claro para todos o que é cada situação dentro dos movimentos migratórios, um refugiado não é a mesma coisa que um apatrida, por exemplo, porque isso reflete diretmente na condição de vida e de reconstrução desse ser em seu novo local de moradia. Isso se estende às várias instâncias de poder e instituições, secretarias municipais (Assistência Social, Saúde, Educação, entre outras) e organizações não governamentais.

Ações, políticas públicas e sociais devem ser empreendidas de forma articulada para contribuir na discussão e no atendimento a essa população, para que assim, o Estado saia da posição omissa e comece a trabalhar na efetivação de direitos huamanos e fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACNUR, 2010. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Direito_Internacional_dos_Refugiados_-_Programa_de_ensino.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

BAENINGER, Rosana. Notas acerca das migrações internacionais no século**.** In: Baeninger, Rosana (Org.). **Migração internacional.** Campinas: Núcleo de Estudos de População (NEPO), Universidade de Campinas, 2013, p.9-22.

_____. Migrações internacionais*:* elementos para o debate no século XXI. In: CUTTI, Dirceu et al. (Orgs.). **Migração, trabalho e cidadania.** São Paulo: EDUC, 2015. p. 17-48.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm>. Acesso em: 5 ago. 2019.

CALEGARI, Marília. **Migração de crise**: refúgio e família no Brasil. 2016. Mimeografado.

CUTTI, Dirceu; BAPTISTA, Dulce Maria Tourinho; PEREIRA, José Carlos; BÓGUS, Lucia Maria Machado (Orgs.). **Migração, trabalho e cidadania.** São Paulo: EDUC, 2015.

DEDECCA, Claudio Salvadori; TROVÃO, Cassiano José Bezerra Marques; ARAÚJO, Juliana Bacelar. *População, migração e trabalho no estado de São Paulo no início do século.* In: Cutti, Dirceu; Baptista, , Dulce Maria Tourinho; Pereira, José Carlos; Bógus, Lucia Maria Machado (Orgs.). **Migração, trabalho e cidadania.** São Paulo: EDUC, 2015. p. 133-162.

KÖCHE, Rafael. Migrações e (de) igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: Morais, José Luis Bolzan de; Santoro, Emilio; Teixeira, Anderson Vichinkeski (Orgs.). **Direitos dos migrantes.** São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015.

MENEZES, Marilda Aparecida. *Migrações e Mobilidade:* Repensando Teorias, Tipologias e Conceitos. In: TEIXEIRA, Paulo Eduardo; BRAGA, Antonio Mendes da Costa; BAENINGER, Rosana (Orgs.). **Migrações:** *implicações passadas, presentes e futuras.* Marília: Oficina Universitária/ São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012, p.21-40.

MORAES, Ana Luisa Zago de. Mobilidade urbana na era da "guerra ao terror": uma abordagem sob a óptica das epistemologias do Sul. **Margem Esquerda***,* Revista da Boitempo, n. 26, p. 34-39, 1º semestre, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SANTORO, Emílio; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Orgs.). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

MOREIRA, Júlia Bertino. Refugiados no Brasil: Reflexões acerca do processo de integração local. In: **Rehmu:** Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana, Brasília, v. 22, n. 43, p. 85-98, jun./dez. 2014.

NOUSS, Alexis. **Pensar o exílio e a migração hoje.** Tradução de Ana Paula Coutinho. Porto: Edições Afrontamento / Instituto de Literatura Comparada Margarida Losa (ILCML) / F*aculdade de Letras da Universidade do Porto* (FLUP), 2016.

ONU. **Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados – 1951.** *Aprovada no Brasil pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Diário Oficial da União n. 139 – Seção I, p. 15822-15824, 23 de julho de 1997.* Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/convencao-de-genebra-relativa-ao-estatuto-dos-refugiados.html>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ONU Brasil. **Os Excluídos:** O Mundo Desconhecido dos Apátridas**.** 26 de abril de 2007. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/os-excluidos-o-mundo-desconhecido-dos-apatridas/>. Acesso em: 6 fev. 2019.

PAULA, Andréa Maria Narciso Rocha de Paula. Sair do Sertão, viver nele: as migrações sertanejas. **Travessia** – *Revista do Migrante*, Ano XXVI, n. 72, p. 55-71, jan./jul. 2013.

PEREIRA, Patrícia; BÓGUS, Lucia Maria Machado. Imigrantes brasileiros em Portugal: associativismo e cidadania. In: Bernardo, Teresinha; Clemente, Claudelir Corrêa. **Diásporas, redes e guetos:** contextos e configurações no contexto transnacional. São Paulo: LOGO/EDUC, 2008. p. 139-166.

SAYAD, Abdelmalek. **O retorno, elemento constitutivo da condição do imigrante.** In: *Travessia, Revista do Migrante*, São Paulo, n. especial, jan. 2000.

SALLES, Maria do Rosário Rolfsen; BASTOS, Sônia Regina. A retomada da imigração no pós-Segunda Guerra Mundial em São Paulo:

1947-1980. In: CUTTI, Dirceu et al. (Orgs.). **Migração, trabalho e cidadania.** São Paulo: EDUC, 2015. p. 113-131.

SILVA, Fabiana Aparecida da. **Trabalho e (I)migração:** determinações do movimento migratório dos bolivianos da cidade de São Paulo para Guarulhos**.** Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____. **A violação dos direitos humanos de crianças, filhos(as) de imigrantes e a omissão do estado:** um breve estudo comparativo entre São Paulo e Amsterdam. In: DIAS, Luiz Antonio; RAGO, Maria Aparecida de Paula (Orgs.). *Democracia, direitos humanos e violência de Estado*. São Paulo: EDUC/Brasília: Capes, 2019a. [e-book].

_____. **A arte através da música na vida de crianças e adolescentes, filhos(as) de (i)migrantes:** aproximações de três Programas Sociais localizados em São Paulo, Coimbra e Amsterdam que trabalham com essa demanda. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019b.

VILELA, Pedro Rafael. Brasil reconhece condição de apátrida pela primeira vez na história. **Agência Brasil**, publicado em 25 jun. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-06/brasil-reconhece-condicao-de-apatrida-pela-primeira-vez-na-historia>. Acesso em: 5 ago. 2019.

DIREITO À SAÚDE E SEUS IMPACTOS NO ENCARCERAMENTO FACE À PANDEMIA DE COVID-19

Otniel Servilha Torres[105]

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, o mundo foi surpreendido com a identificação de uma nova espécie de coronavírus. Com provável marco inicial na tranquila cidade chinesa de Wuhan, o patógeno se alastrou de forma exponencial, estando presente em 17 países em menos de um mês (OPAS BRASIL, 2020). Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou de forma oficial o *status* de pandemia, por conta da altíssima capacidade de infecção, bem como pela inexistência de vacinas ou meios de tratamento eficazes, tendo como únicas formas de prevenção o distanciamento social e a adoção de rigorosas medidas de higiene (MALLMANN, 2020).

Apesar de alguns laboratórios terem conseguido fabricar vacinas com antígenos capazes de proteger os indivíduos contra a infecção pelo novo coronavírus, sua eficácia não faz com que a proliferação deixe de ser um fator preocupante, principalmente pela alta taxa de mortalidade em grupos que apresentam comorbidades.

---

105 Assessor de Juiz Criminal, Bacharel em Direito pela FIT – Faculdades Integradas do Tapajós, atual UNAMA – Universidade da Amazônia; pós-graduado em Direito Processual Civil pela Uninter.

Quem está em situação de privação de liberdade possui maiores chances de infecção pelo novo coronavírus, bem como de apresentar um quadro de maior gravidade. A maioria desses indivíduos possui a saúde debilitada pelas condições em que se encontram, que vão desde a falta de higiene até mesmo a dificuldade de acesso a cuidados médicos.

O fato de a aglomeração de pessoas ser um dos principais fatores de disseminação do novo coronavírus, surge a problemática das instituições penais, principalmente quando são observadas as condições oferecidas pelo sistema prisional brasileiro, bastante caracterizados pelas superlotações. Em 2020, o sistema prisional brasileiro contava com quase 800 mil indivíduos com a liberdade restrita, operando em situação de superlotação, ultrapassando em 70% a sua capacidade máxima (CNJ, 2020).

Dessa forma, uma vez que o dever do Estado é garantir a saúde dos indivíduos, sem exceção, e garantir a vida além da sanidade física e psicológica de quem encontra-se com a liberdade restrita e sob a tutela estatal, sendo cabível aos responsáveis pela gestão das unidades prisionais implementar medidas assecuratórias dos direitos básicos inerentes à pessoa humana.

1. DIREITO À SAÚDE

O Direito à saúde está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 como direito fundamental social (Art. 6º), tendo proteção especial do ordenamento que resulta na obrigação estatal de fornecer, manter e estimular políticas públicas que objetivem a proteção à saúde dos cidadãos (NUCCI, 2015).

De acordo com o artigo 196 da CRFB-88, a saúde é considerada direito de todos os cidadãos, bem como dever do Estado, cuja garantia se dá "mediante políticas sociais e econômicas que visam 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". Reforçando a tese, assim dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.080/90:

> Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

> § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de 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.

Como visto, a saúde está inserida no ordenamento jurídico pátrio em vários dispositivos, sendo caracterizada como direito fundamental, estando intrinsicamente ligado à vida e à dignidade humana com característica universal, ou seja, deve atender a todos os cidadãos, sem exceção. É um direito de natureza prestacional, ou seja, é dever do Estado concretizar o acesso à saúde através de políticas públicas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde, que deve descentralizar a atuação estatal entre a União, os Estados e os Municípios (STF, 2019).

2. COVID-19 EM PENITENCIÁRIAS

Enquanto não existem meios eficazes de se combater o novo coronavírus, a melhor forma de prevenção em ambientes coletivos é não deixar que o vírus se prolifere. Entretanto, realizar a ventilação de ambientes coletivos, o isolamento social e a higienização de indivíduos torna-se um desafio para os sistemas penitenciários que precisam não somente adequar a sua rotina para garantir o acesso à saúde aos internos, mas também ir de encontro ao descaso e à falsa sensação de que os indivíduos com restrição de liberdade também devem ter seus direitos fundamentais oprimidos.

2.1. COVID-19 EM PENITENCIÁRIAS NO MUNDO

Embora o sistema carcerário brasileiro seja uma espécie de modelo a não ser seguido, ao redor do mundo, as penitenciárias também possuem características nada convencionais, principalmente em decorrência do descaso do Poder Público para com esse tipo de indivíduo (WALMSLEY, 2019). Os mais recentes levantamentos apontam que em 2018 existiam cerca de 11 milhões de indivíduos em situação de privação de liberdade em todo o planeta, sendo a extensa maioria em condições desumanas,

com características de super lotação e escassez de serviços mínimos de saúde (WALMSLEY, 2019).

De acordo com Mbembe (2011), grande parte dos Estados utilizam-se do poder para decidir implicitamente quem deve e quem merece morrer, caracterizando a "necropolítica". Nas nações onde não há previsão de pena de morte, são criadas situações específicas para expor à morte determinada classe ou grupo social.

Apesar da falta de transparência por parte de algumas nações em fornecer esse tipo de dado, em pesquisa realizada no mês de maio de 2020, foi possível identificar mais de 23 mil indivíduos infectados pelo novo coronavírus em situação carcerária, divididos em 145 países, onde a maioria, cerca de 17 mil, se encontrava nos Estados Unidos. Ainda de acordo com o levantamento realizado pelo Portal Insider (2021), foram realizadas diversas denúncias por parte de grupos ativistas e ONGs relacionadas a direitos humanos contra o regime totalitário de Bashar Al-Assad, na Síria, onde a pandemia foi utilizada como pretexto para reduzir a população carcerária (PRISON INSIDER, 2021).

Dos 145 países onde foi possível realizar o levantamento de dados, em somente cinco foram encontradas alternativas efetivas de proteção à saúde dos indivíduos, como a redução da visitação e a libertação provisória enquanto perdurar a pandemia, além da testagem em massa da população carcerária. Ademais, nos países onde houve acesso à informação acerca do novo coronavírus, não houve relatos de greves ou rebeliões nas instituições penais (PRISON INSIDER, 2021).

2.2. COVID-19 EM PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS

Recentemente, as precárias condições encontradas no sistema penitenciário brasileiro ficaram mais evidentes por conta da proliferação do novo coronavírus. A situação ganhou maior notoriedade quando o Estado se mostrou resistente quanto à obediência às recomendações internacionais sobre controle e prevenção do novo coronavírus dentro dos presídios. Em virtude da alta taxa de ocupação das penitenciárias brasileiras, é impossível aplicar medidas de distanciamento social. Somado a isso, 31% das unidades prisionais não possuem nenhuma espécie de cuidados ou assistência médica disponível para os detentos (CNJ, 2020).

De acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2021), até o final de 2020, foram catalogados quase 39 mil indivíduos em situação de privação de liberdade portadores do novo coronavírus, dos quais 125 foram a óbito. Quanto aos servidores das unidades prisionais, entre os contaminados encontram-se quase 12 mil indivíduos, com 89 mortes. É necessário ressaltar que esses números não condizem com a realidade. Assim como acontece fora dos muros das penitenciárias, a quantidade de testes realizados é ínfima, trazendo a hipótese de que o número real de infectados é muito maior que o informado nos registros sanitários (SCUCH, 2021)

Sob a ótica dos direitos humanos, o cenário é assustador há décadas e, com a proliferação do novo coronavírus, a tendência é que a situação seja agravada. Por essa razão, em meados de 2020, instituições brasileiras de proteção aos direitos básicos da pessoa humana realizaram uma denúncia coletiva junto à Organização das Nações Unidas e à Organização dos Estados Americanos, condenando a forma como o atual governo resiste em apresentar medidas de prevenção ao avanço da Covid-19 na população carcerária (ITTC, 2020).

No ordenamento jurídico brasileiro, recai sob o Estado a responsabilidade pela saúde das pessoas em situação de restrição de liberdade. De acordo com os artigos 10 e 11 da Lei de Execução Penal:

> Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.
>
> Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.
>
> Art. 11. A assistência será: [...]
>
> II – à saúde;

Além da Lei de Execução Penal, houve a instituição da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade, em 2014, com objetivo precípuo de garantir todo tipo de atendimento às pessoas em situação de restrição de liberdade, organizando desde a forma como se dará o acesso à saúde até mesmo as formas de financiamento e gestão de custos. Entretanto, apesar da legislação em vigor e das políticas existentes para de-

fender a oferta de saúde a pessoas em condição carcerária, somente no ano de 2019, no Brasil havia mais de 1.400 prisões, das quais 80% se encontravam com a capacidade máxima muito acima do recomendado. Ainda no que se refere à totalidade das unidades prisionais brasileiras, metade sequer possui um local próprio para atendimento médico (DEPEN, 2019).

3. MEDIDAS PREVENTIVAS ADOTADAS PELO PODER JUDICÁRIO

É necessário observar que, desde o início da aplicação de penas privativas de liberdade para aqueles que infringissem normas de convívio social, esse tipo de sanção evoluiu ao longo dos anos até subdividir-se em três teorias distintas: A teoria absoluta, segundo a qual a sanção nada mais é do que uma reparação direta e proporcional do mal ocasionado pelo infrator; a teoria relativa, cuja preocupação é evitar que novas infrações sejam cometidas; e a teoria mista, por sua vez, assim como o próprio nome sugere, busca realizar uma alternância entre as duas teorias anteriores, ou seja, punir o indivíduo infrator e, ao mesmo tempo, evitar que ele possa cometer novos delitos (SALES, 2020).

Vale ressaltar que o Código Penal, em seu artigo 59, adota a teoria mista da pena, que assim está descrito:

> Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

De acordo com o previsto no dispositivo mencionado acima, cabe ao Estado punir (reprovar) e ao mesmo tempo prevenir a ocorrência de novos crimes por meio de medidas de ressocialização. Conforme exaustivamente explicitado, as condições apresentadas pelas unidades prisionais brasileiras não favorecem a reinserção do apenado ao convívio social, além de serem totalmente contrárias às recomendações dos órgãos sanitários e ao previsto pelo ordenamento jurídico no que tange à proteção da dignidade humana (SALES, 2020).

Apesar das dificuldades, a ressocialização é uma forma de oportunizar ao apenado uma nova perspectiva de vida. Muito antes da pandemia, com a promulgação da Lei de Execução Penal, o legislador buscou estabelecer medidas que visem a harmonia social, bem como a recuperação dos apenados, representando um enorme avanço no ordenamento jurídico pátrio, principalmente em seu âmbito penal, que estava voltado somente à aplicação de sanções (SOARES, 2016). E a despeito de todas as garantias estabelecidas expressamente em lei, em destaque à saúde, observa-se a falha estatal em garantir condições mínimas de sobrevivência, mostrando a clara defasagem da máquina pública prisional, que atualmente conta com aproximadamente 15% dos estabelecimentos com aptidão para oferecer oportunidades de trabalho e educação para quem cumpre penas privativas de liberdade (SOARES, 2016).

Não obstane a histórica falta de condições do sistema prisional brasileiro, na prática, ainda é possível observar a aplicação de medidas de ressocialização em consonância com a pandemia. No Estado de São Paulo, por exemplo, as aulas presenciais dos alunos em situação de privação de liberdade foram substituídas por apostilas impressas (BARBOSA, 2020).

Por sua vez, no Estado do Paraná, foram adotadas medidas com o auxílio da tecnologia, onde houve a implementação de videoconferências para continuar com a aplicação das aulas, em consonância com os procedimentos adotados pelo ensino à distância. No interior de Minas Gerais, na cidade de Itajubá, por conta da pandemia, os detentos substituíram a confecção de bolas por máscaras, adequando por completo a ressocialização com a necessidade social (BARBOSA, 2020).

Em 2020, o Conselho Nacional de Justiça, em alusão ao artigo 103-B, §4º da CRFB-88, promoveu a recomendação nº 62, objetivando o acatamento dos parâmetros preventivos estipulados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) com relação à população carcerária, que vão desde medidas sanitárias até a possibilidade de desencarceramento, principalmente para indivíduos pertencentes aos grupos de risco (CNJ, 2020).

No tocante ao desencarceramento, de acordo com o levantamento realizado pelo CNJ, no final de 2020, pelo menos 32.500 indivíduos em situação prisional foram liberados em função da pandemia, sendo monitorados eletronicamente ou com regime fechado alterado para prisão domiciliar. Todavia, nem todas as medidas foram bem-vistas pelos internos,

principalmente àquelas cujas orientações remete à interrupção de visitas, interrupção de atendimento junto à advogados e interrupção de auxílio religioso, o que acabou ocasionando motins e rebeliões em várias unidades prisionais. (FALCÃO, 2020).

Outra interessante medida surgiu por força do Ofício nº 864/2020 proferido pelo DEPEN, no sentido de autorizar a utilização de contêineres como alojamento para detentos que apresentem comorbidades (grupo de risco) ou que apresentem suspeita de contaminação pelo vírus. Entretanto, há de se ressaltar que apesar dos esforços em encontrar soluções, esse tipo de espaço tem área menor que as celas comuns e precária circulação do ar, o que vai de encontro às recomendações sanitárias quanto à qualidade do ambiente (COSTA, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental que deve ser concedido a todos os seres humanos, independentemente de sua situação, incluindo nesse rol os que estão em situação de privação de liberdade. Conforme o exposto, na maioria dos países cujo levantamento de dados foi possível, há supressão do próprio ordenamento jurídico, resultando na inaplicabilidade de direitos fundamentais da população carcerária, como suspensão de visitação, paralisação de atividades essenciais e, principalmente, aglomeração em excesso.

As inúmeras ofensas aos direitos individuais que transformam os presídios brasileiros em máquinas genocidas, deixando em exposição a integridade física de centenas de milhares de indivíduos, que ainda precisam conviver com torturas e tratamentos insalubres, coexistem com a inércia dos representantes políticos que negligenciam propositalmente a falta de estrutura como forma de punição contra quem já sofre com as mazelas do sistema carcerário.

Mesmo após o decurso dos anos, a maioria dos governantes continuam com a ideia retrógrada de somente punir aqueles que cometem delitos, em um forte apelo à teoria absoluta da pena. Infelizmente grande parte da sociedade compreende que investir em ressocialização é garantir uma fonte de renda ao detento, em ter um conhecimento sequer acerca do sistema previdenciário brasileiro, quando, na verdade, ressocializar é

beneficiar a sociedade como um todo. É necessário observar que o apenado gera custos para o Estado e que somente cortar gastos que seriam destinados a oferecer condições mínimas de sobrevivência, além de ser uma afronta aos direitos humanos, contribui diretamente para desestimular o indivíduo a retornar para o bom convívio social.

Considerando que o sistema prisional brasileiro se encontra falido em vários aspectos, em meio à uma pandemia cujo patógeno é altamente transmissível, foi necessário adotar medidas a curto prazo, razão pela qual, o Ministério da Justiça e Segurança Pública decidiu por reduzir ou até mesmo cessar as visitações por familiares e realizar a alteração para o regime aberto daqueles que se encontram em regime fechado, devendo ser analisado o caso concreto para avaliar tal possibilidade.

Indo de encontro à flexibilização dessas medidas, encontram-se a inércia de alguns representantes do povo e sua insistência em desrespeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, influenciando diretamente a atuação estatal e instigando a população a reprovar políticas públicas voltadas à proteção da aplicação do direito à saúde. Inevitavelmente, a pandemia deixou cristalina a diferença entre as classes sociais subdivididas pela desigualdade de raça, gênero e condição financeira, onde a máquina punitiva estatal mostra maior poder de repressão contra os mais desfavorecidos, o que evidencia a necessidade de reestruturação/reconstrução de todo o sistema.

É necessário observar que o abandono estatal reflete em todos os sentidos: seja na violação de direitos fundamentais, seja no agente prisional que, em função do salário incompatível com a sua função, se corrompe em detrimento de facções ou deixa de cumprir corretamente aquilo que lhe foi designado. A longo prazo, medidas como a construção de unidades prisionais em acordo com a Lei de Execução Penal são incompatíveis com a urgência que a pandemia exige e com a insuficiência de recursos públicos em meio ao caos econômico. A curto prazo, medidas alternativas como a aplicação do princípio da insignificância, ou até mesmo a designação de magistrados para, especificamente, acelerar a análise da situação de presos provisórios que são inseridos junto aos definitivos, bem como resolver os casos em que há progressão de regime, poderiam representar uma rápida alternativa à superlotação.

Portanto, cabe ao Estado, na posição de garantidor dos direitos básicos da pessoa humana, garantir a vida de todos os cidadãos, assumindo a

gravidade da realidade do sistema prisional e reconhecer a necessidade de observar o lado humano dos indivíduos em situação de cárcere privado, tomando as medidas oportunas para enfrentar a pandemia.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, B. A. et. Al. **O sistema prisional brasileiro frente à pandemia do novo coronavírus.** Disponível em: https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/790/754. Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).** Disponível em: https://www.gov.br/depen/DEPEN/depen/sisdepen/infopen. Acesso em: 6 fev. 2021.

_____. **Decreto Lei nº 2.848. Institui o Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 855.178-SE.** Relator: Min. Luiz Fux, 23 de maio de 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/eProcesso=RE&numeroTema=793. Acesso em: 5 fev. 2021.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Judiciário Nacional se mobiliza para prevenir COVID-19 em presídios.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/judiciario-nacional-se-mobiliza-para-contencao-da-covid-19-nos-presidios/. Acesso em: 3/ fev. 2021.

_____. **Recomendação nº 62, de 17 mar. 2020.** Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246. Acesso em: 29 jan. 2021.

COSTA, Jaqueline. **COVID-19 no sistema prisional brasileiro: da indiferença como política a política de morte.** Belo Horizonte. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-

text&pid=S0102-71822020000100412&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 14 fev. 2021.

ITTC – Instituto terra, Trabalho e Cidadania. **Covid-19 se espalha nas prisões e Brasil é denunciado na ONU e na OEA por catástrofe iminente**. Disponível em: http://ittc.org.br/covid-19-prisoes-brasil-denuncia-onu/. Acesso em: 28 jan. 2021.

_____. **Saúde no cárcere: Pensando nos impactos do encarceramento para além do contexto de pandemia**. Disponível em: http://ittc.org.br/saude-no-carcere-impactos/. Acesso em: 28 jan. 2021.

MALLMANN, Eduarda. **Direito à saúde e a responsabilidade do Estado.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300018. Acesso em: 10 fev. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OPAS Brasil. **OMS afirma que Covid-19 é agora caracterizada como pandemia**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 11 fev. 2021.

REDAÇÃO EDUCADORA. **Sistema prisional paulista adapta método e mantém rotina de estudos durante a pandemia**. Disponível em: https://elimeira.com.br/noticias/limeira/durante-a-pandemia-presos-buscam-ressocializacao-com-aulas-online-nas-cadeias-do-estado/. Acesso em: 29 jan. 2021.

SALES, 2020. **Colapso no sistema prisional brasileiro e a ressocialização do preso.** Disponível em: https://jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/789/770. Acesso em: 19 fev. 2021.

SCHUCH, Matheus. **Número de infectados por coronavírus no Brasil é até 7 vezes maior que dado oficial.** Disponível em: https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/07/02/numero-de-

infectados-por-coronavirus-no-brasil-e-ate-7-vezes-maior-do-que-dado-oficial-revela-estudo.ghtml. Acesso em: 15 fev. 2021.

SOARES, Samuel Silva Basílio. **A execução penal e a ressocialização do preso.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/54559/a-execucao-penal-e-a-ressocializacao-do-preso. Acesso em: 11 fev. 2021.

WALMSLEY, R. **International World Prison Population List Birbeck**. Disponível em: http://www.bbk.ac.uk/news/global-prison-population-soaring. Acesso em: 11 fev. 2021.

O CUMPRIMENTO DO TESTAMENTO VITAL EM RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE TERMINAL X PROTEÇÃO DA VIDA ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Camila Ouro Guimarães[106]
Flávia Lima Xavier[107]

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como premissa o estudo de um tema polêmico, porém relevante para o Direito, bem como para profissionais da saúde, pacientes, familiares e a sociedade geral. O testamento vital é um documento que busca atrelar a necessidade da vontade sobre a saúde do paciente e seu corpo, estabelecendo os procedimentos médicos mediante normas, diretrizes que regulamentam a tomada da decisão, observando os princípios basilares da Bioética, quais sejam Autonomia, Beneficência, Não Maleficência e Justiça. O foco da pesquisa é o estudo acerca do cumprimento do

106 Advogada, pesquisadora social, pedagoga, professora universitária Faculdade CNEC; mestre em Direito e Bioética: UERJ; mestre em Educação: Universidad de Jaén/Espanha; especialista em Direito Constitucional Contemporâneo; Direito e Saúde; Direito e Processo Civil; Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor.

107 Graduanda em Direito pela Faculdade CNEC de Joinville-SC.

testamento vital em respeito à autonomia da vontade do paciente terminal x relativização da proteção da vida enquanto princípio constitucional pétreo. O Direito se reveste através das mudanças oriundas da tecnologia e evolução sociocultural, mediante situações ou fatos dependentes de normas que as regulamente.

Buscou-se, portanto, reunir dados e informações com o propósito de responder de que forma os princípios da Bioética e constitucionais podem refletir ou contribuir na autonomia do paciente diante das convicções em não ser entubado, não passar por manobra cardíaca de ressurreição, e desligar os aparelhos caso seja identificado morte cerebral?

Ainda que o problema apresentado se mostre diante de um dilema enfrentado na condição de irreversibilidade do paciente/paciente terminal, somente a doutrina e a legislação poderão confirmar os resultados estabelecidos. O objetivo da pesquisa está dividido em objetivo geral: pesquisar de que forma esse estudo pode refletir ou contribuir com o tema do trabalho; e objetivos específicos sendo eles: conceituar bioética; analisar os aspectos históricos da autonomia da vontade e a presença da Constituição; verificar as distinções entre testamento vital, eutanásia, distanasia e ortotanásia.

A justificativa do trabalho demonstra a relevância que o tema apresenta diante da realidade atual. Não se trata de conceitos e fundamentos somente por doutrina ou dispositivos. É real a situação se apresenta na prática. A maior justificativa se refere à vida, à pessoa e à dignidade. Esse é o bem que dependem os outros bens. Para o desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas. A classificação da pesquisa será exploratória. Também visa relacionar limitações pessoais e descrever os resultados obtidos, por isso, esta pesquisa tem classificação descritiva. Com base na classificação exploratória descritiva, é possível realizar a base teórica e trazer o que tem de mais recente no assunto descrevendo como isso está relacionado no cenário jurídico, profissionais e entre as pessoas e seus vínculos.

1. OS ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE AUTONOMIA DA VONTADE X PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Segundo Dadalto (2013), o contexto da evolução histórica do surgimento da autonomia da vontade foi o marco mundial da Autonomia da

vontade. Em meados do século XX houve a guerra mundial, terminando com o julgamento dos nazistas no Tribunal de Nuremberg por genocídios cometidos por generais militares e médicos que realizaram experimentações ocasionando a morte de muitos pacientes. Essa história é apresentada aos acadêmicos de Direito logo no início da graduação. Holocausto, assim como também é conhecido, em decorrência de massacre, culminou pela primeira vez, na história com a ideia de autonomia. O médico não poderia mais intervir no corpo de qualquer pessoa sem seu consentimento ou permissão.

No entanto, foi na década de 50 que se definiu o conceito de consentimento informado. Houve discussões envolvendo o fim da vida das pessoas; a sociedade americana denominada pró-eutanásia publicou 17 anos após, *O Massacre*, um manifesto favorecendo a eutanásia mediante registro com o pedido em documento nomeado *living will*, nos Estados Unidos, conhecido por *testamento vital*. Ainda nas palavras da autora, em 1976, o Estado Norte Americano da Califórnia, publicou a primeira lei sobre o documento de manifestação de vontade contendo as informações referentes aos cuidados do paciente terminal. Por sua vez, a lei Califórnia 1976 concede a esse documento um nome, não *living will*, mas *Direct For Fisitions*. E assim, esse documento foi se expandindo diversos lugares até chegar no Brasil.

A referida lei, que regulamentou a autonomia da vontade, segundo Alves (2016), apresentou três formas como requisitos efetivos na manifestação da vontade: *living will*, PRCS (poder permanente do responsável legal ou curador para o cuidado da saúde) e a DACM (sendo advance care medical directive na língua inglesa). Por vezes é preciso levar em conta, na aferição da competência, que a vulnerabilidade do paciente e a angústia provocada pelo diagnóstico confirmador de certas patologias dificultam assertivas categóricas, incontestáveis, quanto à racionalidade e, portanto, quanto à competência. Porém, inequívoco que algum critério de avaliação que permita apurar, com certo grau de confiabilidade ou segurança, se a pessoa sabe o que pode ocorrer, caso decida de forma equivocada, deve ser desenhado. Para o autor, respeitar é dotar de autonomia para que decida de forma consciente.

A Bioética é responsável em cumprir com a função de bem-estar das pessoas, assim como dar ênfase aos assuntos que visem evitar conflitos ou

danos, tanto aos pacientes quanto aos profissionais e familiares. Evidentemente a aplicação, pode ser utilizada para a Autonomia da vontade válida, que é aquela que não sofre influência nem contaminação.

Ainda para Azen e Araújo (2002) *A Odisseia*, de Homero, narra a história de Ulisses, rei da ilha de Ítaca que se juntou a outros gregos na guerra de Troia. Dentre as várias aventuras de Ulisses, há o episódio do canto das sereias, em que navegava próxima a Capri, uma ilha rochosa cheia de sereias, tentando voltar para casa. Sabia-se que o canto das sereias tinha o poder de encantar os homens, que, em busca de sua beleza, se aproximavam das pedras e chocavam o navio contra os rochedos, levando à morte todos que estavam a bordo. Ulisses, então, determinou que todos os marinheiros tapassem os ouvidos com cera enquanto passassem perto da ilha. Mas Ulisses não tapou seus próprios ouvidos: pediu para ser amarrado ao mastro da embarcação e para que não o desamarrassem nem o libertassem em circunstância alguma, mesmo que ele assim ordenasse. Conta o texto que, ao passar próximo à ilha e ouvir as sereias, Ulisses gritava desesperadamente para ser desamarrado, mas seus homens não podiam escutá-lo e, além de tudo, tinham ordens expressas para não obedecê-lo.

O que Azen e Araújo (2002) pretendem com essa passagem da *Odisseia* nos ensina no caso concreto em que o paciente compelido pela dor, determina que lhe façam os procedimentos? É que, mesmo tendo a autoridade de determinar uma atuação diversa de sua vontade real, conhecida e refletida, a pessoa não pretende que tal vontade seja obedecida quando estiver viciada pela dor ou pelo sofrimento. A vontade viciada pela dor e pelo sofrimento não deve prevalecer quando a pessoa antecipadamente de forma informada, refletida e com fundamento em seus valores sociais e espirituais, expõe um determinado comportamento. O risco da vontade não refletida é causar um mal maior do que o bem momentâneo desejado pelo impulso da dor. Faz-se necessário relembrar que a maior parte das religiões declara a existência da vida após a morte, impondo uma visão eterna da vida, através do sofrimento e da resignação. Apesar disso, essa passagem da *Odisseia* não é suficiente para responder a todas as questões postas no dia a dia da medicina. (AZEN; ARAÚJO, 2002)

Logo, importante compreender que, embora a autonomia da vontade tenha alcançado o papel fundamental de extrema importância aos indivíduos, ao mesmo tempo não se limita a isso. Mas passa a ampliar

diversos contextos em torno dos princípios da Bioética, dos avanços da ciência e principalmente no âmbito da biotecnologia, contribuindo para os conceitos atuais em torno do tema. Nesse sentido, vamos exemplificar o contexto da evolução histórica do surgimento da autonomia da vontade.

2. BIOÉTICA E ÉTICA

A Bioética estabelece as diretrizes na qual deve se pautar o estudo da vida e da ética do homem e seu modo de vida e convivência na sociedade, na família ou em seus diversos relacionamentos. Para Leone, Privitera e Cunha (2001), um dos conceitos que definem Bioética, ética da vida, é compreendida como a ciência que tem como objetivo indicar os limites e as finalidades da intervenção do homem sobre a vida, identificar os valores e denunciar os riscos das possíveis aplicações.

Como bem asseguram Rego, Palácios e Siqueira-Batista (2009), através da reflexão feita por Potter, renomado oncologista, o conceito de Bioética se inspira na comparação analógica. Por exemplo, ponte feita entre a natureza, humanidade, unindo pessoas com sabedorias, conhecimentos e valores. Marcondes (2007) apresenta as referências atribuídas por Platão em a alegoria da caverna ao discernir a visão das coisas em a visão das sombras. Fica clara a mensagem de sabedoria, virtude e conhecimento transmitida pelos filósofos, Platão e Sócrates. A visão do sol é mencionada por Sócrates nessa passagem:

> Nos últimos limites do mundo inteligível aparece-me a ideia do Bem, que se percebe com dificuldade, mas que não se pode ver sem se concluir que ela é a causa de tudo o que há de reto e de belo. Acrescento que é preciso vê-la se quer comportar-se com sabedoria, seja na vida privada, seja na vida pública. (MARCONDES, 2007, p. 54).

Conforme explicado acima, é possível verificar os atributos da sabedoria nas palavras dos mencionados filósofos. Marcondes (2007) faz referência a forma de abordagem de Platão comparando com Aristóteles e diante de suas informações esclarece que em Platão, o homem virtuoso é aquele que sabe fazer o bem. Em Aristóteles, ainda que o estudo seja feito

pela natureza humana, para o filósofo, o que se deve é evitar o extremo, o excesso, a falta e adequar à justa medida, é a medida da justiça. Marcondes (2007), no tocante ao texto *Ética a Nicomaco*, permite apresentar sob a ótica de Aristóteles que o discernimento é um atributo, uma qualidade.

Nota-se que o tema é presente na atualidade, porém demanda estudo, mesmo tendo sido objeto de estudo mencionado pelos filósofos da antiguidade. Por sua complexidade, a Bioética deveria ser priorizada como disciplina obrigatória, analisando a importância da relação jurídica da Bioética com os princípios e testamento vital, com maior profundidade. Pois, a ideia de valor moral está interligada com os bons costumes.

Sendo assim, habitualmente, os recém-formados atuantes nas áreas médicas e jurídicas deveriam considerar seus campos de atuação e suas preferências pessoais, o motivo principal do conhecimento em respeito à vida, manter atualização constante com a devida fiscalização de cada órgão. É dessa forma que se conquista a sabedoria, assim como tudo se renova.

3. A ORIGEM DO TESTAMENTO VITAL

De acordo com Dadalto (2013), as diretivas antecipadas de vontade (DAV) constituem um gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro. Ainda nas palavras da autora foi nos Estados Unidos que o documento surgiu e foi batizado de *living will*. Com base nesse documento, os americanos, segundo a autora, passaram a regulamentar e proteger as pessoas na tomada das decisões, garantindo até mesmo o direito individual a morte.

Entende se, portanto, que o testamento vital, serve para a manifestação de vontade ainda que diante da recusa ou aceitação de determinadas intervenções médicas que devem seguir as diretrizes da vontade do paciente. Dadalto (2013), explica que esse documento só pode ser usado na situação em que, o paciente que já tem uma doença muita avançada, um câncer muito avançado com metástase em órgãos nobres, seja o cérebro, seja o pulmão, seja o fígado, e que ele determina por vontade própria que caso ele tenha uma intercorrência maior.

Nas palavras de Lippmann (2013), esse documento não deve ser confundido com testamento civil. Este é de origem patrimonial, enquanto

o testamento vital nas palavras do autor declara a vontade do paciente de forma expressa através desse consentimento que os tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de manifestar sua vontade.

Apesar de o assunto e o comportamento acerca da morte terem adquirido vários contornos, nas palavras de Möller (2007), a questão da morte e o morrer não são de modo algum, uma questão de atualidade. Já no mundo antigo encontra-se essa preocupação e a elaboração de diferentes concepções quanto ao modo de compreendê-la e quanto às atitudes perante ela, razão pela qual se opta por mencionar, a título ilustrativo e de forma bastante simplificada os entendimentos de alguns filósofos da antiguidade em torno da morte. Cloret (2006) dispõe que "O princípio médico, que visa prioritariamente a saúde e a vida do paciente, é o princípio da beneficência, próprio da tradição hipocrático, está sendo questionado".

Nas palavras de Thomas (2013), o testamento vital faz parte das regras hospitalares em vários países como, Portugal, que o documento entrou em vigor em agosto de 2012, autorizando o registro das diretivas antecipadas de vontade. Na Argentina, a legislação sobre o tema tem três anos. Holanda e Espanha também contam com esse dispositivo. Nos Estados Unidos, o testamento vital tem valor legal e existe desde 1970. No Brasil, podem constar do documento vontade, tais como: não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais. O testamento vital, como verificado, não surgiu da noite para o dia, mas é possível afirmar que diante dessa abordagem, há conflitos que somente o judiciário deve resolver.

4. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE TESTAMENTO VITAL E BIOÉTICA

A Bioética teve seu início em 1970, com a publicação das obras do pesquisador e professor norte americano especialista em oncologia, Van Rensselaer Potter. O conceito de Bioética pode ser definido como ética da vida, e funciona como um liame entre pessoas cuja finalidade é facilitar as questões envolvendo conflitos e dilemas, de maneira ética, observando seus princípios, teorias, regras que atuem entre pessoas ou profissionais mediante compreensão de elementos conceituais, fundamentos, princí-

pios ou teorias. Bobbio (2004) afirma que o homem deve ser protegido porque o problema é político. Como bem nos asseguram Beauchamp e Childress (2002), o princípio da Aatonomia não é absoluto. Nesse contexto, a definição abrange subprincípios; a beneficência positiva e a utilidade. Preocupante é que o primeiro estabelece o dever de agir beneficamente, e o segundo, afirma a necessidade de superar os benefícios causados pela ação beneficente.

Não é exagero afirmar que o princípio da não maleficência a exemplo dos médicos em todo esse processo, ocorreu à constituição de uma base em que se funda a ética médica abraçada por Hipócrates. Assim, preocupa o fato de que alguns consideram que nesse princípio se funda todo o sistema moral humano, citando Diego Garcia e São Tomas de Aquino, os quais propuseram fazer o bem e evitar o mal. Todavia, Beauchamp e Childress não concedem tal prioridade elevando-se apenas ao princípio da não maleficência. Isso porque muitas regras de beneficência obrigatória constituem uma parte importante da moralidade.

É interessante afirmar, conforme explicado, que outros princípios estabelecidos na Constituição Federal devem funcionar como um sistema. Como o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo no indivíduo, o sujeito de direitos.

No que se refere às diretivas antecipadas de vontade (DAV), por meio do (CFM, 2012) essa não foi diferente e tem raiz na evolução tecnológica e tratamentos médicos agressivos. A Resolução nº 1.995/12, do Conselho Federal de Medicina, estabelece critérios definidores sobre sua profissão e trata-se ainda, obrigatoriamente, de evitar posturas antiéticas, discorrendo de obstáculos, evitar ambiguidades, adotando os benefícios, conforme consta da observância resolução. Segundo Nunes (2014), as diretivas podem ser divididas em dois grupos. O autor esclare duas hipóteses: afirmação de valor e instrução diretiva.

Nessa época aconteceram fatos importantes, como as publicações das obras de Potter. O contexto histórico aponta algumas pessoas envolvidas através de Bobbio, Beauchamp e Childress, que hoje pode ser comparado ao cenário superado, mesmo estando diante de algumas divergências de opiniões entre autores. Conforme mencionado pelo autor, há uma reflexão construtiva diante das falas dos autores. Em *A Morte Íntima*, contribui para essa construção mediante reflexão e testemunho de sua experiência,

por anos acompanhando pessoas que viviam seus últimos instantes. Hennezel (2004) afirma que as imaginações que as pessoas têm da morte é equivocada, não condiz com a forma que se imagina, pois "quando nada mais se pode fazer, pode-se ainda amar e sentir-se amado".

Conforme explicado, outro aspecto relevante deve ser considerado no preenchimento das DAV (Diretivas da Autonomia da Vontade). Foram abordados pelo estudo realizado por Silveira e colaboradores, que investigaram a prevalência e os preditores da perda da capacidade de tomar decisões e da tomada e decisão ao final da vida, bem como a associação entre as DAV (Diretivas da Autonomia da Vontade) e o cuidado recebido, incluindo a concordância entre as preferências registradas e o tipo da decisão do representante legal tomado no final de vida (SILVEIRA et al., 2010, p. 362).

O Código de Ética, respeitando a dignidade da pessoa humana, manteve a questão relativa à autonomia de vontade, com a preservação do sigilo médico-paciente. Assim, o Conselho Federal de Medicina continua a reconhecer o direito do paciente em decidir pela cessação de sua própria vida quando em estado terminal, sem chances de cura. Prevê a resolução do CFM no parágrafo único do artigo 41: nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou na sua impossibilidade, a de seu representante legal (OLIVEIRA, 2021).

O autor deixa claro que o testamento vital tem sido utilizado no Brasil como possibilidade de morte em conformidade com a vontade autônoma do indivíduo, em casos em que o paciente estará inconsciente e não poderá consentir de forma plenamente capaz. O consentimento informado por meio de testamento vital acaba sendo importante na tomada de decisões por parte dos profissionais da medicina.

Os dispositivos, assim como as medidas terapêuticas inúteis, que apenas abreviariam um estado irreversível, prolongando desnecessariamente a vida do paciente, passam a ser enfrentadas de forma diversa. Trata-se de flagrante desconsideração da ilicitude prevista em lei, que agora prevê, de forma mais humana, a valorização da autonomia do paciente de determinar como será seu processo inevitável de morte, buscando-se uma morte digna.

5. OS ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE AUTONOMIA DA VONTADE X PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE

Toda pessoa tem direito à liberdade de manifestar sua escolha de pensamento, de crença, liberdade de expressão, de mudar de religião ou permanecer nela, liberdade de opiniões sem interferências de qualquer pessoa. De certa forma, a liberdade sem a autonomia da vontade torna-se inútil. Convém mencionar também que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, não limita determinado sujeito para tal direito de liberdade. Diante da afirmativa, está estabelecido:

> (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).
>
> Art. 5º. Inciso II:
>
> 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: [...].
>
> II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Por sua vez, Sarlet (2001) menciona que se observam conflitos entre direitos fundamentais, principalmente da recusa ou opção por determinado tratamento pelo paciente, familiares e médicos, por considerar a vida, o bem supremo no qual estabelece o conceito de dignidade sendo um requisito de valor da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva de cada pessoa que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado com base nos direitos e deveres fundamentais na finalidade de garantir as condições existenciais mínimas. Autonomia e Liberdade fazem parte do constitucionalismo. Movimentos que ocorreram em várias partes do mundo na busca de garantias de direitos.

Na edição da revista de *Bioética de Medicina*, conforme relata o presidente D'Avila (2013), o Ministério Publico (2007) ingressou com Ação Civil Pública em face do CFM (Conselho Federal de Medicina) pleitean-

do nulidade referente ao Consentimento Informado do paciente. O CFM, por sua vez, contestou a ação apresentando, entre outros argumentos, que

> [...] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médico mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna.

Antes que a ação fosse efetivamente julgada, ocorreu a troca do representante do Ministério Público responsável pela condução do processo, e o próprio Ministério Público, em suas alegações finais, também requereu a improcedência da ação. Nesse sentido, em 2010, a ação foi julgada improcedente e foram restabelecidos os efeitos da Resolução nº 1.805/2006 do CFM que, até então, estavam suspensos em razão da decisão liminar proferida em 2007. De forma que, atualmente, há uma decisão judicial definitiva reconhecendo a validade da Resolução nº 1.805/2006 do CFM. Seguem abaixo, resumidamente, as premissas, apontadas pelo Ministério Público, que balizaram a sentença que julgou improcedente a ação. (D'ÁVILA, 2013).

O CFM tem competência para editar Resolução nº 1805/2006, não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares, a ortotanásia não constitui crime de homicídio, do Código Penal à luz da Constituição Federal. No entanto, os médicos ao descreverem exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo transparência e possibilitando controle da atividade médica. (D'Avila 2013).

O testamento vital faz parte das regras hospitalares em vários países. Em Portugal, entrou em vigor em agosto de 2012 uma lei federal que autoriza o registro das diretivas antecipadas de vontade. Na Argentina, a legislação sobre o tema tem três anos. Holanda e Espanha também contam com esse dispositivo. Nos Estados Unidos, o testamento vital tem valor legal e existe desde 1970. No Brasil, podem constar do documento vontade, tais como não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais (THOMAS, 2013).

CONCLUSÃO

Um tipo de melhoramento que pode ter efeitos benéficos significativos é o melhoramento cognitivo, por exemplo, por meio do uso de diagnóstico genético pré-implantacional. Claro que dependendo da definição que se dê para melhoramento é possível ver também a vacinação como uma forma de aperfeiçoamento – no caso, do sistema imunológico –, e esse seria outro melhoramento biomédico que poderia ajudar a reduzir riscos existenciais. Supondo que não tenhamos que lidar com grandes riscos existenciais, teríamos ainda assim direito de usar tecnologias de melhoramento? Por quê? Sim, se o uso de melhoradores incrementar o desenvolvimento humano e nos permitir viver vidas mais ricas, inteligentes e completas. Evidentemente, não há uma razão moral para promover melhoradores que proporcionem apenas vantagens posicionais, uma situação em que uma pessoa é tornada melhor apenas em relação a outras. Se uma pessoa tem dentes perfeitamente brancos e alinhados, os dentes de todo o Nick Bostrom é diretor do Instituto Futuro da Humanidade e do Programa sobre o Impacto de Futuras Tecnologias, ambos da Universidade de Oxford.

Autor e editor de muitas publicações, entre as quais *Melhoramento humano* (*Human Enhancement*) e *Riscos catastróficos globais* (*Global Catastrophic Risks*), Bostrom é um dos fundadores do movimento trans-humanista, que advoga o direito – e também a necessidade – de que as pessoas se aperfeiçoem moral, física e intelectualmente com o auxílio de biotecnologias. Na avaliação do filósofo, os riscos de extinção que a espécie humana enfrenta ou enfrentará no futuro devido a ameaças de variados tipos são razão suficiente para que as tecnologias de melhoramento humano sejam eticamente defendidas. Nessa entrevista, ele fala que se todos forem mais saudáveis, felizes e inteligentes, isso pode levar a uma enorme rede de ganhos, porque esses melhoramentos proporcionariam mais que ganhos posicionais.

Atualmente, as opções de melhoramento biomédico são limitadas. Melhoramentos efetivos para pessoas saudáveis estão disponíveis em algumas poucas áreas, notadamente nos esportes: por exemplo, esteroides anabolizantes podem fazer crescer a massa muscular e eritropoietina pode aumentar a contagem de células vermelhas no sangue. A cosmética é outra área em que melhoramentos são possíveis. O humor pode ser melhorado por curtos períodos com álcool e diversas outras drogas. A energia mental pode

ser incrementada também por curtos períodos com estimulantes, como cafeína ou modafinil (este último pode ainda potencializar a memória para o trabalho). Frequentemente, há uma relação de perda e ganho envolvida: por exemplo, ganhos de curto prazo ao custo de possíveis efeitos negativos em longo prazo. Os benefícios provindos de um melhorador particular também variam bastante entre diferentes indivíduos. Por exemplo, o Adderall pode melhorar de modo muito útil a habilidade de algumas pessoas para se concentrar, mas pode ter efeitos deletérios em outras pessoas.

A personalização seria necessária para se obter as maiores vantagens nesses casos: não se trata, portanto, de uma situação em que a mesma medida serve para todos. Não seria moralmente necessário garantir acesso universal a essas tecnologias? Não há riscos relacionados à seleção de algumas pessoas para desfrutarem desses benefícios? A situação é talvez comparável à de outras tecnologias médicas. Pessoas que vivem em países ricos têm acesso a caros medicamentos para o tratamento de câncer e a procedimentos cirúrgicos como transplante de órgãos que são negados à maioria dos pobres do mundo. Pessoas ricas podem também enviar seus filhos a escolas de elite. Uma pílula pode ser bem mais barata que boa educação, e assim mais fácil de ser universalmente oferecida.

REFERÊNCIAS

ALVES, C. A. Linguagem, diretivas antecipadas de vontade e testamento vital. **Uma interface nacional e internacional. Rev Bioethikos.** São Paulo, ano 2016, v. 17, n. 2, p. 259, 6 jul. 2016.

AZEN, Marcus; ARAÚJO, Fernando. As sereias e a odisseia: como resistir ao canto da Sereia. **Http://eradaincerteza.blogspot.com.br/2012/11/as-sereias-naodisseia-de**, Coimbra: Almedina, ano 1999, 18 nov. 2002. blogspot.com. br, p. 121. Disponível em: http://eradaincerteza.blogspot.com.br/2012/11/as-sereias-naodisseia-de. Acesso em: 30 mar. 2021.

BEAUCHAMP, Tom. L.; CHILDRESS, Tom. **Princípios de bioética**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo, 2002.

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

BRASIL. Ministério Público. Conselho Federal de Medicina. 1.805/2006. Ação Civil Pública. **Nulidade de consentimento médico**: Consentimento Informado do Paciente, CFM, 2007.

CARVALHO, Paulo Antonio de. **Melhoramento Humano**. 2013. Bioeticistas e a priorização de recursos de saúde no sistema público de saúde brasileira, Forte. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/573/545. Acesso em: 25/03/2021.

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: Uma aproximação. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. 246.p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução: Diretivas antecipadas de vontade. **Tratamentos médicos**: posturas antiéticas, BRASIL, ano 12, ed. 1995, 2012.

CONSTITUIÇÃO REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 13.874**, Emenda constitucional nº 107/2020, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de documentação 2019. Brasília-DF: Senado Federal, 2019, p. 498, 5 out. 1988.

DADALTO, L. **Testamento vital**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2013.

D'AVILA, Roberto Luiz. Diretivas antecipadas de vontade: **Revista de humanidades médicas**. Domingo: Desafios éticos das biotecnologias, Brasília-DF, v. 4, p. 84, 2013.

ELISA, Villas Boas Maria. **Justiça distributiva**. Critérios de alocação de recursos escassos em saúde e suas críticas, 2013. Disponível em: <http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_2/VillasBoas.pdf> Acesso em: 25 mar. 2021.

FORTES, P. A.; ZOBOLI, E. A study on the ethics of micro allocation of scarce resources in health care. **Medical Ethics**, 2013. Zoboli. Disponível em: www.portalmedico.org.br:http://jme.bmj.com/content/28/4/266.full.pdf+html?sid=8eb7c0e3-8717-4da7-b2cf-6115d8645a97. Acesso em: 25 mar. 2021.

GILLON, Raanan de. Justice and allocation of medical resources. 2013. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1416877/pdf/bmjcred00458-0038.pd. Acesso em: 25 mar. 2021.

HENNEZEL, M. **A morte íntima**. 2a ed. São Paulo: Ideias e Letras; 2004.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**. São Paulo: Matrix, 2013.

MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito a Morte com Dignidade e Autonomia**. Juruá Editora, 2007

OLIVEIRA, Leopoldo Luís Lima. O novo Código de Ética Médica e o respeito ao consentimento informado e esclarecido dos pacientes. **Revista Jus Navegandi**. Teresina, ano 24, n. 5803, 22 maio 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/74075. Acesso em: 25 mar. 2021.

PORTO, D. Bioética é essencial? [Online]. **SciELO em Perspectiva: Humanas**, 2017. Disponível em: https://humanas.blog.scielo.org/blog/2017/05/26/bioetica-e-essencial/. Acesso em: 30 mar. 2021.

SILVEIRA, M. J. et al. Advance directives and outcomes of surrogate decision making before death. **N Engl J Med**. V. 362, n. 1, 2010.

SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coords.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva 2012. p. 184.

VIEIRA. Luiz Octávio Motta Ferraz; SULPINO, Fabiola. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S001152582009000100007&script=sci_arttext. Acesso em 25/03/2021.

VIEIRA, Ticiana Garcia Fernandes. **Diretivas antecipadas de vontade**: um estudo de revisão de literatura à luz da Bioética. 2018. 90 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

LAICIDADE E PROTEÇÃO ÀS MINORIAS: A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA NO BRASIL DO SÉCULO XXI

Antonio Celso Baeta Minhoto[108]
Nilson Tadeu Reis Campos Silva[109]

INTRODUÇÃO

A religião sempre esteve presente nos relacionamentos humanos, inclusive nos conflitos e manifestações de intolerância. Neste estudo, busca-se tracejar uma visão sobre religião, liberdade religiosa e tolerância, destacando de modo especial o relacionamento entre os adeptos de grupos religiosos minoritários. O trabalho objetiva, ainda, analisar a dinâmica da tolerância no contexto da laicidade estatal, a discorrer sobre os desdobramentos e perspectivas provocadas por essa dinâmica.

---

108 Doutor em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos (Instituição Toledo de Ensino); mestre em Direito Político e Econômica (Universidade Presbiterana Mackenzie); professor titular da Universidade Municipal de São Caetano do Sul; professor convidado das Universidades de Liège e Leuven, Bélgica e Anahuac, México; coordenador da Pós-Graduação em Direito EAD da Universidade Cruzeiro do Sul.

109 Pós-doutor em Ciências Histórico-Jurídicas (Universidade de Lisboa); doutor em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos (Instituição Toledo de Ensino); professor associado da Universidade Estadual de Maringá; professor visitante do Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Tema de constante interesse ao longo da História, mas pouco pesquisado no Brasil, a religião, a tolerância e a liberdade parecem estar recebendo maior atenção e interesse, não somente no ambiente acadêmico, mas na sociedade de um modo geral. Neste estudo, serão analisados aspectos da liberdade religiosa para se examinar a situação das religiões afrobrasileiras, frente ao crescente contingente de evangélicos, estabelecendo entre tais grupos um relacionamento que tem se revelado conflituoso e cujos desdobramentos futuros são incertos.

A tolerância é aspecto final a ser aqui abordado, na busca de respostas: estaríamos frente a uma espécie de retorno aos tempos de perseguição religiosa, tal como na Europa dos séculos XV e XVI, e que culminaram na reforma protestante? Ainda que o âmbito da comparação ora proposta seja menor em suas proporções e características, não se pode deixar de analisar se, ao menos estruturalmente, existe essa identificação com eventos passados. Essa tolerância, ainda mais, deve ser vista no contexto de um Estado fundamentalmente laico, mas que, tal como o direito, já não pode mais pretender-se neutro, sob pena de perder importantes conquistas contemporâneas, como, no caso, a dignidade da pessoa humana como um de seus vetores fundamentais.

1. RELIGIÃO E RELIGIOSIDADE E AS RELIGIÕES NO BRASIL: OS EVANGÉLICOS, AS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS E A (IN)TOLERÂNCIA RELIGIOSA

A religião e o sentimento de religiosidade são tão inerentes à caminhada do homem na Terra que se deve ajustar o foco de qualquer análise a fim de se evitar uma sucessão de clichês. Daí ser aconselhável não trazer ou tentar trazer aqui definições, mas algumas ideias conceituais sobre tal tema.

Sem pretender esgotar a temática, é preciso mencionar algumas ideias sobre o que seria religião ou sobre o sentimento de religiosidade, sobre a busca de uma conexão com o sagrado, com o divino, algo importante para situar questionamentos futuros e para possibilitar aprofundar de modo mais adequado alguns aspectos do tema.

Friedrich Schleiermacher afirma ser a religião "um sentimento ou uma sensação de absoluta dependência" (2000, p. 23.), afirmação que não parece ser inverídica, mas que, ao mesmo tempo, não se mostra tão com-

pleta quanto seria o ideal neste campo. Imaginar o sentimento de religiosidade apenas e tão-somente como uma manifestação de dependência, de carência e até mesmo de subserviência, de fato soa incompleto.

Buscando essa completude, pode-se valer da síntese de Helmut Von Glasenapp, mais ampla, talvez menos formal, do que a de Friedrich Schleiermacher, na defesa de ser religião "a convicção de que existem poderes transcendentes, pessoais ou impessoais, que atuam no mundo, e se expressa por insight, pensamento, sentimento, intenção e ação" (*apud* GAARDER; HELLERN; NOTAKER, 2002, p. 17). A religião, de qualquer maneira, e seja qual for o modo ou forma de sua manifestação, sempre busca ao menos dois elementos: a transcendência e a conexão (ou reconexão).

A transcendência retira o crente de sua condição humana comum, até mesmo inferior e o alça a algo pretensamente superior, elevado, livre das "impurezas" ou das falhas daquele que busca tal transcendência, o crente. A conexão é consequência da transcendência. Uma vez elevado de sua condição humana comum, o rito, o meio, a forma escolhida pelo religioso, ou crente, visa estabelecer sua conexão com esta esfera superior, extra mundo, com a qual quer manter contato e ligação. É neste ponto da junção dos elementos acima dispostos, que se observa o surgimento de um elemento importantíssimo na vivência religiosa: a ser a noção do sagrado.

Remontando à própria morfologia do termo, Jostein Gaarder, Victor Hellenr, e Henry Notaker expõem que "sagrado indica algo que é separado e consagrado; profano denota aquilo que está em frente ou do lado de fora do templo" (2002, p. 19). Mas é Rudolf Otto quem, sobre tal concepção, traz a observação mais interessante:

> O sagrado é aquilo que é totalmente diferente de tudo o mais e que, portanto, não pode ser descrito em termos comuns [...] É uma força que por um lado engendra um sentimento de grande espanto, quase de temor, mas por outro lado tem um poder de atração ao qual é difícil resistir (1985, p. 32.).

2.1. RELIGIÃO E MAGIA

A encerrar este tópico, comenta-se um último termo frequentemente associado à religião: a magia, embora nem todas as religiões se valham de

tal noção para expressar suas próprias concepções sobre o sagrado e a busca de conexão com este aspecto, mas é, de todo modo, um termo presente neste campo de ideias e deve ser levado em conta.

Como se depreende da citação de Jostein Gaarder, Victor Hellenr, e Henry Notaker, magia é algo diverso de religião, podendo mesmo, a depender do contexto, ser algo contrário à religião, especialmente se estar for concebida de um modo mais ortodoxo ou tradicional:

> Magia é uma tentativa de controlar os poderes e as forças que operam na natureza. Costuma-se encontrar a magia em contextos religiosos, e é difícil traçar uma linha divisória nítida entra a religião e a magia, entre uma reza um encantamento. A distinção que mais sobressai é o fato de, na religião, o indivíduo se sentir totalmente dependente do poder divino. Ele pode fazer sacrifícios aos deuses ou se voltar para eles em oração; porém, em última análise, deve aceitar a vontade divina. (2002, p. 25).

Os autores acima citados concluem:

> Quando, por outro lado, o ser humano se vale dos ritos mágicos, ele está tentando coagir as forças e potências a obedecer à sua ordem – que com frequência consiste em atingir finalidades bem concretas. Desde que os rituais mágicos sejam realizados corretamente, o mago acredita que os resultados desejados decerto ocorrerão, por uma questão de lógica. Se ele falhar, irá culpar um erro em seu ritual, ou o uso de um feitiço mais forte contra si. (2002, p. 25).

Sem dúvida, a distinção pode se revelar tormentosa, porque ambos os sentimentos, religião e magia, buscam uma conexão transcendental que os une de modo bastante próximo. Agregue-se a isso, ainda, a conexão a um espaço comum, um solo ancestral em que rituais são executados de modo regular e de geração em geração. Além disso, há o pertencimento de um indivíduo a um grupo que reparte, convive e participa das mesmas concepções do sagrado, do divino e do mágico e, assim, tem-se ainda uma terceira situação na qual todos esses elementos se entrecruzam.

3. RELIGIÕES EVANGÉLICAS E RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS

Mercê da aparente oposição entre o universo constitutivo das crenças evangélicas – fundadas no conceito de sagrado que é apenas contemplado e compreendido pelo homem através da interpretação da Bíblia – e o das práticas dos cultos da Umbanda e Candomblé – em que há a manipulação de forças extra mundo ou mágicas para determinado fim transcendental através da reiteração de ritos ancestrais – deve-se analisar por onde se instaura a polêmica entre ambas, a fim de tracejar hipótese de ocorrência de discursos de intolerância neste contexto.

Candomblé e Umbanda, de origem africana e desenvolvidas no Brasil graças à cultura dos negros escravos trazidos e que, em território nacional desenvolveram-se de maneira peculiar (e com relevantes distinções) e, paulatinamente, foram se desprendendo de sua matriz africana, para serem religiões calcadas na magia e na prática de rituais, sem o que a transcendência e a conexão antes comentadas não se realizam.

Não há sentido, portanto, para um adepto de tais religiões, renunciar a atos e procedimentos que são absoluta e rigorosamente vitais à própria existência de sua fé e de sua crença. São justamente tais aspectos, repita-se, fundamentais a tais religiões, que as colocam em situação de atrito com os evangélicos, como ver-se-á adiante, muito embora se reconheça, desde já, que se trata de um atrito de defesa (religiões afro) em face de um ataque (evangélicos). Isto porque as religiões evangélicas fundam seus dogmas na palavra revelada, sendo a palavra de Deus a única verdade a ser seguida por aqueles que buscam conexão com o sagrado. De origem norte-americana, e desenvolvidas de forma peculiar na América do Sul, em que pese diversidade de procedimentos para compreender as lições bíblicas, estes aspectos fundamentais acima traçados são o ponto comum entre todas as suas vertentes.

Sob o ponto de vista evangélico, portanto, é inconcebível os homens se entendam capazes de alterar e interagir diretamente com aquilo que é sagrado, o que pressupõe a pureza que só pode ser atingida compreendendo, aceitando e agindo conforme a palavra revelada interpretada de acordo com seus pressupostos de fé.

De acordo com Dominique Maingueneau, ao se abordar a heterogeneidade constitutiva de todos os discursos, vai se tratar da intercompreensão discursiva como a própria condição de possibilidade das diversas posições enunciativas:

> Quando se considera o espaço discursivo como rede de interação semântica, ele define um processo de *interincompreensão* generalizada, a própria condição de possibilidade das diversas posições enunciativas. Para elas, não há dissociação entre o fato de enunciar em conformidade com as regras de sua própria formação discursiva e a de 'não compreender' o sentido do enunciado do Outro; são duas facetas do mesmo fenômeno. No modelo, isso se manifesta no fato de que cada discurso é delimitado por uma grade semântica que, em um mesmo movimento, funda o desentendimento recíproco. (2005, p. 103).

Uma vez instaurada a polêmica entre o discurso dos evangélicos e das religiões afro-brasileiras, há que se considerar que a infraestrutura operacional dos primeiros possui o condão de anular ou desautorizar o discurso do outro, provavelmente valendo-se deste mecanismo de oposição no que concerne à manifestação de fé e religiosidade, dando a entender que a sua forma de acesso ao sagrado é a mais adequada e deve prevalecer.

O termo "polêmica" deve ser compreendido no sentido que lhe é conferido por Dominique Maingueau a respeito de análise do discurso:

> No nível em que nos situamos, a noção de 'polêmica' não coincide com o que se entende habitualmente por isso (controvérsia violenta), que é apenas um dos aspectos de um fenômeno mais geral, o das relações explícitas entre duas formações discursivas. (2005, p. 111):

Dominique Maingueau (2005, seg.) assevera que "polêmica", para além do nível dialógico de todos os discursos, é responsável pela heterogeneidade "mostrada", a citação no sentido mais ampla, tal como ocorre no discurso evangélico quando se apropria de trechos das práticas das religiões afro-brasileiras para desautorizá-las.

Dois aspectos já trabalham, de plano, desfavoravelmente às religiões afro-brasileiras na análise da polêmica instaurada:

a) os evangélicos são um grupo em franca ascensão. Com dados do IBGE, observamos que os evangélicos eram 6,6% em 1980 e nos anos 2000 representavam 15,4% da população. Os adeptos das religiões afro, por outro lado, experimentaram percurso inverso. Eram 0,6% em 1980 e recuaram para 0,3% da população nos anos 2000.

Para o Censo de 2010, os números acima só se confirmaram em seu aspecto de crescimento: protestantes (com forte ingresso dos evangélicos), foram para 22,2%; católicos recuaram para 64,6% e religiões afro-brasileiras sequer foram tratadas como grupo autônomo, estando dispersas entre espiritismo (2,1%) e outras religiões (3,2%). Veja-se:

Religião	1980	1991	2000	2010
Católicos	89,2	83,3	73,7	64,6
Evangélicos	6,6	9,0	14,4	22,2
Espíritas	0,7	1,1	1,4	2,1
afro-brasileiros	0,6	0,4	0,3	----
outras religiões	1,3	1,4	1,8	3,2
sem religião	1,6	4,8	7,3	9,2
Total	100%	100%	100%	100%

Fonte: IBGE, Censos Demográficos. 2010

b) os evangélicos, nada obstante a extensa variedade de denominações, comungam de valores muito aproximados, assim como estruturam seus cultos de modo semelhante, e é justamente neste ponto que entra a maior fonte de problemas para as religiões afro-brasileiras: os evangélicos adotam como dogma religioso o combate aos cultos afro-brasileiros, denominados pejorativamente de "*macumba*" e "*macumbeiros*", promovendo, inclusive, a divulgação de casos de "*ex-pais-de-santo convertidos*" e campanhas de evangelização de bairros inteiros, visando fechar terreiros de candomblé e umbanda, bem como buscando converter seus antigos praticantes aos dogmas evangélicos.

Ricardo Mariano afirma que

> Muitas igrejas neopentescostais têm crescido às custas das religiões afro-brasileiras, sendo que para uma de suas mais bem-sucedidas versões, a Igreja Universal do Reino de Deus, o ataque sem trégua

> ao candomblé e à umbanda e os seus deuses e entidades é um constitutivo de sua própria identidade. (2001, p. 75)

A macumba é uma religião, de caráter sincrético, oriunda da África, mas que adquiriu, no Brasil, uma certa significação ofensiva e desqualificadora com relação especialmente ao Candomblé e à Umbanda. João do Rio comenta:

> [...] ainda ao tempo das reportagens de João do Rio os cultos de origens africanas no Rio de Janeiro chamavam-se, coletivamente, candomblés, como na Bahia, reconhecendo-se contudo, duas seções principais: os orixás dos cultos nagôs e os alufás dos cultos muçulmanos (malês) trazidos pelos escravos. Mais tarde, o termo genérico 'macumba' foi substituído pelo termo "Kiumbanda". (1976, p. 56.).

Antigamente, quando prevalecente a dogmática católica, o diabo era uma figura que personificava um mal inidentificável, impessoal, sem local ou momento determinado, mas, ao mesmo tempo, presente em todas as ações malignas do homem. Poderia estar, literalmente, em qualquer lugar, em qualquer homem, em qualquer ação que não fosse inspirada pelos ideais cristãos.

Os evangélicos, nesta nova configuração, tiram o diabo dessa situação de não-identificação para localizá-lo objetivamente nas religiões africanas. Passam a construir um dogma claro neste sentido: ali está o mal e como o bom fiel deve prestigiar o bem e combater o mal, torna-se conclusão natural e lógica que o "bom" evangélico combata, como e quando puder, as manifestações oriundas dos cultos africanos ou de origem africana, eis que estas são manifestações diabólicas, "do mal".

Quando se reúne sob uma só análise os dois aspectos acima, vê-se que as religiões afro-brasileiras estão sob forte pressão no Brasil contemporâneo inclusive quanto à sua própria existência.

Hoje a questão já não parece mais ser a aceitação social e cultural de adeptos do candomblé ou da umbanda, mas a coexistência com outras religiões, especialmente as diversas igrejas evangélicas, que procuram abafar e desautorizar o discurso do outro.

4. MINORIA RELIGIOSA E RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS

Minoria é algo hoje presente nos mais variados discursos e nos mais variados campos de estudos: não por acaso, muitas das ideias e conceitos aqui expostos foram fruto de intensos debates nas aulas ministradas pelo professor Vidal Serrano Nunes Junior no programa de doutorado da Instituição Toledo de Ensino (Bauru, SP), dentre os doutorandos Antonio Borges de Figueiredo, Antonio Celso Baeta Minhoto, Cleber Sanfelice Otero, e Fábio Alexandre Coelho.

Por ter a minoria um conceito fundamentalmente ligado à inclusão social, ou não tem recebido um enfoque científico mais adequado, ou torna-se refém de toda sorte de abordagens, o que não é algo propriamente nocivo – mas que pode gerar uma perda de objetividade na sua análise.

Pelas mesmas razões que nesta investigação não se fez uma definição de religião, evitar-se-á definir minoria. Ocorre que, filosoficamente, a busca de uma definição é sempre uma empreitada mais complexa eis que, em si mesmo, definir exige colocar limites mais rígidos no objeto sob análise, ou seja, colocar *fins* no sentido de lhe delimitar a existência, na célebre observação de Ludwig Wittgenstein (2001, p. 53.). Já conceituar permite uma visão mais pessoal, ainda que se valendo de aspectos técnicos razoavelmente firmes de informação, tornando a sentença final algo mais plástico, menos rígido e fechado do que uma definição, sem, contudo, perder seu sentido e utilidade maior que é justamente o de nortear o pesquisador no manejo dos elementos de seu estudo, conferindo-lhe as principais características do objeto examinado.

A ONU, através de Resolução, ainda no ano de 1954, buscou conceituar o termo minoria e o fez afirmando ser a designação para "aqueles grupos não dominantes dentro de uma população, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas marcadamente diferentes do resto da população". É uma colocação histórica e importante, especialmente porque emanada de instituto supraestatal de inegável relevância e respeitabilidade, porém não é adequada à configuração atual das sociedades.

De todo modo, de um ponto de vista didático e levando-se em conta o contraponto acima exposto, pode-se dizer que um grupo minoritário apresenta as seguintes características:

- Incapacidade de autoproteção: as minorias se mostram incapazes, no mais das vezes ao menos, de se protegerem e de protegerem seus interesses de modo independente ou autônomo.
- Demandantes de especial proteção estatal: justamente em decorrência de uma reconhecida e notória incapacidade de articulação e autonomia na busca de defesa de seus interesses, os integrantes das minorias demandam especial atenção do Estado, manifestada através de mecanismos, de instrumentos, de estruturas cujo escopo final seja oferecer aos integrantes destas minorias, tal como aqui exposto, as mesmas oportunidades oferecidas aos não integrantes destes grupos.
- Vulnerabilidade social: por diversas e variadas razões, ou por vezes em decorrência de poucos motivos, o integrante de uma minoria encontra-se em situação de vulnerabilidade social.

O que seria vulnerabilidade social? Muniz Sodré defende ser a vulnerabilidade social caracterizada pelo fato de o grupo minoritário "não ser institucionalizado pelas regras do ordenamento jurídico-social vigente", e que, por isso e segundo o mesmo autor, "pode ser considerado 'vulnerável', diante da legitimidade institucional e diante das políticas públicas. Donde sua luta por uma voz, isto é, pelo reconhecimento societário de seu discurso (2005, p. 11.).

Distanciamento do padrão hegemônico: esta outra característica das minorias tem a peculiaridade de gerar efeitos deletérios aos integrantes das minorias, ainda que estes nenhum tipo de ação tomem com relação a si mesmos frente a este padrão. É uma ação involuntária com relação a tais indivíduos e atuante de modo "automático" por parte da sociedade majoritária, ou seja, a sociedade como um todo, excluídas as minorias.

Opressão social, cujos graus serão variáveis e diferenciados em face de cada grupo minoritário, bem como em face de diversas variáveis, muitas delas altamente subjetivas e prenhes de aspectos mutáveis, o que torna sua própria dinâmica movediça e frequentemente imprevisível.

Assim, nos limites do presente estudo e para os fins de discussão aqui propostos, pode-se ofertar um conceito de minoria cujo sentido de existência é nortear uma ampliação do estudo desta temática e proporcionar, se possível, uma visão cientificamente aceitável, abrangente o suficiente e útil para uma reflexão dentro deste escopo analítico.

Destarte, minoria é um segmento social, cultural, religioso ou econômico vulnerável, incapaz de gerir e articular sua própria proteção e a proteção de seus interesses, objeto de pré-conceituações e pré-qualificações de cunho moral em decorrência de seu distanciamento do padrão social e cultural hegemônico, vitimados de algum modo e em graus variados de opressão social e, por tudo isso, demandantes de especial proteção por parte do Estado.

Aplicando tais elementos que caracterizam determinada manifestação social como minoria, vale utilizá-los para compreender quais fatores empíricos fazem com que as religiões afro-brasileiras sejam reconhecidas como minorias dentro do campo discursivo das crenças religiões. Buscando elementos no processo histórico, desde logo é possível constatar-se que não se observa um surgimento concomitante de liberdade religiosa e proteção às minorias religiosas, como seria de se supor, mesmo no âmbito do constitucionalismo e da proteção estatal ofertada à sociedade no bojo do ideário típico das revoluções do final do século XVIII, sendo certo que a ideia de proteção a minorias religiosas vai surgir bem mais à frente, especialmente com a revalorização do ideal democrático observado, basicamente, do final da 2ª Guerra Mundial até os tempos presentes.

Partindo para as especificidades que circundam o objeto deste estudo, observa-se, com Contreras Mazario (2004, p. 147), uma diferenciação bastante importante no estudo e que se volta para o fato de que algumas minorias buscam sua completa aceitação e inclusão na sociedade de um modo geral enquanto outras perseguem a preservação de seus valores, não hegemônicos, num meio que lhes é naturalmente hostil ou pelo menos não receptivo.

Pode-se mencionar o exemplo dos negros e da cultura de origem africana: já é realidade no Brasil a normatização, a edição de leis e de regramentos formais, de natureza jurídica, regulando a inserção do estudo da cultura africana como elemento curricular regular no ensino fundamental e médio de nossas escolas. Assim, tal medida visa gerar uma aceitação e uma homogeneização dessa cultura afro de modo a torná-la integrante da cultura chamada de dominante ou normalmente difundida na sociedade de um modo geral. Desinteressa a este tipo de segmento social, deste modo, uma postura puramente preservacionista, eis que tal medida poderia gerar um isolamento de suas manifestações, distancian-

do-a, assim, de uma virtual (e desejada) junção com a cultura ou com os valores culturais vigentes.

Uma vez constatada a tendência de recepção pela sociedade do ideário das culturas africanas no Brasil, natural que as práticas religiosas da Umbanda e Candomblé passem a vir à tona, na medida em que seus praticantes se sintam mais confiantes em ostentar seus mecanismos de fé, que antes eram abafados em virtude da predominância avassaladora do eurocentrismo e sua visão de mundo, inclusive no que concerne à noção de sagrado.

Como se sabe, aquilo que resta escondido, abafado discursivamente, não ocupa a atenção daqueles que pretendem a hegemonia de suas crenças e ideologias. Porém, quando os excluídos pedem voz, os sinais de intolerância vêm à superfície, surgindo a necessidade de proteção desta minoria religiosa que se manifesta.

5. TOLERÂNCIA

Uma questão candente é saber até que ponto o embate evangélicos *versus* religiões afro-brasileiras é algo, em sua essência, característico e típico do Brasil, ou se está a assistir apenas a uma das possíveis manifestações de uma intolerância generalizada presente na humanidade contemporânea e que aqui, no Brasil, encontrou na religião somente um campo fértil.

Veja-se que o genocídio em Ruanda, em 1994, surgido ao final de uma guerra civil e motivado por questões eminentemente culturais, comunitárias e históricas, possuía um pano de fundo religioso também, mesmo que indireto. Do mesmo modo, os conflitos observados na Bósnia e região dos Balcãs, de 1992 a 1996, possuíam forte ingrediente religioso, incluindo até mesmo a famigerada *faxina étnica,* consistente em estupros sistemáticos praticados pelo exército sérvio, de maioria cristã ortodoxa, contra mulheres bósnias, de maioria muçulmana. O objetivo era étnico, mas a motivação era religiosa. O elemento muçulmano "manchava" ou maculava a sociedade que se buscava "limpar".

Sem contar o conflito entre árabes e judeus, de notória origem religiosa, mas também étnica, cultural e histórica, de há muito com ares de manifestação eterna e sem horizonte de mudança. No mais recente lance, está o Irã, uma das maiores nações muçulmanas do mundo, em

embate aberto com Israel e EUA envolvendo o enriquecimento de urânio e eventual produção de uma bomba ou de armamento atômico. O que é *visível* é o aspecto militar, mas a religião funciona como um pano de fundo permanente, como um fio condutor sem o qual não se consegue entender minimamente as razões de tais conflitos e de tais diferenças.

Mesmo em países mais desenvolvidos, como a França, por exemplo, a condição de atrito permanente entre muçulmanos – em sua grande maioria não-franceses ou imigrantes – e os franceses, que querem preservar a laicidade de seu estado, é algo a ser levado em conta.

Uma conclusão possível, já neste ponto, é que se está diante de tema de antigo trato e fundamental quando se concerne a analisar quaisquer tipos de questões envolvendo religião, ainda mais especialmente aquelas ligadas a minorias religiosas, mas está longe de ser algo planificado e sedimentado desde o seu princípio, ainda que possa parecer uma ideia simplesmente fundamental para a vivência pacífica não só das crenças diversas entre si, mas mesmo da sociedade humana.

Já no Mundo Antigo, pensadores de peso defendiam a tolerância religiosa, algo especialmente desafiador numa época em que havia até mesmo deuses domésticos (*penates* e *lares*, notadamente em Roma), razão pela qual deve-se tomar essa indicação como algo pontual apenas.

Nada obstante, a Idade Média e sua transição para a Idade Moderna foi o *locus* histórico por excelência do desenvolvimento dessa ideia, momento em que a intolerância experimentou sensível avanço, com a junção final e duradoura entre Igreja e Estado. E com a idade moderna, o influxo em sentido oposto, a tolerância, passa a tomar força, num mundo que abandonava o teocentrismo e avançava pelo antropocentrismo. Neste sentido, John Locke e Voltaire provavelmente foram os precursores no estudo do tema em tempos modernos.

É bastante conhecida a *Carta Acerca da Tolerância,* de Locke, em que se afirma que "cada igreja é ortodoxa para consigo mesma e errônea e herege para as outras", indicando que já então se fazia sentir a dificuldade de convívio. Prossegue ainda o político e filósofo inglês:

> Seja no que for que certa igreja acredita, acredita ser verdadeiro, e o contrário disso condena como erro. De sorte que a controvérsia entre essas igrejas acerca da verdade de suas doutrinas e a pureza de

> seu culto é igual de ambos os lados; nem existe qualquer juiz, seja em Constantinopla, seja em qualquer outra parte do mundo, cuja sentença possa resolver a disputa. [...] A decisão dessa questão cabe unicamente ao Juiz Supremo de todos os homens, a quem também cabe castigar os que erraram. Entrementes, avaliem esses homens como pecam odiosamente quando, acrescentando injustiça, se não ao seu erro, mas certamente ao seu orgulho, temerária e insolentemente atormentam os servos de outro mestre, que de modo algum estão obrigados a prestar-lhes contas. (1978, p. 9).

Voltaire escreveu um alentado ensaio denominado "Tratado sobre a Tolerância", cuja razão de existir foi justamente sobre conflitos em torno da religião, na França do começo do século XVIII. O ponto de partida é a morte de Marc-Antoine Calas, filho de Jean Calas, ambos integrantes de família protestante numa França majoritariamente católica. Além de perder o filho, Jean Calas é acusado de ter urdido sua morte, alegação baseada em boatos de que Jean assim procedera para evitar que seu filho se convertesse ao catolicismo.

Sumariamente, Jean Calas foi julgado e condenado à morte. Voltaire escreve, por vezes, num formato panfletário, exortando a tomada de medidas concretas a fim de que episódios como o Caso Calas não mais ocorressem. A tolerância é seu fio condutor:

> Temos judeus em Bordéus, em Metz, na Alsácia; temos luteranos, molinistas, jansenistas – não podemos tolerar e admitir calvinistas mais ou menos nas mesmas condições que os católicos são tolerados em Londres? Quanto mais seitas houver, tanto menos perigosa cada uma será; a multiplicidade as enfraquece; todas são reprimidas por justas leis que proíbem as assembléias tumultuosas, as injúrias, as sedições e que estão sempre em vigor pela força coativa. [...] A Alemanha seria um deserto coberto pelas ossadas de católicos, evangélicos, reformados, anabatistas mortos uns pelos outros, se a paz de Westphalia não tivesse proporcionado enfim a liberdade de consciência. (2000, p. 29).

Assim, longe de ser inédita, a intolerância hoje observada no Brasil, envolvendo evangélicos e adeptos de religiões afro parece ser apenas

mais um capítulo numa trajetória humana que, com maior ou menor intensidade, sempre assistiu manifestações de intolerância religiosa. Talvez o elemento real a ser analisado e levado em conta no trato do tema objeto desse estudo não seja exatamente a religião, mas o poder. Parece que o mote permanece: o homem quer o poder, busca o poder e, uma vez tendo-o para si, trata de dominar outros homens ou ao menos de impor seus valores.

6. CONCLUSÕES

Talvez a maior das problemáticas envolvendo a tolerância seja justamente o seu contraponto. É que, a uma, ela se contrapõe a algo igual, e por vezes com força semelhante, ou seja, a intolerância. Como segundo ponto, constata-se que só pode se ver na contingência de tolerar algo quem, num primeiro momento, não tolerou aquela mesma manifestação ou objeto, considerado este último termo num sentido filosófico.

A tolerância assim, e há praticamente unanimidade nesta qualificação, é algo nobre e necessário, contudo, é ela própria fruto da não aceitação, constituindo-se um desafio da sociedade adotante da tolerância introjetá-la na vivência social de modo consciente, caso contrário sempre será necessário um esforço em sentido oposto, ou seja, no de combater a intolerância, criando focos de desgaste muitas vezes constantes.

Sem embargo, os exemplos acima configuram prova cabal de que a religião é hoje um foco extremamente importante de conflito numa abordagem mundial. Está no centro ou pelo menos na sequência de fatos e atos que levam aos conflitos mais conhecidos. Tanto mais paradoxal é se observar tal aspecto quando se verifica que as religiões, de um modo ou outro, de uma forma ou outra, buscam uma conexão com o sagrado, um "*religare*", uma abstração em face do mundano cujo objetivo é imantar-se numa vibração sutil, elevada, celeste.

Todas as religiões, sem exceção, defendem valores comuns como a paz, o entendimento, a fé e a caridade ou ajuda ao próximo. No entanto, envolvem-se constantemente em conflitos em que elementos bem distantes desse ideário puramente religioso, como poder, dominação, ideologia e prevalência tomam espaço e marcam a forma dos relacionamentos que, assim, serão bem diversos de algo tão-somente ligado à busca do sagrado.

De todo modo, é autorizado afirmar que a exposição da questão aqui tratada pode levar a conclusões pessimistas e, de fato, o ambiente não é nada promissor. Contudo, das mais fortes crises podem nascer novas e mais avançadas concepções.

Em recente passagem pelo Brasil, o Papa Francisco mostrou que novos caminhos são possíveis, se abrindo para rever certos dogmas católicos, ao mesmo tempo em que exibiu disposição para dar um basta nos abusos e desmandos – alguns da própria cúpula da Igreja Católica – e voltar a Instituição para os valores que inspiraram sua criação e que certamente nada tem a ver com escândalos financeiros, pedofilia e distanciamento dos fiéis.

Por outro lado, entre os evangélicos não se pode falar em discurso único. Certamente encontrar vozes de tolerância entre tal grupo parece ser tarefa realmente hercúlea, mas estão lá de algum modo. E podem se multiplicar. Se a tese acima defendida pela busca do poder estiver certa, pode-se até interpretar recentes embates entre líderes de igrejas evangélicas como sinal de tal aspecto, e algo que pode, em algum momento, possibilitar uma mudança estrutural.

Quanto aos adeptos das religiões afro-brasileiras, especialmente Candomblé e Umbanda, nada mais pode ser sugerido a não ser resistir e prosseguir divulgando os valores mais relevantes dessas religiões, mostrando que uma cultura de paz, de amizade, de tolerância e de aceitação é plenamente possível sob o pálio de seus princípios constitutivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Ronaldo Romulo de. **A universalização do Reino de Deus**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1995.

BARROS, Alberto Ribeiro. **Direito e poder em Jean Bodin: o conceito de soberania na formação do estado moderno**. São Paulo: EDUSP, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1987.

CONTRERAS MAZARIO, José Maria. **Las Naciones Unidas y la Protección de las Minorias Religiosas**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIERKE, Otto von. **Teorias Políticas de la Edad Media**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1995.

GRANET, Marcel. **A civilização chinesa**. Rio de Janeiro: Otto Pierre, 1979.

KAMEN, Henry Arthur Francis. **Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa Moderna**. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOUTH, Patrick. **A civilização dos germanos e dos vikings**. Rio de Janeiro: Otto Pierre, 1979.

MARIANO, Ricardo. **Análise sociológica do crescimento pentecostal no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2001.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **O federalismo brasileiro e a questão das competências constitucionais relativas à acessibilidade e inclusão social do portador de deficiência**. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2008.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes**. O regime concordatário entre a "libertas ecclesiae" e a liberdade religiosa**. Coimbra: Coimbra, 1993,

MAINGUENEAU, Dominique. **Gênese dos discursos**. Curitiba: Criar Edições, 2005.

OTTO, Rudolf. **O sagrado: um estudo do elemento não-racional na idéia do divino e a sua relação com o racional**. (tradução: Prócoro Velasquez Filho). São Bernardo do Campo: Imprensa Metodista, 1985.

PRANDI, Reginaldo. **As religiões afro-brasileiras e seus seguidores**. Revista Civitas, v. 3, nº 1, Jun-2003, Porto Alegre.

RIO, João do (Paulo Barreto). ***As Religiões* no *Rio***. *Rio de Janeiro:* Nova Aguilar, Coleção Biblioteca Manancial nº 47, 1976.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Sobre a Religião**. São Paulo: Fonte Editorial, 2000.

SODRÉ, Muniz. **Por um conceito de Minoria**. *in* "*Comunicação e Cultura das Minorias*", Raquel Paiva e Alexandre Barbalho (orgs.), São Paulo: Paulus, 2005.

TAYLOR, Charles. **A política do reconhecimento**. *in* "*Multiculturalismo*", K. Anthony Appiah (org), Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: EDUSP, 2001.

CONVENÇÃO 155 DA OIT E O MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO IRR Nº 239-55.2011.5.02.0319, PARA ASSEGURAR O EXERCÍCIO CUMULATIVO DO DIREITO AO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE

Tiago Batista dos Santos[110]
Ricardo Galvão de Sousa Lins[111]
Yara Maria Pereira Gurgel[112]

INTRODUÇÃO

A legislação trabalhista assegura ao empregado que trabalha em condições perigosas o direito ao "adicional de periculosidade", uma verba salarial que — como a própria nomenclatura indica — é paga em adição ao

110 Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN; analista judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

111 Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos pela UFRN; técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

112 Pós-doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; mestre e doutora em Direito do Trabalho pela PUC-SP; professora associada II da UFRN.

salário contratual ordinário. Além disso, a legislação trabalhista assegura ao empregado que trabalha em condições insalubres o direito ao "adicional de insalubridade", verba salarial também paga em adição ao salário contratual ordinário.

Em certas profissões, o empregado trabalha submetido a condições perigosas e insalubres, simultaneamente. Todavia, ele não recebe os dois adicionais, porque o art. 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tradicionalmente é interpretado no sentido de ser vedada a cumulação do adicional de periculosidade com o adicional de insalubridade.

Essa interpretação do art. 193, § 2º, da CLT foi questionada perante o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que resolveu instaurar o Incidente de Recursos Repetitivos (IRR) nº 239-55.2011.5.02.0319, para resolver a questão interpretativa, com efeito vinculante para os demais órgãos da Justiça do Trabalho.

Em 6 de março de 2020, foi publicado o acórdão relativo ao IRR nº 239-55.2011.5.02.0319, tendo sido firmada a tese de que não é possível a cumulação do adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade, mesmo que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. Considerando que a revisão da tese firmada em julgamento de IRR depende de uma alteração significativa da situação econômica, social ou jurídica subjacente, e que alterações dessa natureza dificilmente acontecem em curto espaço de tempo, é razoável presumir que a pretensão de pagamento cumulativo dos adicionais de periculosidade e de insalubridade não será viável no futuro próximo. Em especial, veja-se que foi uma questão de interpretação jurídica que conduziu ao resultado de vedação da cumulação de adicionais, sugerindo que a pretensão em debate somente será viabilizada com o surgimento de um novo quadro normativo-jurídico.

Essa última circunstância não parece favorável à tese do pagamento cumulado, uma vez que, afora a inclusão dos trabalhadores em motocicleta e dos trabalhadores de segurança pessoal ou patrimonial como beneficiários do adicional de periculosidade, não houve, nos últimos dez anos, alterações normativas em favor dos direitos dos empregados, nesta temática. No entanto, talvez não seja necessário aguardar a iniciativa do Poder Legislativo para que haja o surgimento de um novel quadro normativo. Nesse caminho, pode-se cogitar da utilização do mandado de injunção, para promover o advento de uma legislação que conceda o direito

à percepção simultânea do adicional de periculosidade e do adicional de insalubridade.

Assim, diante do julgamento do IRR nº 239-55.2011.5.02.0319 e do tímido histórico das iniciativas do Poder Legislativo relacionadas à ampliação dos direitos dos trabalhadores na seara das atividades insalubres e perigosas, justifica-se examinar o mandado de injunção quanto ao pagamento cumulado dos respectivos adicionais. Por conseguinte, o objeto de estudo será o mandado de injunção, com o propósito de enumerar suas principais características, e o acórdão do IRR nº 239-55.2011.5.02.0319, com o intuito de analisar a respectiva fundamentação jurídica, tendo-se como objetivo geral investigar se aquele remédio constitucional pode ser utilizado, dentro do contexto criado pelo citado acórdão, para promover a elaboração de uma legislação que contemple o pagamento cumulado dos adicionais de periculosidade e de insalubridade.

Para alcançar o objetivo geral, a investigação será dividida em três etapas, cada qual destinada a alcançar objetivos específicos: na primeira etapa, descrever o mandado de injunção, resgatando os trabalhos doutrinários acerca do tema, abordando em particular a possibilidade de sua utilização na concretização de direitos humanos previstos em tratados internacionais; na segunda etapa, examinar a fundamentação do IRR nº 239-55.2011.5.02.0319, que vedou o pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e de periculosidade; na terceira etapa, confrontar o mandado de injunção com o quadro normativo atual, este na perspectiva do IRR nº 239-55.2011.5.02.0319 e do dever de legislar previsto na Convenção 155 da OIT.

Ao cumprir estas etapas, espera-se obter como resultado um raciocínio logicamente estruturado, conforme o método dedutivo, que permita concluir sobre a viabilidade ou não do mandado de injunção para concretizar a alteração do quadro normativo atual acerca da cumulação do adicional de periculosidade e do adicional de insalubridade.

1. MANDADO DE INJUNÇÃO

1.1. BREVE HISTÓRICO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Dentre as inovações trazidas pela Constituição Federal (CF), foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o mandado de injunção

(MACIEL, 1989, p. 117), como uma garantia fundamental para viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, inciso LXXI, da CF).

Além dessa inovação, o art. 103 da CF (que relaciona os legitimados para o controle concentrado de constitucionalidade) mencionou pela primeira vez no Direito brasileiro a expressão "inconstitucionalidade por omissão", sem fornecer maiores detalhes, o que provocou dúvida entre os juristas, que chegaram a cogitar se o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão seriam um único instituto jurídico. Contudo, a doutrina logo cuidou de esclarecer que se tratava de institutos distintos, sendo o mandado de injunção dirigido aos casos concretos, enquanto a inconstitucionalidade por omissão dizia respeito aos casos abstratos (MACIEL, 1989, p. 121-123).

Sem embargo disso, o mandado de injunção carecia de normas que lhe tornassem clara a respectiva tramitação processual, além do que a esperança depositada quanto às possíveis benesses dele resultou no ajuizamento de dezenas de mandados de injunção, forçando o Supremo Tribunal Federal (STF) a se manifestar precocemente sobre as características do novo instituto jurídico (MENDES, 2008, p. 130).

Nesse contexto de ausência de regulamentação legislativa, e de existência de pressão processual para uma resposta rápida do Judiciário, era de se esperar que o STF adotasse uma postura mais contida, o que de fato se verificou (RAMOS; LIMA, 2011, p. 35). Com efeito, ao julgar uma questão de ordem no mandado de injunção (MI) 107, o STF examinou, pioneiramente, se a decisão a ser proferida teria a aptidão de assegurar ao autor o exercício concreto dos direitos, liberdades e garantias citados no art. 5º, inciso LXXI, da CF (MENDES, 2008, p. 130).

Na ocasião, o STF afastou a eficácia concreta do mandado de injunção, fundamentando essencialmente que (a) a regulamentação judicial não conseguiria viabilizar a pretensão do autor, a qual em muitos casos depende de recursos financeiros e de organização operacional do réu, fatores que estariam além do alcance do novo instituto jurídico; (b) ausência de conhecimento técnico do Judiciário para regulamentar determinadas situações; (c) a impossibilidade de conferir solução concreta em sede de mandado de injunção individual, no tocante às prerrogativas de sobera-

nia, que possuem índole intrinsecamente coletiva; (d) a incompatibilidade entre a coisa julgada, a ser formada no mandado de injunção, com eventual regulamentação legislativa posterior, que não modificaria a situação do autor e do réu, haja vista a disposição do art. 5º, inciso XXXVI, da CF, que coloca a coisa julgada a salvo da lei nova; e (e) a incoerência de permitir efeitos para todos (em latim, *erga omnes*) numa ação de ampla legitimidade como o mandado de injunção, enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de legitimidade restrita, não teria sequer efeitos imediatos, de maneira que aquele instituto jurídico esvaziaria a utilidade deste último (STF, 1990, p. 35-39).

O posicionamento firmado no MI 107 — que negava efeitos concretos ao mandado de injunção, e os equiparava aos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (STF, 1990, p. 35-39) — perdurou por vários anos, constituindo o primeiro momento do mandado de injunção na experiência constitucional brasileira, no qual prevaleceu a posição "não concretista".

A doutrina sempre apresentou críticas à posição não concretista do STF, afirmando que o princípio da separação de Poderes, num Estado Democrático de Direito, guarda conexão direta com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais, de maneira que a preocupação em não invadir a esfera de competência do Legislativo, ao preço do sacrifício do exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais citados no art. 5º, inciso LXXI, da CF, acabaria por atingir a própria razão de ser da divisão tripartida dos Poderes estatais (DUARTE; RIBEIRO, 2019, p. 145). Também nessa direção, Clève (2006, p. 30) asseverava que o mandado de injunção, especialmente em virtude da jurisprudência do STF, não consubstanciava instituto jurídico eficaz no combate à inércia estatal violadora de direitos fundamentais.

O segundo momento do mandado de injunção na experiência constitucional brasileira tem início em 25/10/2007, data do julgamento de três mandados de injunção que versavam sobre o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.

Na versão original, promulgada em 05 de outubro de 1988, a CF assegurou aos servidores públicos civis o direito de greve, cujo exercício teria seus contornos definidos em lei complementar. Em virtude da inércia do Legislativo, a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 (EC 19/98),

substituiu a exigência de lei complementar por exigência de lei ordinária, uma tentativa de facilitar a deliberação legislativa sobre o tema, haja vista que o quórum para a aprovação de lei complementar é de maioria absoluta (art. 69 da CF), enquanto o quórum para a aprovação de lei ordinária é de maioria simples (art. 47 da CF). Nada obstante, a inércia do Congresso Nacional persistiu. Nesse contexto, o STF apreciou em conjunto o MI 670, MI 708, e MI 712, e além de declarar a mora do Legislativo, estipulando prazo de sessenta dias para que tomasse providências no sentido de impulsionar o processo legislativo de elaboração da lei ordinária prevista no art. 37, inciso VII, da CF, determinou a aplicação da Lei nº 7.783/89 (que dispõe sobre o direito de greve dos trabalhadores do regime celetista) para disciplinar o direito de greve dos servidores públicos (HACHEM, 2012, p. 149-151).

Como se nota, o STF adotou uma "postura concretista", viabilizando o exercício do movimento paredista, não apenas aos servidores públicos representados pelas entidades sindicais que ajuizaram o MI 670, MI 708 e MI 712, mas sim ao universo dos servidores públicos civis, conferindo transcendência ao julgamento (ROTHENBURG, 2010, p. 71).

O terceiro e atual momento do mandado de injunção na experiência constitucional brasileira começa com a Lei nº 13.300/2016 (LMI), que dispõe sobre o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. A criação de um diploma legal para regência do mandado de injunção é um marco na evolução deste instituto jurídico, em especial considerando que as disposições da Lei nº 13.300/2016 atentaram para as posições jurisprudenciais do STF, revelando uma deferência do Legislativo à atuação do Judiciário na temática (DANTAS; RIBEIRO, 2019, p. 31). Entretanto, vale acentuar que parte da doutrina critica a edição da Lei nº 13.300/2016, a qual seria um exemplo de "[...] forte apego à legalidade e sua identificação com o Direito, ainda que em detrimento do direito construído jurisprudencialmente", simbolizando uma "legolatria" (ROJO; PEREIRA, 2019, p. 31).

1.2. OBJETIVO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E EFEITOS DA RESPECTIVA DECISÃO

O mandado de injunção tem por objetivo assegurar um direito humano cujo exercício se encontra obstaculizado pela ausência total ou par-

cial de norma regulamentadora. Esse objetivo pode ser extraído do art. 5º, inciso LXXI, da CF e do art. 2º da LMI, valendo salientar que esta última definiu ausência parcial como insuficiência das normas editadas pelo órgão competente.

Entretanto, na definição acima, optou-se por usar a expressão "direito humano", em lugar da expressão usada na lei e no texto constitucional — "direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" — para realçar que o cabimento do remédio constitucional não está restrito aos direitos, liberdades e prerrogativas insculpidos na CF, podendo ser manejado com apoio nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Neste caminho, pode-se falar que o objetivo do mandado de injunção é combater a síndrome de inefetividade das normas de direitos humanos, ao contrário da expressão consagrada pela doutrina "síndrome de inefetividade das normas constitucionais", que limita o instituto jurídico às normas previstas na CF.

Deveras, o art. 5º, § 2º, da CF, dispõe que os direitos e garantias que figuram no texto constitucional não formam um rol exaustivo, mas exemplificativo, e admitem o influxo dos direitos e garantias que decorram dos tratados internacionais endossados pelo Brasil. Assim, e considerando ser comum a inserção, nos tratados internacionais de direitos humanos, de uma ordem dirigida ao legislador nacional para que elabore um diploma normativo, mostra-se viável a utilização do mandado de injunção, em caso de mora legislativa.

Esta visão mais abrangente do objetivo do mandado de segurança, aliás, evita as conjecturas doutrinárias de que poderia haver um exaurimento de tal instituto jurídico, quando todas as normas referentes aos direitos, liberdades e prerrogativas mencionadas na CF fossem editadas pelo Congresso Nacional. Agregando-se os tratados internacionais, o repertório de direitos humanos a ser concretizado pelo mandado de injunção ganha renovada amplitude.

Quanto ao cabimento, é acertado dizer que o mandado de injunção cabe quando verificada (1) a existência de um direito humano previsto na CF ou em tratado internacional de direitos humanos, que depende de legislação regulamentadora para ser exercitado, e (2) a mora no cumprimento do dever de legislar, que se caracteriza pela não observância do prazo fixado pela CF ou pelo tratado internacional, ou ainda pelo trans-

curso de prazo injustificadamente longo sem movimentação do processo legislativo. Em relação à existência de direito humano dependente de regulamentação para ser exercido, cuida-se de pressuposto de cabimento que deflui diretamente da redação do art. 5º, inciso LXXI, da CF, e em relação à demora na edição de norma regulamentadora, trata-se de pressuposto de cabimento construído na jurisprudência (STF, 1994, p. 1).

Noutro giro, antes de analisar os efeitos da decisão do mandado de injunção, na conformidade da LMI, cumpre trazer as correntes doutrinárias acerca do assunto, para verificar qual delas encontrou guarida na legislação. Demais disso, cumpre alertar que a LMI disciplina tanto o mandado de injunção individual, que tem como legitimado qualquer pessoa natural ou jurídica, e o mandado de injunção coletivo, que tem como legitimados entidades que são incumbidas da defesa de uma coletividade indeterminada de pessoas ou de uma coletividade determinada por grupo, classe ou categoria (art. 12 da LMI).

Nesta senda, na lição de Moraes (2018, p. 258-262), há quatro correntes doutrinárias sobre os efeitos da decisão no mandado de injunção: (I) "não concretista", que apenas declara a mora legislativa, sem viabilizar o exercício que se reivindica na ação constitucional; (II) "concretista", que viabiliza o exercício reivindicado, até que o Poder Legislativo elabore a norma regulamentadora, a qual passará a disciplinar, ao entrar em vigor, os direitos, liberdades e prerrogativas até então disciplinados pela decisão do mandado de injunção. A posição concretista possui subdivisões, podendo ser "concretista geral", na qual se defende que a decisão do mandado de injunção terá efeitos para todos (*erga omnes*); "concretista individual direta", em que os efeitos beneficiam apenas o autor da ação, sendo a norma regulamentadora implementada diretamente pelo Judiciário; e "concretista individual intermediária", segundo a qual o Judiciário deve fixar prazo para a confecção da norma regulamentadora, e persistindo a mora legislativa com o esgotamento do prazo, haveria implementação pelo Judiciário.

No tocante aos efeitos, a LMI dispõe que a injunção será deferida para estabelecer prazo razoável destinado à purgação da mora legislativa, e para fixar as condições em que o impetrante poderá exercer os direitos, as liberdades ou as prerrogativas reclamados — seja na própria ação constitucional do mandado de injunção, seja por intermédio do ajuizamento de outra ação — em caso de descumprimento do prazo estabelecido; nas

situações em que for verificado que o órgão impetrado descumpriu prazo razoável estabelecido em anterior mandado de injunção, a decisão não trará a possibilidade de purgação da mora legislativa, implantando diretamente o exercício das vantagens jurídicas reivindicadas (Art. 8º da LMI).

Ainda, a LMI dispõe que, ordinariamente, os efeitos da injunção individual somente alcançam as partes do processo (limitação subjetiva), e cessam com a entrada em vigor da norma regulamentadora aprovada pelo órgão competente (limitação temporal). Acerca desta limitação temporal, a doutrina, com esteio no art. 11 da LMI, realça que "entrando em vigor a norma geral e abstrata definitiva, ela deve se aplicar — *ex nunc* — indistintamente a todos, em atenção ao princípio da isonomia", inclusive quanto aos efeitos futuros das relações continuativas formadas sob a égide da regulamentação advinda do mandado de injunção (FONSECA, 2016, p. 152).

Excepcionalmente, nos termos do art. 9º, *caput* e § 1º, da LMI, quando a natureza do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração assim o exigir, os efeitos poderão ser estendidos (a) ao grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com o impetrado por uma relação jurídica base (efeitos além das partes, em latim, *ultra partes*) ou (b) a todas as pessoas (efeitos *erga omnes*).

Importa realçar que essa estruturação, que adota como regra os efeitos entre as partes, e como exceção os efeitos que transcendam as partes, está em harmonia com o fato de que o mandado de injunção se trata de controle concreto (e não abstrato) da omissão legislativa (DANTAS; RIBEIRO, 2019, p. 37).

Na hipótese de injunção coletiva, nos termos do art. 13, *caput*, da LMI, e tendo em vista que o impetrante postula em benefício de direito alheio, os efeitos serão ordinariamente *ultra partes* (quando estiver na posição de substituído um conjunto de pessoas ligadas entre si ou com o impetrado por uma relação jurídica base) ou *erga omnes* (quando estiver na posição de substituído uma coletividade difusa).

Como se verifica, a LMI adotou como regra a corrente concretista individual intermediária, porque antes de implementar a reivindicação do impetrante concede uma chance ao Legislativo para que edite a norma regulamentadora, a menos que haja histórico de que o Legislativo já teve essa chance em mandado de injunção anterior, hipótese para a

qual a LMI adotou a corrente concretista individual direta. Em casos excepcionais, a LMI deu guarida à corrente concretista geral, com um detalhe em relação à lição doutrinária: poderão ser efeitos *ultra partes*, e não somente *erga omnes*.

Em suma, é correto dizer que o mandado de injunção tem por objetivo assegurar o exercício dos direitos humanos, previstos na CF ou em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte, tendo como efeitos a criação de uma norma regulamentadora, seja por ação do Poder Legislativo, constrangido pela ordem judicial mandamental que fixa prazo próprio para que legisle, seja pela própria decisão judicial, sendo cabível quando for constatado o descumprimento, por longo período, de dever de legislar relativo aos direitos humanos.

Apresentados estes elementos, a próxima etapa será examinar a fundamentação do IRR nº 239-55.2011.5.02.0319, para entender o contexto jurisprudencial quanto à cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

2. IRR Nº 239-55.2011.5.02.0319

O IRR é instituto processual que se destina a solucionar, de maneira isonômica, recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, que sejam interpostos em quantidade significativa perante o TST (art. 896-C, *caput*, da CLT). Nesse diapasão, a doutrina defende que a sistemática de apreciação e julgamento dos recursos repetitivos tem aptidão para "[...] conferir máxima efetividade aos princípios da isonomia, segurança jurídica e celeridade processual" (LINDOSO, 2014, p. 1069), e ressalta que o risco de decisões conflitantes tende a ser diminuído pela utilização do IRR, o qual possibilita ao TST a construção de uma jurisprudência uniforme, para combater a insegurança jurídica (DALAZEN, 2014, p. 208-209).

Com esse espírito, o TST decidiu instaurar o IRR nº 239-55.2011.5.02.0319, para resolver a questão jurídica acerca da cumulação de adicionais de periculosidade e de insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos (TST, 2017). Em decisão tomada por maioria, o TST firmou tese de que o art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela CF, e de que ele veda a cumulação do adicional de insalubridade com

o adicional de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos (TST, 2020, p. 20).

Em essência, as razões de decidir assentaram que (a) o art. 193, § 2º, da CLT não se choca com o art. 7º, inciso XXIII, da CF e, portanto, foi recepcionado pela ordem constitucional vigente; e (b) as Convenções nº 148 e nº 155 da OIT não determinam o pagamento cumulativo dos adicionais de periculosidade e insalubridade, logo não haveria antinomia entre o art. 193, § 2º, da CLT e estes tratados internacionais. Em especial, ressaltou-se que a CF e as Convenções da OIT estariam em vigor há muitos anos, não se justificando, no presente momento histórico, uma mudança na interpretação do art. 193, § 2º, da CLT, considerando que não houve mudança no texto constitucional e no texto dos tratados, no respeitante ao tema examinado (TST, 2020).

Após esta descrição segmentada da fundamentação do acórdão do IRR n° 239-55.2011.5.02.0319, cumpre fazer o confronto entre o mandado de injunção e o contexto jurídico decorrente da solução dada pelo TST, para saber se o remédio constitucional pode ser uma via de superação do entendimento jurisprudencial uniformizado.

3. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DEVER DE LEGISLAR, PREVISTO NA CONVENÇÃO 155 DA OIT, ACERCA DA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Como se viu, para decidir se os adicionais de insalubridade e periculosidade poderiam ser pagos cumulativamente, o TST precisou enfrentar duas questões hermenêuticas: O art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela CF? O art. 193, § 2º, da CLT é compatível com as Convenções nº 148 e nº 155, ambas da OIT?

Observando as razões de decidir apresentadas no tópico anterior, revela-se correto dessumir que o fundamento central para rejeitar a tese de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade foi a inexistência de lei que assim dispusesse. Dessa forma, na visão do TST, enquanto for vigente o art. 193, § 2º, da CLT, não será possível obrigar o empregador a pagar de forma cumulativa o adicional de insalubridade e o

adicional de periculosidade, salvo mediante previsão decorrente de negociação coletiva de trabalho.

Conforme se observa, a decisão tomada no IRR n° 239-55.2011.5.02.0319 deixa inequívoca a possibilidade de superação legislativa, cabendo ao Congresso Nacional a tarefa de modificar o quadro normativo. Todavia, o cenário de inércia legislativa sugere a utilização do mandado de injunção, cumprindo examinar se a pretensão de pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade pode ser satisfeita, ainda que indiretamente, por este remédio constitucional.

Quanto ao objetivo do mandado de injunção, de viabilizar o exercício de direitos humanos, recordando-se a premissa de que eles não se limitam àqueles que constam da CF, mas incluem aqueles existentes nos tratados internacionais de direitos humanos, exsurge a Convenção 155 da OIT, com seu repertório de direitos trabalhistas carentes de regulamentação.

Avulta notar que o art. 11, alínea "b", da Convenção 155 da OIT, estabelece um dever de legislar, dirigido às autoridades competentes, para que elas disciplinem a política nacional de segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho levando em conta os riscos da exposição simultânea a duas ou mais substâncias ou agentes agressivos. Em outras palavras, a Convenção 155 da OIT demanda a atuação dos responsáveis pela edição de normas no país signatário; assim, se constatada a inércia do Legislativo, por período injustificadamente longo, afigura-se cabível o mandado de injunção.

Nesse caminho, e considerando que a internalização da Convenção 155 da OIT ocorreu em 15/10/1986, sem que até o momento tenha havido manifestação do Poder Legislativo para disciplinar adequadamente a situação dos trabalhadores expostos a diversos agentes agressivos (de insalubridade e de periculosidade), constata-se a postura inerte do Legislativo, por longo período e desacompanhada de qualquer justificativa, de sorte que o objetivo de viabilizar o direito ao pagamento cumulado dos adicionais em comento — o qual depende de lei que crie esta obrigação de pagar, consoante ficou assentado no IRR 239-55.2011.5.02.0319 — se afina com o objetivo do mandado de injunção.

Ademais, a adoção da corrente concretista individual intermediária, para a maioria das situações, nos termos do art. 8º da LMI, muito bem se ajusta a situação de cumulação de adicionais, porque antes de implementar a fruição

simultânea deles, concede ao Legislativo um prazo razoável para que edite a norma regulamentadora, dando-lhe o oportunidade, inclusive, de disciplinar se o trabalhador receberá simplesmente a soma dos adicionais, ou uma média ponderada pelo tempo de exposição a agente insalubre e a agente perigoso, ou ainda situações nas quais em lugar do pagamento cumulado o trabalhador terá direito à redução de jornada com preservação de remuneração, enfim, criar uma disciplina detalhada acerca da exposição simultânea a agentes agressivos, como for mais consentâneo com o direito à vida e à saúde.

4. CONCLUSÕES

Diante do exposto, é possível firmar as seguintes conclusões:

> 1. O mandado de injunção tem por objetivo assegurar um direito humano cujo exercício se encontra obstaculizado pela ausência total ou parcial de norma regulamentadora, não se limitando aos direitos e liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas alcançando os direitos e garantias existentes nos tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º, § 2º, da CF.
>
> 2. O mandado de injunção é cabível quando verificado o descumprimento do prazo para legislar, fixado na CF ou em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte, ou ainda fixado por razoabilidade (se inexistente o estabelecimento formal de tempo para legislar), tendo a decisão judicial o efeito de criar uma norma regulamentadora, seja por ação do Poder Legislativo, constrangido pela ordem judicial mandamental que fixa prazo próprio para que seja realizada a produção legislativa, seja pela própria decisão judicial.
>
> 3. O fundamento central do IRR n° 239-55.2011.5.02.0319 para rejeitar a tese de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade foi a inexistência de lei que assim dispusesse, de modo que, na visão do TST, enquanto for vigente o art. 193, § 2º, da CLT, não será possível obrigar o empregador a pagar de forma cumulativa o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade, salvo mediante previsão decorrente de negociação coletiva de trabalho.

4. A Convenção 155 da OIT, tratado internacional de direitos humanos, estabelece em seu art. 11, alínea "b", um dever de legislar, sem fixação de prazo específico, dirigido às autoridades nacionais competentes, para que elas disciplinem a política nacional de segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho levando em conta os riscos da exposição simultânea a duas ou mais substâncias ou agentes agressivos, estando configurado o pressuposto de cabimento consistente na existência de um direito humano cujo exercício depende de edição de legislação regulamentadora.

5. A incorporação da Convenção 155 da OIT ocorreu em 15/10/1986, sem que até o momento tenha havido manifestação do Poder Legislativo acerca da regulamentação da exposição simultânea a duas ou mais substâncias ou agentes agressivos, não sendo razoável que os mais de vinte e cinco anos contados da incorporação sejam insuficientes para a elaboração de um diploma normativo, estando configurado o pressuposto de cabimento consistente na mora em cumprir o dever de legislar.

6. Diante do preenchimento de seus pressupostos, o mandado de injunção é cabível em relação ao art. 11, alínea "b", da Convenção 155 da OIT, e permitirá, nos termos do art. 8º da LMI, que o Poder Legislativo edite a norma regulamentadora, disciplinando a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, especificando se o trabalhador receberá simplesmente a soma dos adicionais, ou uma média ponderada pelo tempo de exposição, ou ainda situações nas quais, em lugar do pagamento cumulado, o trabalhador terá direito à redução de jornada com preservação de remuneração, enfim, criar uma disciplina detalhada acerca da exposição simultânea a agentes agressivos, como for mais consentâneo com o direito à vida e à saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 jul. 2020.

_____. Constituição. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 jul. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 9 jul. 2020.

_____. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 9 jul. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 28-39, jan. 2006. Disponível em: http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-efic%C3%83%C2%A1cia-dos--direitos-fundamentais-sociais.pdf. Acesso em: 9 jul. 2020.

DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei nº 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 80, n. 4, p. 204-263, out./dez. 2014. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/79406/008_dalazen.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 jul. 2020.

DANTAS, Ivo; RIBEIRO, Ana Célia de Sousa. Comentários à Lei nº 13.300/2016: a deferência do Poder Legislativo ao entendimento jurisprudencial sobre o mandado de injunção. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 1, p. 56-68, 27 mar. 2019. Disponível em: https://rtrf1.emnuvens.com.br/trf1/article/view/15/13. Acesso em: 9 jul. 2020.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. O renascimento do mandado de injunção. **Cadernos da Escola do Legislativo**, [S.l.], v. 10, n. 15, p. 131-155, nov. 2019. Disponível em: https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/ojs/index.php/cadernos-ele/article/view/253/206. Acesso em: 8 jul. 2020.

FONSECA, João Francisco Naves da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LINDOSO, Alexandre Simões. O recurso de revista e os embargos de divergência à luz da Lei nº 13.015/2014: primeiras reflexões. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 78, n. 9, p. 1069-1086, set. 2014.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. **Revista de informação legislativa**, v. 26, n. 101, p. 115-134, jan./mar. 1989. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181900. Acesso em: 7 jul. 2020.

MENDES, Gilmar. Mandado de Injunção. **Revista de Direito Público**, v. 5, n. 19, jan-fev 2008. Disponível em: https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/viewFile/1286/753. Acesso em: 08 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 148 da OIT**. Convenção sobre o Meio Ambiente de Trabalho (Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações), 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm. Acesso em: 9 jul. 2020.

_____. **Convenção nº 155 da OIT**. Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm. Acesso em: 9 jul. 2020.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 191, p. 27-38, jul./set. 2011. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242906. Acesso em: 9 jul. 2020.

ROJO, Adelle; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. Mandado de injunção: notas e críticas à Lei nº 13.300/2016. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, a. 5, n. 1, p. 1-22, 2019. Disponível em: https://rtrf1.emnuvens.com.br/trf1/article/view/15/13. Acesso em: 9 jul. 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 188, p. 69-91, 2010. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/ril_v47_n188.pdf#page=70. Acesso em: 9 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de injunção nº 361: MI 361**. Relator: Min. Néri da Silveira. Publicação: 17 jun. 1994. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. **Questão de ordem no mandado de injunção nº 107: MI 107 QO**. Relator: Min. Moreira Alves. Publicação: 21 set. 1990. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=107&classe=MI-QO. Acesso em: 9 jul. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **IRR nº 239-55.2011.5.02.0319 (despacho de afetação)**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Edição 2329/2017 – Caderno do Tribunal Superior do Trabalho – Judiciário. Publicação: 9 out. 2017. Disponível em: https://dejt.jt.jus.br/dejt/. Acesso em: 9 jul. 2020.

_____. **IRR nº 239-55.2011.5.02.0319 (acórdão do incidente de recursos repetitivos)**. Disponível em: http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2014&numProcInt=235432&dtaPublicacaoStr=15/05/2020%2007:00:00&nia=7421565&origem=documento. Acesso em: 9 jul. 2020.

A DIGNIDADE HUMANA SOB A ÓTICA DA MODERNIDADE LÍQUIDA DE ZYGMUNT BAUMAN

Giulianna de Miranda Brandalise[113]

INTRODUÇÃO

O estudo acerca da dignidade humana acompanha a evolução do pensamento da humanidade, e, portanto, reflete uma verdadeira análise da própria sociedade. Longe de ser apenas uma abordagem filosófica, a importância do conceito da dignidade humana na Era Moderna é marco de grande avanço civilizatório, uma vez que seus ideais se baseiam no valor intrínseco da pessoa e no dever de proteção aos direitos básicos dos cidadãos.

A presente pesquisa se debruça sobre a ótica da Modernidade Líquida de Zygmunt Bauman, e cria um debate sobre a dignidade do homem nesse período histórico, através da descrição da sociedade pelo filósofo. Longe de possuir a intenção de definir o conceito de Dignidade através das palavras de Bauman, o presente artigo, por intermédio das principais obras do autor, visa compreender a dignidade humana no contexto da pós-modernidade.

---

113 Mestranda no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC, Brasil) em Dupla Titulação com a Widener University Law School (DE, USA), na linha de pesquisa de Constitucionalismo e Produção do Direito.

Como problema de pesquisa, pauta-se: qual o espaço dado à dignidade humana na Modernidade Líquida proposta por Zygmunt Bauman? O objetivo do presente artigo circunda em torno de apresentar uma evolução histórica do conceito de dignidade humana como pressuposto para o entendimento do Homem pós-moderno, e, através da visão de Zygmunt Bauman sobre a Modernidade Líquida, identificar o lugar da dignidade humana na sociedade atual.

O tema central desta pesquisa e sua relevância se justificam no entendimento da percepção da identidade humana, e em toda e qualquer possibilidade da vedação da depreciação de um ser humano frente sua instrumentalização perante a sociedade. A dignidade humana é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer indivíduo, e é justamente por isso que importa abordar sob a ótica da modernidade a perda e a relativização deste conceito. Quanto à metodologia escolhida para a elaboração deste trabalho, optou-se pela adoção do Método Dedutivo, que se instrumentalizou através da pesquisa documental, bibliográfica e histórica.

O artigo se dispõe em três seções: o primeiro tópico traz breves considerações acerca do surgimento e da evolução do conceito de Dignidade Humana, para ao fim, poder caracterizá-lo e defini-lo; o segundo tópico situa o leitor na obra de Zygmunt Bauman, a fim de demonstrar o pensamento do autor acerca da modernidade, a qual evolui de "sólida" para "líquida"; e por último, o terceiro tópico, através das suposições do autor, busca entender o lugar a dignidade humana na pós-modernidade.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana é um dos conceitos jurídicos que mais apresenta dificuldade para ser definido (SARLET, 2006), haja vista que, embora seja impossível conceituá-lo e delimitá-lo, a construção de sua concepção muito se deve à ponderação filosófica e à construção social, com um papel atuante da religião.

Ainda que não seja possível precisar especificamente quando ou onde surgiu na história o conceito de dignidade humana, suas raízes provindas do pensamento cristão são expressas como o valor espiritual atrelado à condição humana, e podem ser observadas na Bíblia (Gênesis 1, 26-27). Relatadas tanto no antigo, quanto no novo testamento pela definição do

homem à imagem e semelhança de Deus, decorre-se dessa imposição ao homem, à atribuição de um valor próprio e intrínseco.

Em que pese sua origem cristã, foi no âmago do pensamento jusnaturalista, entre os séculos XVII e XVIII, que a concepção de Dignidade Humana começou a deixar o viés religioso e introduziu-se uma fase marcada pela transformação racional e laicizada do conceito (BARROSO, 2012). Com Kant, portanto, é que "o processo de secularização da dignidade" (SARLET, 2006, p. 32) se completou. Para o filósofo, a noção de Dignidade Humana é conceituada como diretamente ligada à moral, uma vez que a autonomia da vontade do ser humano, que é a faculdade de determinar a si mesmo e agir conforme suas próprias leis, "é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana" (SARLET, 2006, p. 32).

Segundo Kant, ao ser-humano não se pode precificar, pois sendo um ser racional, o humano existe como um fim, e não como um meio. Diferente do que ocorre com outros seres desprovidos de razão:

> [...] O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente 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 um fim [...]. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional.
>
> Os seres cuja existência depende, não em verdade, da nossa natureza, mas da natureza, têm, contudo se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meio e por isso chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a natureza os distingue já com um fim em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita essa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito) (KANT, 1980, p. 135).

A concepção de Kant que relacionava a racionalidade e a individualidade com a dignidade humana marcou o pensamento filosófico de épo-

ca e remanesceu até a positivação do direito. Com o forte movimento de constitucionalização ao longo do globo, a dignidade humana deixou de ser um mero juízo filosófico e surgiu "como valor e como princípio, [...] passou a ser fundamento na confecção das Constituições" (DEMARCHI, 2016, p. 32).

E decorre justamente dessas transformações ao longo da história que é possível perceber que a dignidade humana é conceito mutável e inconstante, não tão somente acompanhando a sociedade em sua evolução moral e filosófica, como ainda não resulta de mero processo linear: "*Is not something purely a priori and/or ahistorical, but something that is justly being made (and progressing) in history, thus assuming an eminently cultural dimension*", destacam Daly e May (2020, p. 84).

No campo jurídico, a evolução do conceito de dignidade humana acompanhou a ascensão dos direitos sociais, segundo a autora Erin Daily:

> *Dignity is now recognized as a right in most of the world's constitutions, and hardly a new constitution is ad- opted without its explicit recognition. In the world's constitutions, it appears in many different guises: sometimes it is a stand-alone value of foundational stature; in other instances, it is associated with particular interests (property, protection against medical experimentation) or with particular sectors of the population (women, workers, older people, or people with disabilities).* (DALY, 2013, p. 1).

A dignidade humana na era moderna teve um maior destaque após sua incorporação como valor central dos direitos humanos na Carta das Nações Unidas (ONU, 1945), e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (UDHR, 1948).

Após a dignidade ter sido incluída no texto da Declaração Universal, ela assumiu muitas das qualidades de diferentes partes do mundo, tornando-se um caráter essencial, que se ligou igualmente a todas as pessoas da humanidade apenas em virtude de serem seres humanos. (DALY; MAY, 2020, p. 22).

Uma vez que apresentada brevemente a origem do conceito de Dignidade Humana, o presente artigo discorrerá a seguir sobre a compreensão jurídico-constitucional do instituto. Para tanto, primeiro, importa reconhecer a dupla dimensão do conceito apresentada por Barroso. Segundo

o autor, a dignidade humana apresenta uma face interna, que representa "um valor intrínseco do indivíduo" (BARROSO, 2012, p.16), e em segundo lugar, uma face externa que expressa "seus direitos, aspirações, responsabilidades" (BARROSO, 2012, p.16).

Enquanto qualidade intrínseca do ser humano, a dignidade humana é irrenunciável e inalienável, pois estabelece o elemento que "qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado" (SARLET, 2006, p. 41). Não há como ser instituída ou concedida a dignidade outrem, visto que é elemento inato a condição humana, a qual não pode ser "criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada)" (SARLET, 2006, p. 42). E enquanto qualidade externa, o conceito da dignidade humana se liga a um papel social e cultural que, inafastável à condição humana, evoluiu ao longo da história e da convivência em sociedade, a qual

> [...] podemos afirmar que a concepção inata da pessoa humana não subsiste por si só. Ela se harmoniza com o sentido cultural da dignidade da pessoa humana, com a qual estabelece uma complementação e interação mútua. (CARMO GROBÉRIO, 2005, p. 84).

A qualidade externa, por sua vez, está estritamente associada à ideia da racionalidade. Visto que atribuída à espécie humana, é a capacidade que permite o convívio social, onde cada indivíduo seja capaz de criar um planejamento para sua vida e ponderar sobre toda e qualquer ação que está realizando enquanto refletida no todo. É a dignidade que permite ao ser humano desenvolver plenamente sua personalidade, uma vez que lhe concede a liberdade de escolha. Essa racionalidade permite que as pessoas possam definir o que é certo e o que é errado; ou seja, permite as pessoas a agirem moralmente em relação umas às outras, começando pela obrigação de respeitar a dignidade igualitária dos outros (DALY; MAY, 2020, p. 22).

E ainda que não o seja pleno, à Dignidade de outrem não se admite qualquer restrição, as quais relativas a gênero, cor, idade, orientação sexual, deficiência, nacionalidade, capacidade intelectual ou qualquer outra. Ocorre em consequência, que ninguém será privado de sua dignidade, ainda que possa cometer crimes hediondos ou gravíssimos, ou ainda que pratique os atos mais abomináveis (SARMENTO, 2003, p. 104).

> A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular. (SARMENTO, 2003, p. 104).

Em matéria de Direito, a dignidade beneficiou-se da adoção de uma cultura jurídica pós-positivista. O diálogo, que identificava a reaproximação entre Ética e Direito, tornou o ordenamento jurídico aberto aos valores morais (BARROSO, 2010). A este ponto, a Dignidade Humana é concebida como tanto como valor fundamental como também princípio constitucional, que serve para justificação moral e fundamento jurídico normativo dos direitos fundamentais (BARROSO, 2012).

2. A MODERNIDADE SEGUNDO BAUMAN

Para criar o conceito de Modernidade Líquida, Bauman (2001), diante da análise do mundo contemporâneo (pós-moderno), estabelece a priori, o início da era moderna como a "modernidade sólida". Para o autor, a solidez representava uma época em que as relações sociais se caracterizavam pela rigidez e consolidação. As tradições eram duradouras e a realidade moderna se baseava em padrões duráveis, concretos e sem resiliência, que não se adaptavam às novas formas.

2.1. A MODERNIDADE SÓLIDA

Ao mesmo tempo que dava espaço ao capitalismo e rompia com o pensamento medieval, o início da era moderna marcava uma sociedade alinhada e coletiva, que adiava o prazer individual. A palavra de que definia esta ordem era planejamento, controle e regulamentação (BAUMAN, 2001).

Foi ainda no início da era moderna, que Bauman afirma a percepção do poder do homem sobre a natureza. O ser humano deixava de ser dominado pelas condições do tempo e do espaço, para poder dispô-las segundo seus próprios interesses. Segundo o autor:

> Pode-se associar o começo da era moderna a várias facetas das práticas humanas em mudança, mas a emancipação do tempo em

> relação ao espaço, sua subordinação à inventividade e à capacidade técnica humanas e, portanto, a colocação do tempo contra o espaço como ferramenta da conquista do espaço e da apropriação de terras. (BAUMAN, 2001, p. 119).

Na modernidade sólida, a sociedade "se movia pela ideia do progresso, o grande impulso que fornecia a sensação de pertencimento ao e do futuro, e o trabalho era a aposta maior, a mão do progresso" (OLIVEIRA, 2001, p. 28).

2.2. A MODERNIDADE LÍQUIDA

E foi justamente fruto deste progresso que o avanço da ciência e da tecnologia culminou na transição da Modernidade Sólida para a Modernidade Líquida. O derretimento dos sólidos ocorre novamente, mas nessa ocasião, Bauman explica que na Era da Modernidade Líquida não havia a intenção construir nada rígido, ou até mesmo sólido novamente.

O autor estabelece a teoria de que:

> [...] na Modernidade sólida, derretia-se o sólido para colocar algo melhor no lugar, no entanto, estas trocas cessariam no momento em que não se percebessem mais defeitos, chegando assim a um determinado perfeccionismo. **Na Modernidade dita líquida, os sólidos são derretidos, mas não emerge nada mais sólido em seu lugar**. Esta mudança social e histórica assume assim uma condição de constante mudança, não tendo, portanto, previsão de término. Isso significa que nossas instituições, referências, estilos de vida e até mesmo crenças e convicções mudam antes de terem tempo de se solidificar em costumes e hábitos (DALCIN; SILVA, 2016 - grifos nossos).

A rigidez e o controle dão lugar à fluidez e à flexibilidade, a quebra de padrões é definitiva, o individualismo passa a ocupar o espaço da coletividade. Consoante descreve Bauman,

> O "derretimento dos sólidos", traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redire-

> cionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro. (BAUMAN, 2001, p. 12).

Para Bauman (2001), a forma acelerada com que a sociedade se desenvolveu promoveu a sensação de que o próprio tempo se comportava de forma acelerada: houve a libertação da economia, dos embaraços políticos, éticos e culturais, e a nova ordem estava definida pela fluidez, pela rapidez e pela instantaneidade. A sociedade passou a girar em torno da economia.

E é justamente diante deste cenário Pós-moderno teorizado por Bauman, que o presente estudo se questiona: qual é o espaço da Dignidade Humana na Modernidade Líquida segundo o filósofo?

2.2.1. A COISIFICAÇÃO DA PESSOA E O ESPAÇO DA DIGNIDADE HUMANA NA MODERNIDADE LÍQUIDA

Em meio à Modernidade Líquida, onde o "ter" agrega mais significado à dignidade que o "ser", a identidade humana passa a perder seu sentido e o mercado de consumo significa a necessidade básica indispensável na sociedade atual. Existe uma confusão eminente entre a forma com que os consumidores devem se adaptar com a velocidade as quais surgem as novidades do mercado, e com o tempo em que esse produto de consumo se torna obsoleta.

As mercadorias perdem seu valor em período ínfimo, numa fração de segundo e sua utilidade é imediatamente questionada. E em razão da velocidade com que os elementos dessa relação de consumo se movimentam, é que torna difícil distingui-los:

> Na maioria das descrições, o mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre coisas a serem escolhidas e os que as escolhem; as mercadorias e seus con-

> sumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem. Contudo, a sociedade de consumidores é o que é precisamente por não ser nada desse tipo. O que separa de outras espécies de sociedade é exatamente o embaçamento e, em última instância, a eliminação das divisões citadas acima. (BAUMAN, 2007, p. 20).

O capitalismo, força motriz do movimento de consumo desenfreado, cria em cima dos bens de mercado uma aura de encanto, que transcende a matéria. Em decorrência disso, "o bem fixa em si uma relação de humanidade capaz de gerar uma necessidade de aquisição como forma de integração à sociedade" (LEWIN, 2017, p. 67).

Bauman denomina como o fetichismo da subjetividade quando o valor monetário de certo bem atiça o desejo do homem, e os consumidores movidos não pelo binômio necessidade/possiblidade, mas sim pelo desejo, transformam a mercadoria num produto da atenção humana:

> Se foi o destino do fetichismo da mercadoria ocultar das vistas a substância demasiado humana da sociedade de produtores, é papel do fetichismo da subjetividade ocultar a realidade demasiadamente comodificada da sociedade de consumidores. A "subjetividade" numa sociedade de consumidores, assim como a mercadoria numa sociedade de produtores, é (para usar o oportuno conceito de Bruno Latour) um fetiche – um produto profundamente humano elevado à categoria de autoridade sobre-humana mediante o esquecimento ou a condenação à irrelevância de suas origens demasiado humanas, juntamente com o conjunto de ações humanas que levaram ao seu aparecimento e que foram condição sine qua non para que isso ocorresse. (BAUMAN, 2008, p. 23).

Em "Vidas para Consumo", Bauman (2008, p.23), aponta que a partir do momento em que a sociedade estima a expectativa de vida de um bem de consumo, existe uma humanização deste produto, pois se está a observar naquele momento, a vida de um objeto inanimado.

> Os produtos e serviços sólidos permanecem no mercado até sua substituição por uma nova fórmula, um novo procedimento mais

> moderno, uma mudança tecnológica, uma nova estratégia de marketing, nem que seja para repaginá-lo etc.; pois o tempo líquido dissolve toda beleza criada pelos produtores, o desejo do consumidor muda com o passar dos dias, alimenta a ideia do mau envelhecimento da mercadoria, tornando-a imprestável, a famosa *res derelicta* do Direito. Todo esfacelamento da mercadoria pelo tempo a torna humanizada, de modo que ela passa pelo mesmo processo de vida de qualquer ser vivo, animal ou vegetal, com o elemento humano incontestável do desejo, do fetiche, da vontade de pensar e racionar, não importa a nomenclatura atribuída. (LEWIN, 2017, p. 69).

A sociedade atual vive numa profunda inversão de valores. Os objetos se tornam humanizados, e contrapartida, com o ser humano ocorre exatamente o contrário: o sistema capitalista faz da sociedade seu instrumento de efetivação.

Bauman (2001) explica que vigora no pensamento atual, o juízo de que os indivíduos devem tomar suas decisões e proferir suas escolhas da melhor forma que os convém. Mas que, no entanto, no contexto moderno, o homem se vê coagido ao mercado de consumo como a sua forma de autoimposição e autoafirmação no mundo. O exercício da autodeterminação se volta para a sociedade de consumo, e o anseio da externalização de suas vontades não se manifesta do interior para o exterior, e sim, ao contrário: "o sistema manipula o homem, por meio das estruturas midiáticas, para acatar os conteúdos veiculados como dogmas que não devem ser questionados, mas apenas cumpridos" (FRITZEN; MOREIRA; OLIVEIRA, 2018, p. 18).

Nesta constatação fica possível deduzir que o homem é deixado às mãos do sistema, que o manipula e o induz conforme suas ânsias. E se, conforme Kant, a autodeterminação, fruto da racionalidade humana, que expressa qualidade intrínseca do ser-humano externaliza sua condição de dignidade, ao acatar uma condição externa e torná-la como sua, o homem não se autodetermina e se permite tornar instrumento do meio em que vive. (FRITZEN; MOREIRA; OLIVEIRA, 2018).

O ser humano que não é fim em si mesmo perde sua dignidade. É objetificado e tratado como mero utensílio. A coisificação do homem é vista

por Bauman como a confusão pela forma dinâmica com que as pessoas se adéquam a velocidade das novidades de consumo. Numa difícil identificação de cada elemento dessa relação, tudo se transforma em apenas uma coisa (LEWIN, 2017, p. 44):

> Na maioria das descrições, o mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre coisas a serem escolhidas e os que as escolhem; as mercadorias e seus consumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem. Contudo, a sociedade de consumidores é o que é precisamente por não ser nada desse tipo. O que separa de outras espécies de sociedade é exatamente o embaçamento e, em última instância, a eliminação das divisões citadas acima. (BAUMAN, 2007, p. 20).

De acordo com o filósofo, a coisificação do homem e sua condição, são frutos da renúncia de sua condição de ser, na medida em que seu desejo é ter um espaço na sociedade de consumo:

> Na sociedade de consumidores, ninguém pode ser tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas. [...] A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias; (BAUMAN, 2007, p. 20).

É claro e visível que a coisificação das pessoas, as quais de maneira totalmente voluntária abandonam o papel de consumidor e se transformam nas próprias mercadorias, é aprimorada ao longo dos anos. Essa redescoberta do consumo, nada mais é do que uma entrega a si próprio à escravidão repaginada, a qual dignidade das pessoas lhes é violada sem que os próprios indivíduos se sintam atingidos (LEWIN, 2017, p. 74).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade humana é expressão máxima do pertencimento do homem na sociedade, e suscitam ideais de igualdade, liberdade e justiça. O

estudo do conceito e seu reconhecimento refletem grande marco de avanço civilizatório, já que eleva na sociedade a construção da coletividade prevalecendo a liberdade de autodeterminação, o respeito e a igualdade de todos. Refletindo, portanto, no valor máximo intrínseco da realidade de pertencer à espécie humana.

A presente pesquisa, ao se debruçar sobre a ótica da modernidade líquida de Zygmunt Bauman, e analisar a dignidade do homem no período pós-moderno sob a visão do autor, conclui que o homem enquanto pertencente à sociedade de consumo a qual se situa, tem sua Dignidade violada. Essa constatação se desprende do entendimento de Kant, o qual designa a Dignidade Humana como fruto da racionalidade e autodeterminação dos indivíduos. Segundo essa premissa, o homem perde sua dignidade quando deixa de agir regido por sua capacidade de escolha, consentindo tornar-se instrumento do meio. Por consequência, deixa de ser fim em si mesmo para servir ao uso arbitrário da vontade do sistema.

Na modernidade líquida proposta por Bauman, ao passo que se humanizam os bens de consumo, em via totalmente contrária, se coisifica a existência humana, imputando desejos à coletividade que não lhes são próprios. Segundo o autor, uma sociedade que busca satisfazer suas necessidades (as quais previamente induzidas pelo próprio sistema), de forma irracional e predeterminada, tem sua liberdade de agir retirada. E como consequência, o capitalismo fluido lhes faz acreditar que suas escolhas partiram deles próprios, enquanto na realidade, o coletivo toma decisões advindas fruto de sugestões direcionadas pelo sistema.

Não obstante, à medida que a consciência humana perde espaço para as imposições externas, tal predeterminação, por não ser condição proveniente da racionalidade intrínseca do ser, faz com que sua dignidade lhe seja deturpada. E como resultado, o homem que não se autodetermina se torna determinado pelo meio em que vive.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

_____. **Vida para o consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

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, 2012.

BARROSO, Luís Roberto**. Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de Padre Matos Soares. Rio de Janeiro: Gamma Editorial, 2006.

DALCIN, Larissa. SILVA, Sidinei Pithan da. Bauman de uma sociedade sólido-moderna para uma sociedade líquido-moderna**.** In: **Jornada de Pesquisa Unijuí**. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salao conhecimento/article/view/7011/5777>. Acesso em: 12 mar. 2021.

DALY, E. MAY, J. **Dignity law: global recognition, cases, and perspectives.** Nova York: W.S. Hein, 2020.

DALY, Erin. **Dignity rights: courts, constitutions, and the worth of the human person**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013.

DEMARCHI, Clovis**. A dignidade humana como fundamento para a positivação dos direitos fundamentais.** Direito, Estado e sustentabilidade. São Paulo: Intelecto Editora, 2016.

CARMO-GROBÉRIO, Sônia do. **Dignidade da pessoa humana: concepção e dimensão jurídico-constitucional**. Vitória: Faculdades de Vitória, 2005.

Carta Das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto/ 1930-1949/D19841.htm> Acesso em: 20 mar. 2021.

FRITZEN, Bruna Naiara; MOREIRA, Mariah; OLIVEIRA, Claudio Rogério Teodoro de. In: Simpósio Jurídico Direito e Filosofia: um diálogo urgente, 2018. **A concepção de (in) dignidade na pós-**

-modernidade segundo Zygmunt Bauman à luz do pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola. Maringá: Faculdade Maringá, 2018.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: **Os Pensadores – Kant (II)**. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LEWIN, Augusto Miranda. **Dignidade da pessoa humana, coisificação na modernidade líquida e acesso à justiça**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

OLIVEIRA, Larissa Pascutti de. Zygmunt Bauman: a sociedade contemporânea e a sociologia na modernidade líquida. Sem Aspas, Araraquara, v. 1, n. 1, p. 25-36, jan./jun. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights 1948** (UNGA Res 217 A (III)). Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_217(III).pdf> Acesso em: 20 mar. 2021.

VULNERABILIDADE HABITACIONAL NO BRASIL: AS NECESSÁRIAS MEDIDAS EMERGENCIAIS PARA O ACESSO À MORADIA URBANA ADEQUADA PELA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Thaís Dalla Corte[114]

INTRODUÇÃO

Apesar de ser um dos países mais urbanizados do mundo, o Brasil, que não foi urbanisticamente planejado, possui – em razão da sua população ter dobrado de tamanho nos últimos 30 anos, por causa da onda migratória de pessoas do campo para a cidade e devido à desigualdade de renda – um problema crônico de habitação. Diante da pandemia da

114 Professora adjunta do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direito e Vulnerabilidade da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) da unidade de Naviraí; doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Doutorado Sanduíche (PDSE/Capes) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); especialista em *Cuestiones Contemporáneas en Derechos Humanos* pela *Universidad Pablo de Olavide* (UPO); especialista em *Analisi Costituzionale della Democrazia* pela *Università del Salento* (UNISALENTO); especialista em *Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho* pelo *Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales* (CLACSO).

Covid-19, a moradia em condições adequadas de habilidade se tornou medida sanitária emergencial em razão da transmissão do referido vírus ocorrer pelo ar.

Em considerações iniciais, o tema desta pesquisa é a vulnerabilidade habitacional. Para delimitar a sua investigação, pois há diversas possibilidades de sua abordagem, escolheu-se focá-la, após a verificação do seu estado da arte por meio de revisão de literatura, diante da pandemia da Covid-19, no direito à moradia adequada, que é um direito humano-fundamental pouco implementado no Brasil, como medida emergencial de saúde.

O objetivo geral desta pesquisa é, a partir da relação entre os direitos à moradia e à saúde, investigar medidas emergencias para que se garanta, durante a pandemia da Covid-19, o acesso à moradia digna à população de baixa renda. Para tanto, são os objetivos específicos que serão perquiridos neste trabalho: (1) explicar a vulnerabilidade habitacional da população de baixa renda no Brasil com base na crise crônica e histórica de moradias; (2) apresentar o direito humano-fundamental à moradia adequada de forma relacionada ao direito à saúde; (3) identificar medidas emergenciais que possam assegurar o acesso à moradia da população de baixa renda durante a pandemia de Covid-19. É o problema desta pesquisa: como possibilitar, em medida emergencial, o acesso à moradia digna à população de baixa renda em época de pandemia?

Como hipótese, isto é, resposta provisória ao problema, conforme Rolnik (2020), entende-se que "abrir edifícios vazios à população de baixa renda, proibir despejos e remoções e suspender pagamento de aluguéis na periferia são três medidas simples que podem evitar milhares de mortes desnecessárias e abrir caminho para cidade sem cercas". Para tanto, devem entrar em vigor normas que, de forma temporária, regulamentem o regime de emergência habitacional.

Justifica-se a realização desta pesquisa porque, em razão da crise econômica brasileira, a qual foi aprofundada pela pandemia, a fim da melhor alocação dos recursos financeiros escassos, faz-se necessário utilizar a infraestrutura já existente para a alocação das pessoas vulneráveis como medida sanitária para que, em consonância com o direito à vida, reduza-se o contágio perante as variantes mais letais que surgiram e tornaram o país o epicentro global da Covid-19. Deve-se considerar que, em razão da vacinação no Brasil estar avançando de forma lenta, as medidas emer-

genciais para a moradia, apesar de temporárias, deverão ser acompanhadas de políticas permanentes, pois, a população de baixa renda, cuja renda familiar foi extremamente afetada com a pandemia, não conseguirá pagar aluguel e as contas de água e luz com a assistência governamental que lhe tem sido oferecida. A pandemia está fazendo com que se repense a cidade e a sociedade do futuro.

Em relação aos métodos, esta pesquisa teórica, de natureza qualitativa e descritiva, trata-se de revisão de literatura, elaborada, por meio de técnicas documental e monográfica, com base em fontes bibliográficas primárias e secundárias, as quais foram selecionadas de forma parcialmente sistematizada, em busca de reflexão sobre o estado da arte e de novas linhas de investigação sobre o tema (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020). Com base em perspectiva sociojurídica, busca-se um entendimento dos fatores, dos agentes e dos processos que têm determinado a realidade urbana.

A legislação e a política urbanística impactam socioeconomicamente o mercado imobiliário. Por isso, a ocupação de imóveis vazios e subutilizados pela população de baixa renda, ainda que de forma temporária durante a pandemia da Covid-19, é tema controverso em relação ao qual se encontra posicionamentos arraigados no tratamento liberal e individualista da cidade oficial (que ignora as ocupações informais) e, em oposição a eles, entendimentos fundamentados na perspectiva social, a qual é crítica da realidade que exclui muitas pessoas do direito à moradia adequada. Somente uma compreensão mais ampla do papel do Direito no processo de urbanização impulsionará as reformas urbanas e jurídicas necessárias em prol do direito à moradia e, consequentemente, do direito à saúde.

1. VULNERABILIDADE HABITACIONAL: A CRISE CRÔNICA DE MORADIA NAS CIDADES NO BRASIL

O acesso à moradia no Brasil não é um problema que surgiu com a pandemia de Covid-19, mas ficou ainda mais grave com ela, por ser uma doença respiratória altamente contagiosa, de fácil transmissibilidade e que pode levar à morte, que possui, como algumas de suas medidas de prevenção, o distanciamento social (ou não aglomeração), a ventilação de ambientes e o acesso à água para lavagem frequente das mãos, as quais dependem de uma residência com tamanho proporcional à quantidade de

moradores, que tenha sido construída com base em critérios técnicos e com bons materiais e que seja assistida de serviços essenciais, como saneamento básico. O direito à moradia é, portanto, mais amplo que um teto e quatro paredes, pois não considera a casa somente como uma simples mercadoria, mas como um lugar para viver com segurança, paz e dignidade (ROLNIK, 2009).

A falta de habitações adequadas é resultado de uma crise crônica histórica que teve como marco, no Brasil, o aumento da população, em curto espaço de tempo, nas cidades, as quais não foram planejadas, e das falhas de mercado e de governo na oferta de casas com preço e qualidade condizentes com as condições de renda da população. Apesar da moradia adequada ser reconhecida como um direito humano-fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro, a sua inefetividade, que é causada pela insuficiência de investimentos e carência de priorização política, afeta, principalmente, a população de baixa renda, que representa, no mínimo, um quarto da população brasileira (INSPER, 2020).

Em 2019, 11,8% da população brasileira viviam com o valor de até 1⁄4 de salário-mínimo *per capita* mensal (cerca de R$ 250) e quase 30% com até 1⁄2 salário-mínimo *per capita* (R$ 499). Com a pandemia, estima-se que o número de pessoas com baixa renda aumentou. Em perspectiva multidimensional, a pobreza, em 2017, atingia 64,9% dos brasileiros, os quais possuíam restrição de acesso, ao menos, a um dos seguintes direitos: à educação, à proteção social, à moradia adequada, a serviços de saneamento básico e à *internet*. No país, constatou-se que a pobreza, que incide sobre as pessoas de forma desigual, é mais acentuada entre as mulheres e as pessoas pretas ou pardas (IBGE, 2020, p. 61). A vulnerabilidade habitacional, nesse contexto, é uma das formas de manifestação da pobreza.

A vulnerabilidade habitacional abrange a precariedade da construção da moradia (que é aquela feita com pouco investimento e sem assessoria técnica (ou seja, é autoconstruída)), a sua má localização (que é a distante, por causa do preço da terra ou da inutilização ou subutilização dos espaços, dos centros urbanos e dos locais de trabalho) e a falta de infraestrutura do bairro (como inexistência, por exemplo, de saneamento básico, de iluminação pública e de transporte público) na qual está localizada. Ela é espécie da vulnerabilidade socioeconômica, que é compreendida como a "situação de desproteção a que vastas camadas pobres se encontram

submetidas no que concerne às garantias de trabalho, saúde, saneamento, educação e outros componentes que caracterizam os direitos sociais básicos de cidadania", e da vulnerabilidade civil, que se refere "à integridade física das pessoas, ou seja, ao fato de vastos segmentos da população estarem desprotegidos da violência [...]" (KOWARICK, 2009, p. 19). A vulnerabilidade habitacional é um problema crônico no país.

O Brasil teve um processo de urbanização desorganizado. Além da industrialização brasileira, que, a partir de 1930, provocou alterações socioeconômicas e espaciais no país, entre 1960 e 1996, "a população urbana aumentou de 31 milhões para 137 milhões, ou seja, as cidades receberam 106 milhões de novos moradores no período". A intensa urbanização acarretou a alteração da paisagem das cidades por causa da insuficiência de habitações, do desemprego, dos problemas de saneamento e da poluição, os quais levaram à segregação da população de baixa renda em ocupações periféricas (BRASIL, 2001, p. 23). Conforme as cidades foram crescendo e a especulação imobiliária, que visa a valorização dos imóveis para lucro, ficou mais forte, pois o solo é um recurso natural limitado diante de uma demanda crescente, moradores de periferias passaram a ser expulsos e os espaços remodelados em áreas nobres para a melhor acomodação das classes ricas. A gentrificação, contudo, uma vez que nem todos os espaços interessam ao mercado, não impediu que favelas precárias, as quais surgiram da invasão de áreas públicas e privadas, coexistam com bairros que possuem construções sofisticadas (FERNANDES, 1988, p. 4). Inclusive, atualmente, há ocupações que são maiores do que muitos municípios brasileiros em termos populacionais (ODILLA; PASSARINHO; BARRUCHO, 2018).

No Brasil, 101 mil pessoas estão em situação de rua; seis milhões de pessoas vivem em situação de défice habitacional, sendo que esse dado abrange moradores de domicílios improvisados, de domicílios rústicos, de domicílios em cômodos, de domicílios com ônus excessivo de aluguel, de domicílios adensados e de domicílios em coabitação (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2015). Por outro lado, o país possui cerca de 6,05 milhões de imóveis desocupados há décadas. Vários desses imóveis, para serem habitáveis, a fim de que se evite tragédias, como a do edifício Wilton Paes de Almeida, dependem de reformas, o que encarece e desestimula a sua destinação social (ODILLA; PASSARINHO; BARRUCHO, 2018). Contudo, para a população de baixa renda, a invasão e a ocupação

dos imóveis vazios, mesmo ciente dos riscos, tem sido uma das suas únicas opções de moradia.

Na pandemia, reintegrações de posse e despejos da população de baixa renda, que já são casos sensíveis em época "normal", foram executados sem respeito aos direitos humanos. A relação entre os casos confirmados de Covid-19 e o lugar onde a pessoa vive indica como a vulnerabilidade habitacional torna a população de baixa renda mais propensa ao contágio e se ela terá acesso a hospitais e a leitos. O défice de moradias adequadas, portanto, necessita ser considerado nos planos para a contenção do aumento do número de casos da doença, o que demandará a adoção de medidas emergenciais não somente assistenciais, mas habitacionais (INSPER, 2020). Deve-se ter especial atenção à finalidade das intervenções urbanísticas que serão realizadas, a fim de que não se utilize a pandemia para a higienização social.

Em razão do tempo do Direito ser diferente das transformações sociais, a urbanização brasileira e seus problemas, que diferem dos países europeus que costumam influenciar o ordenamento jurídico pátrio, durante muitos anos, não encontrou nas normas respostas para dignificar os assentamentos irregulares, especialmente os consolidados. Somente recentemente, por exemplo, o Código Civil passou a reconhecer os direitos reais de concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso. Historicamente, não se planejou – e ainda não se planeja – onde os pobres devem morar. Nesse contexto, a população de baixa renda vive em "cidades ilegais ou irregulares", nas quais reinventam práticas sociais em resposta à ordem jurídica excludente.

A urbanização, que é um problema cotidiano no Brasil, perante a pandemia da Covid-19, ganhou proporções ainda mais dramáticas, a qual, assim como o ocorrido com pandemia de febre amarela no Brasil no século XIX, reforçou a associação entre os direitos à moradia adequada e à saúde.

2. DIREITO HUMANO-FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À SAÚDE

O direito à moradia, que é um direito humano-fundamental, por se categorizar como de segunda dimensão (econômico, social e cultural),

depende da atuação positiva do Estado para a sua efetivação. Na Declaração Universal de Direitos Humanos (A/RES/217), proclamada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, a qual é um marco na história jurídica mundial por delinear os direitos humanos básicos e prever sua proteção universal, o direito à habitação, derivado do direito a um padrão de vida adequado, está previsto em seu artigo 25 (ONU, 1948). Convém destacar que o referido dispositivo foi reproduzido pelo artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (ONU, 1966).

A Declaração Universal de Direitos Humanos, por ser uma resolução da Assembleia Geral da ONU, "não tem caráter vinculante, embora na atualidade se reconheça que seus dispositivos fazem parte de um Direito Internacional costumeiro [o que a torna obrigatória]", mesmo que não haja sanções em caso de seu não cumprimento. Por ser um direito econômico, social e cultural, a implementação do direito à moradia deve ser progressiva pelos Estados, de acordo com os seus recursos disponíveis (BRZEZINSKI, 2012, p. 158). Nesse sentido, "é um equívoco entender o direito à moradia adequada como a obrigatoriedade do Estado de construir habitação para toda a população ou como o direito das pessoas sem habitação de exigir automaticamente uma casa do governo". Nessa perspectiva, o direito à moradia adequada é implementado, normalmente, por meio da viabilização do governo da habitação, ao invés de provê-la (BRASIL, 2013, p. 16).

O Comentário Geral n. 04, de 12 de dezembro de 1991, do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, explica que moradia adequada "é aquela com condição de salubridade, de segurança e com um tamanho mínimo para que possa ser considerada habitável" (ONU, 1991). Para que o direito à moradia adequada seja satisfeito, os critérios abaixo, referentes à liberdade, garantias e proteções, devem ser atendidos:

> 1) Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças;
>
> 2) Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo;

> 3) Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes;
>
> 4) Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde;
>
> 5) Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta;
>
> 6) Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou se localizados em áreas poluídas ou perigosas.
>
> 7) Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (ONU, 1991).

Nessa perspectiva, o direito à moradia adequada não deve ser interpretado de forma restritiva, como apenas quatro paredes e um telhado, mas sim como o direito de viver em lugar com segurança, bem-estar e dignidade (ONU, 1991).

O direito à moradia adequada, com base na fundamentação exposta acima, foi internalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, rompeu com a concepção liberal e individualista da cidade, que a considerava, apenas, um conjunto de lotes de propriedade privada e algumas áreas públicas, pois a reconheceu, em seu artigo 6º, a moradia como direito fundamental e passou a disciplinar, em capítulo específico, a política urbana sob enfoque social (BRASIL, 2013, p. 42).

A Constituição Federal, em seu artigo 182, trata da função social da cidade, que tem como objetivo prover habitação, trabalho, circulação e recreação para os habitantes. Em perspectiva formal, o plano diretor, quando atende às exigências previstas na legislação que trata do desenvolvimento urbano, estará cumprindo a função social urbanística (BRASIL, 1988). Contudo, como já descrito na seção anterior, em razão dos problemas crônicos de habitação, a execução do previsto pela legislação, até esse

momento, não garante a função social da cidade, uma vez que a população de baixa renda se encontra (sobre)vivendo em situações desumanas. Portanto, de forma recorrente, necessita-se refletir sobre qual é o papel do Direito no processo de urbanização.

Convém destacar que a função social da cidade, disposta no artigo 182 da CF-88, relaciona-se com a função social da propriedade, prevista no artigo 186 da Constituição Federal de 1988, a qual se refere a limitações às liberdades individuais e à propriedade perante o interesse coletivo. A função social, que é componente das propriedades rural e urbana, é também composta por atributos impulsionadores, que visam incentivar o proprietário particular a se comprometer com o meio ambiente natural, urbano, cultural e do trabalho, visando beneficiar as gerações presentes e futuras. As funções social e ambiental da propriedade estão contidas no artigo 1.228, § 1º do Código Civil de 2002 (TARTUCE, 2021, p. 150-151).

Nesse contexto, ao se ter imóveis urbanos vazios, sejam eles terrenos que estão sem uso ou estruturas edificadas que se encontram ociosas ou subutilizadas, necessita-se, com base nas funções sociais e ambientais da cidade e da propriedade, especialmente diante do impacto da pandemia nas famílias já vulneráveis de baixa renda, proceder à implementação dos instrumentos do Estatuto da Cidade (instituído pela Lei nº 10.257/2001), que se encontram descritos em seu artigo 4º, para o controle do uso do solo, os quais, contudo, não tem sido utilizados por muitos municípios. Logo, a política habitacional local é meio necessário para que se efetive o direito à moradia – e, consequentemente outros direitos, como o da saúde – aos pobres (ROLNIK, 2009).

Recentemente, as *smarts cities* que, por meio das tecnologias da informação, possibilitam a coleta de dados e a gestão inclusiva da cidade, apresentam-se como mais uma ferramenta para que se melhore a qualidade de vida da população (ARAÚJO; GUIMARÃES, 2018, p. 1.788), especialmente no que se refere à infraestrutura e aos serviços, a fim de que se implemente o direito à cidade, que é um direito de não exclusão da população das qualidades, benefícios e melhorias da vida urbana (LEFEBVRE, 1968).

O direito à saúde encontra-se previsto no artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos, sendo derivado do direito a um nível de vida adequado e baseado em quatro critérios: disponibilidade, acessibili-

dade, aceitabilidade e qualidade (ONU, 1948). Importa mencionar que o referido dispositivo foi reproduzido pelo artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC (ONU, 1966).

Já na Constituição Federal de 1988, a saúde, conforme o artigo 196, é reconhecida como um direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, como é o caso da habitacional, 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, 1988). O direito à saúde, no ordenamento jurídico pátrio, é categorizado, portanto, assim como o direito à moradia adequada, como humano e fundamental. Como o Brasil enfrenta problemas crônicos com a habitação, o sistema público de saúde também possui sérios défices. As precariedades do acesso à moradia adequada e à saúde, as quais, em perspectiva sistêmica, causam impactos uma a outra, demandam a sua gestão integrada, o que não aconteceu na pandemia da Covid-19.

Diante do exposto, evidencia-se que a moradia, enquanto um direito amplo relacionado a um padrão de vida adequado, está intrinsicamente relacionada com o direito à saúde, sendo meio para a sua efetivação, especialmente perante pandemias. O direito humano-fundamental à moradia digna, portanto, colabora para a prevenção de propagação de doenças.

3. A NECESSÁRIA ADOÇÃO DE MEDIDAS EMERGENCIAIS HABITACIONAIS PARA O ACESSO À MORADIA DIGNA PELA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Sob o enfoque jurídico, conforme explicado na seção anterior, o direito à saúde e o direito à moradia são interdependentes. Na gestão da pandemia de Covid-19, contudo, o que se evidenciou foi a falta de medidas emergenciais para atendimento habitacional da população de baixa renda. O auxílio emergencial assistencial ("coronavoucher") visou assegurar renda, em razão do aumento do desemprego, da diminuição da receita advinda da informalidade por causa da redução de circulação de pessoas e do aumento do custo de vida. Entretanto, os valores concedidos foram insuficientes para o pagamento de aluguéis e da alimentação básica, o que

ocasionou num grande número de ações de despejo por inadimplemento (FGV, 2021).

Enquanto países no exterior, como Estados Unidos e Alemanha, suspenderam os despejos, no Brasil, o artigo 9º do Projeto de Lei nº 1.179, de 13 de abril de 2020 (que foi convertido, em 10 de junho de 2020, na Lei nº 14.010/20, a qual instituiu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado - RJET), que previa a suspensão dos despejos liminares até o dia 30 de outubro de 2020, foi vetado pelo Presidente da República. Sem a aprovação do referido dispositivo, temia-se pela maior exposição das pessoas desalojadas, algumas portadoras de comorbidades e idosas, aos riscos de contaminação e de disseminação da Covid-19. Enquanto a situação estava indefinida no Legislativo, alguns juízes se mobilizaram para suspender pedidos liminares de despejo. Em 20 de agosto de 2020, com base na relação entre os direitos à moradia e à saúde, o Congresso Nacional, em sessão conjunta, derrubou o veto presencial (REIS, 2020).

A derrubada do veto não agradou, contudo, a todos os juristas, uma vez que as relações imobiliárias são complexas, pois possuem, de um lado, o locatário, que é reconhecidamente vulnerável, e, do outro, o locador, que, por vezes, depende da renda, de forma complementar ou exclusiva, para a sua subsistência, o que gera insegurança jurídica em relação aos contratos. Os aluguéis são um tema sensível, especialmente perante a economia liberal, não havendo consenso sobre intervenções sociais, ainda que em época de pandemia, em seu pagamento. De qualquer forma, a suspensão dos pedidos liminares (isto é, sem a oitiva da parte contrária) de despejo, não é suficiente para que se assegure o direito à moradia adequada durante a pandemia de Covid-19, pois é medida pontual, a qual não abrange a retomada do imóvel em todas as situações e que possibilita, em curto espaço de tempo, após a instrução e o julgamento procedente da ação, a expedição de mandado de despejo. Considerando que, "embora as famílias tendam a gastar com aluguel conforme sua renda, os gastos são relativamente maiores para os mais pobres", o adiamento do pagamento de aluguéis deve ser ponderado para que as famílias possam atravessar a crise econômica decorrente da pandemia (FIRPO; TAVOLARI, 2020).

Como os piores meses da pandemia no Brasil ocorreram entre fevereiro e abril de 2021, o prazo de suspensão dos despejos liminares, previsto

até 30 de outubro de 2020, necessita ser revisto, pois as pessoas demorarão para recompor a sua renda devido ao cenário econômico pandêmico.

Para o enfrentamento da carência habitacional no Brasil, que é maior entre famílias que têm renda entre zero e três salários-mínimos, a facilitação de aquisição de propriedades não é medida suficiente para a implementação do direito à moradia adequada. Inclusive, existem programas habitacionais, como o Minha Casa Minha Vida, que oferecem imóveis de baixa qualidade construtiva e ambiental, o que está em desacordo com o direito humano-fundamental à moradia adequada. Em perspectiva sistêmica, necessita-se de um conjunto de políticas públicas para se ter oferta de habitações de acordo com o poder aquisitivo da população de baixa renda, as quais incluem propriedades coletivas, moradias subsidiadas, auxílio-aluguel e cotas habitacionais para negros em espaços com melhor infraestrutura (ODILLA; PASSARINHO; BARRUCHO, 2020).

A ocupação de imóveis urbanos vazios, públicos ou privados, sejam eles terrenos que estão sem uso ou estruturas edificadas que se encontram ociosas ou subutilizadas, pela população de baixa renda durante a pandemia da Covid-19, é medida que foi adotada por outros países, como nos EUA e Portugal, mas não pelo Brasil. Em Lisboa, por exemplo, a prefeitura está alugando imóveis dos proprietários e sublocando a preços menores para as pessoas de baixa renda. No Brasil, o Projeto de Lei nº 989, de 25 de março de 2020, que está em tramitação, propõe, nesse sentido, que os hotéis, pousadas e assemelhados destinem 30% de suas vagas a moradores em situação de rua e a pessoas que estejam em moradias coletivas, tipo albergues, durante o estado de calamidade pública decretado. Em razão da demora na discussão e no andamento da proposta, que deveria ter sido priorizada, milhares de famílias, que poderiam estar mais seguras em moradias temporárias, especialmente perante a variante brasileira mais contagiosa, continuam em habitações não condizentes aos seus direitos humanos-fundamentais à moradia e à saúde. Convém destacar que o Estado de São Paulo havia preparado edital para a licitação de aluguéis de quartos em estabelecimentos de hospedagem, mediante o pagamento de tarifas módicas, com a finalidade de alocação da população pobre durante a pandemia, o qual, entretanto, não chegou a ser publicado (INSPER, 2020).

As decisões dos gestores de muitas cidades durante a pandemia não foram as melhores. São Paulo, a maior cidade brasileira por população, é

um exemplo. No que se refere à mobilidade, "a primeira ação da prefeitura foi cortar linhas de ônibus devido à diminuição de demanda". Essa medida, contudo, sobrecarregou as linhas que continuaram circulando, as quais ficaram lotadas, "o que obrigou a população a pegar um ônibus cheio em momento que, por conta do menor número de passageiros, o distanciamento social poderia ser praticado". A segunda ação foi a implantação do mega rodízio que resultou na situação de que "um profissional de saúde poderia ir de carro para o trabalho num dia, mas no outro, ele teria que pegar um transporte lotado". A consequência disso foi que "trabalhadores de serviços essenciais, como de supermercados e farmácias, tiveram que replanejar todos seus trajetos diários". Enquanto o Brasil está atrasado na adoção, de forma emergencial, de políticas habitacionais, outros lugares do mundo, como a Alemanha e a Colômbia, estão "investindo em alargamento de calçadas, melhoria de vias para pedestres e ciclistas" (TAVOLARI, 2020).

No Brasil, há campanha para que se aumente os locais disponíveis para isolamento dos idosos, os quais não o conseguem fazer em suas moradias em razão das condições precárias. Também, faltam políticas destinadas ao alojamento de moradores de rua e para a disponibilização de torneiras e de banheiros públicos salubres que possibilitem à população vulnerável a higiene necessária (ROLNIK, 2020).

Diante do exposto, evidencia-se que existem diversas medidas que podem ser adotadas para que se implemente o acesso à moradia digna para a população de baixa renda durante a pandemia de Covid-19. Como a vacinação no Brasil ainda está lenta pela falta de vacinas, faz-se necessária uma atenção maior à questão habitacional, uma vez que ela influencia na prevenção da disseminação do coronavírus (SARS-CoV-2).

CONCLUSÃO

A crise na habitação no Brasil se agravou com a disseminação da pandemia da Covid-19, porque muitas pessoas não encontraram em suas moradias a proteção necessária para evitar o contágio. A pandemia evidenciou, portanto, que habitações com condições dignas são fundamentais para a saúde humana. A crise atual demonstra a necessidade de se priorizar o acesso a moradias adequadas e ao saneamento básico, especialmente para

as populações de baixa renda, nas cidades brasileiras. A vulnerabilidade habitacional do Brasil decorre da ausência do Estado e da incapacidade do mercado na implementação dos direitos fundamentais à cidade, à habitação e à infraestrutura.

Como foi aqui explicado, um terreno urbano bem localizado e dotado de infraestrutura possui preço no mercado imobiliário que não condiz com o rendimento da população vulnerável, o que faz com que reste a essas pessoas a ocupação e a autoconstrução. Na ausência de políticas públicas, os pobres, por meio de seus processos de urbanização, resolvem, por si mesmos, os seus problemas habitacionais. O défice habitacional se concentra na faixa de pessoas que ganham até três salários-mínimos, os quais não se encaixam nos programas de financiamento habitacional disponíveis. A população de baixa renda, durante a sua vida, dependerá, portanto, do pagamento de aluguéis ou de invasões.

Os economicamente vulneráveis não têm casas, ou, se as possuem, na maioria das vezes não têm condições de ficarem isolados nelas, porque não possuem cômodos suficientes e não são assistidas por serviços públicos essenciais, como luz e saneamento básico, bem como por causa da fome. Nesse contexto, urbanizar favelas, dar condições sanitárias e assegurar a alimentação impactarão na saúde coletiva. As pessoas vulneráveis podem construir as próprias casas, desde que o poder público lhes forneça condições mínimas, como terrenos e assessoria técnica.

Perante o apresentado, em resposta ao problema de pesquisa, confirma-se a hipótese apresentada, uma vez que, para que se possibilite o acesso moradia digna à população de baixa renda, necessita-se da abertura de edifícios vazios, da proibição de despejos e remoções e da suspensão do pagamento de aluguéis. O Brasil, infelizmente, não adotou as referidas medidas habitacionais emergenciais necessárias para a assistência da população de baixa renda durante a pandemia da Covid-19.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Douglas da Silva; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. O direito à cidade no contexto das *smarts cities*: o uso das tic's na promoção do planejamento urbano inclusivo no Brasil. **Revista de Direi-**

to da Cidade, [S. L.], v. 10, n. 3, p. 1788-1812, 2018. http://dx.doi.org/10.12957/rdc.2018.33226.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 5 mar. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mar. 2021.

_____. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013.

_____. **Estatuto da Cidade**: comentários sobre a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. **Direito internacional da água doce**: fontes, regimes jurídicos e efetividade. Curitiba: Juruá, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 1.179, de 13 de abril de 2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2247564. Acesso em: 5 mar. 2021.

_____. **Projeto de Lei nº 989, de 25 de março de 2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241948. Acesso em: 6 mar. 2021.

FERNANDES, Edésio. Direito do urbanismo: entre a "cidade legal" e a "cidade ilegal". In: FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico**. Belo Horizonete: Del Rey, 1988. p. 3-14.

FIRPO, Sérgio Firpo; TAVOLARI, Bianca. **Adiar pagamento de aluguel ajudaria as famílias pobres a atravessar a crise?** Mais de 3,4 milhões de famílias com renda até 2 salários-mínimos seriam beneficiadas. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/aluguel-e-pandemia-quem-paga-e-quem-recebe-no-brasil.shtml. Acesso em: 25 fev. 2021.

FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **O impacto da pandemia sobre as classes econômicas brasileiras**. Disponível em: https://portal.fgv.br/impacto-pandemia-sobre-classes-economicas-brasileiras. Acesso em: 11 mar. 2021.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil**. 2015. Disponível em: http://fjpdados.fjp.mg.gov.br/deficit/#:~:text=Os%20resultados%20mostram%20que,domic%C3%ADlios%20particulares%20permanentes%20e%20improvisados. Acesso em: 15 mar. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de Indicadores Sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

INSPER. **Pandemia amplifica desafios para a segurança de moradia**. 2020. Disponível em: https://www.insper.edu.br/noticias/pandemia-desafios-moradia/. Acesso em: 13 mar. 2021.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2001

ODILLA, Fernanda; PASSARINHO, Nathalia; BARRUCHO, Luís. **Brasil tem 6,9 milhões de famílias sem casa e 6 milhões de imóveis vazios, diz urbanista**. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44028774. Acesso em: 15 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral n. 4, de 12 de dezembro de 1991**. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000225430. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pacto_internacional_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

REIS, Guilherme Alberge**. É possível despejar o locatário durante a pandemia?** Análise do veto presidencial à suspensão dos despejos liminares no Regime Jurídico Emergencial e Transitório. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/328892/e-possivel-despejar-o-locatario-durante-a-pandemia--analise-do-veto-presidencial-a-suspensao-dos-despejos-liminares-no-regime-juridico-emergencial-e-transitorio. Acesso em: 13 mar. 2021.

ROLNIK, Raquel. **Direito à moradia**. 2009. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=1034:cat. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. **Emergência habitacional**. 2020. Disponível em: https://outraspalavras.net/outrasmidias/emergencia-habitacional-propoe-raquel-ronlik/. Acesso em: 7 mar. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das coisas. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TAVOLARI, Bianca. **Cidades acumulam problemas, mas também soluções para a pandemia**. Disponível em: https://portal.aprendiz.uol.com.br/2020/06/10/bianca-tavolari-cidades-acumulam-problemas-mas-tambem-solucoes-para-pandemia/. Acesso em: 9 mar. 2021.

KOWARICK, Lúcio. **Viver em risco:** sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil. São Paulo: Editora 34, 2009.

DIREITOS FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO E A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AOS DIREITOS HUMANOS

Marcelo Paar Santiago[115]

INTRODUÇÃO

Em junho de 2020, recebi convite do Professor Dr. Carlos Alberto de Lima Almeida, líder de pesquisa do Observatório de políticas Públicas, Direito e Proteção Social, ligado ao PPGD da Universidade Estácio de Sá – UNESA, para participar, em julho do mesmo ano, de uma roda de conversa que teve como tema "Racismo e antirracismo no Brasil e nos EUA". Aceitei e decidi focar minha fala na categoria "antirracismo", que, ao nosso sentir, passa necessariamente pela consecução de políticas públicas. Assim, comecei a pesquisar a discussão acadêmica de políticas públicas voltadas a essa temática. Em tal pesquisa achei uma filmagem na rede mundial de computadores (THEODORO, 2016) que muito me chamou a atenção. Trata-se de um registro da Mesa Redonda: Políticas Públicas antirracistas: um projeto decolonial, realizada pela Universidade

115 Bolsista do programa de desempenho do Doutorado em Direito Público e Evolução Social do PPGD-UNESA; aluno externo do Doutorado do PPGD/UERJ; mestre em Direito Público e Evolução Social pelo PPGD-UNESA; especialista em Licitações e Contratos administrativos pela UCAM; especialista em Direito Tributário com ênfase em Legislação de Impostos pela UNESA; pós-graduando em Gestão Tributária pela USP; graduado em Direito pela UGF.

de Brasília – UNB, em 7 de outubro de 2016, em que um dos expositores foi o Professor Dr. Mário Theodoro, que falou sobre "Racismo e políticas públicas: a experiência brasileira".

Em sua fala, o Professor Mário Theodoro retrata suas experiências e dificuldades no executivo federal, quando exercia o cargo de Secretário Executivo da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República Federativa do Brasil, no período de 2011 a 2013. Em dado momento[116], Theodoro interrompe sua explanação sobre sua experiência governamental para explicar aos ouvintes o que é PPA (plano plurianual), LDO (lei de diretrizes orçamentárias) e LOA (lei orçamentária anual).

O que também chama atenção é que o público que ali estava presente era, em sua grande maioria, engajado na efetivação de políticas públicas antirracistas e (também em sua grande maioria) de acadêmicos e universitários. Este fato confirmou mais ainda minha decisão de focar minha fala na íntima e necessária ligação dos Direitos Financeiro e Tributário com a consecução de políticas públicas, em especial às voltadas para a proteção da dignidade da pessoa humana. É que, ao meu sentir, falar de políticas públicas (salvo as negativas[117]) sem uma abordagem que perpasse pelos Direitos Financeiro e Tributário é travar uma discussão absolutamente estéril.

Com efeito, salvo as políticas públicas negativas – que são muito poucas, diga-se de plano –, não se realizam políticas públicas sem dinheiro público, fato que necessária e indispensavelmente envolve o Direito Financeiro na questão. Trata-se de matriz constitucional. O comando tem previsão no art. 165, I, II e III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB-88), c/c o art. 35, I, II e III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). As constituições estaduais e as leis orgânicas do Distrito Federal e dos municípios, simetricamente com a CRFB-88, também trazem em seus respectivos textos tal comando.

Já em relação ao Direito Tributário, é uma realidade que a principal espécie de receita pública é a derivada tributária, motivo pelo qual este Direito merece especial atenção daqueles que engendram ou buscam engendrar políticas públicas, inclusive quanto à possibilidade constitucional

116 Aos 13:35 min. do vídeo no Youtube, disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=DYSljiK23NA&t=2237s. Acesso em: 19. out. 2020.

117 Políticas públicas negativas são aquelas nas quais o Estado decide não intervir.

de se estabelecer isenções e benefícios de natureza tributária, na forma do art. 150, § 6º, c/c o art. 165, § 6º, ambos da CRFB-1988.

Assim, o presente artigo procura demonstrar a intrínseca e necessária interligação entre os Direitos Financeiro e Tributário e a consecução de políticas públicas positivas, analisando o porquê do pouco interesse e desconhecimento das pessoas que lidam com a consecução de políticas públicas têm sobre tais direitos.

1. DIREITO FINANCEIRO: O POUCO INTERESSE E DESCONHECIMENTO DAS PESSOAS QUE LIDAM COM A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Pesquisando e refletindo sobre este pouco interesse e desconhecimento do Direito das pessoas que lidam com a consecução de políticas públicas, verifiquei que existem indícios de que o problema também esteja na formação dos profissionais que lidam com políticas públicas. Por exemplo, na área do Direito são raras as faculdades que dão ao Direito Financeiro a devida atenção. Em regra, o Direito Financeiro é ensinado ao graduando como uma espécie de matéria introdutória ao Direito Tributário, superficialmente pincelado dentro desta última cadeira.

Como exemplos que excepcionalizam essa desimportância dada ao Direito Financeiro, podemos citar a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, que no seu Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, tem uma disciplina chamada "Direito Financeiro e Políticas Públicas", cujo objetivo é o exame crítico do Direito Financeiro e seu regime constitucional para criação e implementação de políticas públicas, com vistas à efetividade dos direitos sociais, com foco na reserva do possível e nas escolhas trágicas. No Rio de Janeiro, a Universidade Candido Mendes – UCAM e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ têm o Direito Financeiro como uma disciplina obrigatória.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por intermédio de ofício datado de 24 de setembro de 2020, solicitou ao Conselho Nacional de Educação, do Ministério da Educação e Cultura, que o Direito Financeiro se torne uma disciplina obrigatória nos cursos jurídicos. Tal ofício é sobrescrito por Luiz Claudio Allemand, presidente da Comissão Especial de Direito Financeiro, e por Marcus Abraham, que

já presidiu a Comissão Temática de Direito Tributário e Financeiro da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região e é coordenador no Núcleo de Estudos em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento da Faculdade de Direito da UERJ (NEFIT-UERJ), hoje sendo professor titular de Direito Tributário e Financeiro naquela universidade.

André Luiz Mendonça (Ministro da Justiça), por intermédio do ofício nº 688/2020/GM, e José Levi Mello do Amaral Júnior (Advogado-Geral da União), por intermédio do ofício nº 247/AGU, também solicitaram a inclusão do Direito Financeiro no rol de disciplinas essenciais e obrigatórias dos cursos jurídicos.

A necessidade de se incorporar o Direito Financeiro no cotidiano dos cursos jurídicos é premente. Vou além: o Direito Financeiro, ao menos em certa medida, deve ser incorporado em qualquer curso que lide com administração pública ou que dela diretamente dependa. E não é só. O Direito Financeiro – que apesar de ser direito – antigamente ficava basicamente restrito à seara dos Poderes Executivo e Legislativo, mas com a CRFB-88 ganhou uma nova dimensão, que nos levou ao fato de que o orçamento público se instrumentaliza por lei ordinária, e como tal, sujeita ao controle de constitucionalidade abstrato. Assim, a judicialização de políticas públicas se tornou comum na realidade brasileira. Vejamos os ensinamentos de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que explica a mudança paulatina do entendimento pretoriano sobre os controles de constitucionalidade das leis orçamentárias:

> Tema dos mais atuais e relevantes, inserido na discussão mais ampla acerca da judicialização da política e do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é o do **controle de constitucionalidade abstrato do orçamento público**. Como discutido pelos constitucionalistas e cientistas políticos, toda a nossa disciplina constitucional e infraconstitucional, pós-1988, acerca da estrutura e do funcionamento do Supremo Tribunal Federal, ampliando o acesso à sua jurisdição concentrada e abstrata e seus poderes de decisão favoreceram a *judicialização da política e das grandes questões sociais* em seu âmbito de atuação. Importantes questões políticas e sociais, tradicionalmente deliberadas e resolvidas nas arenas políticas – Legislativo e Executivo – passaram, rotineiramente, a ser

questionadas no Supremo, principalmente, por meio de ADIs[118]. Aos poucos, a judicialização da política se tornou uma realidade da nova democracia brasileira.

Esse fenômeno alcançou as leis orçamentárias, tendo sido propostas ADIs questionando a constitucionalidade, em abstrato, das leis orçamentárias. Ocorre que, durante os primeiros anos de vigência da Constituição, o Supremo não respondeu a essa demanda com uma disposição ativista, negando a possibilidade de realizar essa espécie de controle diante da natureza específica das leis orçamentárias. O Supremo foi, inicialmente, muito deferente ao Executivo no campo do controle concentrado e abstrato das leis orçamentárias e das medidas provisórias de aberturas de créditos extraordinários. Além de enxergar esses atos legislativos como verdadeiras "opções políticas", a Corte recusou seu poder de controle abstrato sob o argumento, muito ortodoxo, dessas normas "veicula(rem) atos de efeitos concretos", apenas autorizadores de dispêndio administrativo de recursos públicos, ao passo que o controle concentrado e abstrato só poderia alcançar normas dotadas de generalidade.[119]

Como a lei orçamentária tem a característica especial de veicular normas de efeitos concretos, posta para vigorar por um prazo certo e determinado, autorizando gastos públicos determinados, o Supremo negava exercer seu controle abstrato, justamente por não enxergar nas leis orçamentárias o caráter abstrato e genérico próprio das leis em sentido material. Como, sob o ponto de vista prático, essas leis também não eram objeto de controle de constitucionalidade em processos subjetivos (controle difuso), as leis orçamentárias ficavam absolutamente imunes ao controle judicial de sua constitucionalidade. O controle seria então limitado à sua execução – controle da legalidade e da legitimidade dos atos ad-

118 Cf. por todos: VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999; ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Org.). **The Judicialization of Politics in Latin America.** New York: Palgrave Macmillam, 2005, pp. 231/262.

119 STF – Pleno, ADI 647/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18/12/1991, DJ 27/03/1992; STF – Pleno, ADI 2100/RS, Rel. p/ac. Min. Nelson Jobim, j. 17/12/1999, DJ 1 jun. 2001.

> ministrativos – mas não haveria, desse modo, controle judicial do próprio conteúdo das leis orçamentárias quanto ao aspecto de sua constitucionalidade.
>
> Contudo, à medida que o novo milênio se aproximava, teve início a *era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.* É difícil precisar o momento exato dessa mudança, pois todo o processo foi gradual. A verdade é que, aos poucos, a Corte foi abandonando suas *ortodoxias de autorrestrição judicial*, inclusive mudando sua postura no controle de constitucionalidade do orçamento, definindo que essa espécie legislativa, ainda que de efeitos concretos, está sujeita ao seu controle concentrado e abstrato.
>
> O Supremo vem, gradativamente, superando suas decisões de incompetência para o controle concentrado e abstrato do orçamento público. Primeiramente, a Corte abandonou o critério de afastamento generalizado da possibilidade de controle da lei orçamentária e decidiu praticar uma avaliação "caso a caso" e efetivamente exercer o controle se a lei veiculasse uma norma que conflitasse frontalmente com a Constituição.[120] Depois, na ADI-MC 4.048, a Corte ampliou definitivamente seu poder de controle, abandonando de uma vez a possibilidade de imunidade da lei orçamentária quando passou a entender que toda lei, mesmo que de efeitos concretos, está sujeita ao controle concentrado e abstrato, inclusive e especificamente, as normas orçamentárias.[121] A expansão dos poderes da Corte se mostrou aqui muito significativa em se endereçar àquela que era uma das *últimas províncias políticas imunes ao poder judicial*. (CAMPOS, 2009, p. 15-17).

Desta forma, convicto de que todos aqueles que lidam ou desejam lidar com o engendramento de políticas públicas devem saber, ao menos, sobre os princípios que norteiam a elaboração e a execução dos orçamentos públicos e sobre as regras que norteiam a elaboração e fixam os prazos

120 STF – Pleno, ADI 2.925/DF, Rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, j. 19/12/2004, DJ 04/03/2005 (trata-se do conhecido "caso CIDE-combustíveis").

121 STF – Pleno, ADI-MC 4.048/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008, DJ 22/08/2008.

de elaboração do Plano Plurianual – PPA, da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA.

2. DIREITO TRIBUTÁRIO: O POUCO INTERESSE E DESCONHECIMENTO DAS PESSOAS QUE LIDAM COM A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Tão importante quanto o Direito Financeiro, o Direito Tributário também é fundamental na consecução de políticas públicas positivas: seja na normatização da relação jurídica entre fisco e contribuinte, seja especificamente na normatização de isenções ou outros benefícios de natureza tributária que impactem no engendramento de políticas públicas positivas.

Ao contrário do Direito Financeiro – no qual a maioria das pessoas ainda o associa com o mercado financeiro e o mundo coorporativo – o Direito Tributário é frequentemente associado aos impostos. Não que isso seja completamente correto, uma vez que as outras espécies do gênero tributo acabam negligenciadas, mas ao menos há uma correta correlação – ainda que parcial – com o objeto de seu estudo. O fato é que o conhecimento das pessoas que lidam com o engendramento de políticas públicas positivos no que tange ao Direito Tributário é quase nenhum. Por exemplo: poucas pessoas associam a Lei Rouanet à uma lei que integra o conceito de legislação tributária, como de fato é, na forma do art. 96 do Código Tributário Nacional.

Esse desconhecimento tenta ser justificado pela enorme, complexa e mutante legislação tributária. Entretanto, os princípios norteadores do Direito Tributário não mudam. A mesma coisa ocorre com o instituto da isenção: os dispositivos elencados no art. 150, § 6º, da CRFB-88 e nos arts. 104, III; 111, II e 175 a 182, do CTN, nunca foram modificados. A Súmula 544 do STF fecha a porta para alterações ou supressões unilaterais de isenções. A mutabilidade do Direito Tributário aqui não vinga.

As constatações acima expendidas, em certa medida, explicam o porquê do insucesso (ou pouco sucesso) dos movimentos sociais que buscam do engendramento de políticas públicas positivas, permitindo ao administrador público (na maioria das vezes, aos agentes políticos) o uso da justificativa (que chamo de "desculpa legal") da falta de dinheiro ou da falta de dotação orçamentária própria para a consecução de determinada política

pública. Tais assertivas não podem mais prosperar. Com efeito, o Direito Tributário (bem como o Direito Financeiro) é meio de efetivação da dignidade da pessoa humana; da solidariedade social e, por conseguinte, dos direitos humanos, conforme se expende abaixo.

3. A NATUREZA JURÍDICA E O CONTEÚDO MÍNIMO DA IDEIA DE DIGNIDADE HUMANA: SUA APLICAÇÃO NAS SEARAS FINANCEIRA E TRIBUTÁRIA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Luís Roberto Barroso (2014, p. 72) assevera, com razão, que a "dignidade humana se tornou um consenso ético essencial no mundo ocidental". Essa característica de transnacionalidade que a dignidade da pessoa humana ganhou contemporaneamente fez com que a sua natureza jurídica fosse determinada de forma diferente em vários países. Como exemplo, em alguns é tratada como direito fundamental, em outros com valor absoluto e em outros, ainda, como princípio jurídico, dentre tantas outras qualificações, havendo, portanto, a necessidade de uma uniformização. Desta forma, forte nas lições de Barroso (2010, p. 3), se fez necessário "precisar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, como pressuposto da determinação do seu modo de aplicação".

A dignidade da pessoa humana passa a ser tratada como conceito jurídico com a ascensão do pós-positivismo que, dentre outras coisas, reaproximou o Direito das Filosofias política e moral. Este conceito, então, jurídico que o é, precisava ter sua natureza jurídica e seu conteúdo mínimo identificados, para que pudesse ser utilizável.

Após a Segunda Guerra Mundial, como bem lembra Barroso (2010, p. 5), a dignidade da pessoa humana – já na qualidade de conceito jurídico – passa "a desempenhar um papel central no discurso sobre direitos humanos". Também neste período inúmeras "Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos". Por exemplo, a jurisprudência alemã, ensina Barroso (2010, p. 5), alçou a dignidade da pessoa humana ao *status* de valor fundamental e centro axiológico de todo o seu sistema constitucional.

A dignidade da pessoa humana, enquanto conceito jurídico, se consubstancia num dever-ser normativo. No Direito, ganhou status

de princípio jurídico sem, contudo, perder sua carga axiológica e ética. Isto porque o ordenamento jurídico passou a ser, nas palavras de Barroso (2010, p. 10), "permeável aos valores morais" e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana – originariamente valor fundamental – foi transmutada em princípio jurídico de estatura constitucional, conforme o modelo dworkiniano (DWORKIN, 2010, p. 46-50). Assim, é possível dizer que a dignidade da pessoa humana se revela como um valor ou princípio fundamental relativo (sem caráter absoluto), localizando-se próxima ao núcleo do conjunto dos direitos materialmente fundamentais, contudo, sem se confundir com um desses direitos. Esta é sua natureza jurídica.

Nesta senda, podemos asseverar, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana se revela intrinsecamente ligado à ideia de mínimo existencial. Este também é o entendimento da jurisprudência. Barroso, discorrendo sobre o assunto, faz menção (em nota de rodapé) ao AgRg no Ag 1265900-RS, do STJ, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, publicado em 7 de maio de 2010, explicando o seguinte:

> A dignidade, assim, será critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação. Por exemplo: o mínimo existencial desfruta de precedência *prima facie* diante de outros interesses. (BARROSO, 2010, p. 13).

O raciocínio é que uma pessoa tem o direito a acessar bens e serviços que lhe proporcione um mínimo de existência digna. Alimentação, moradia, educação e saúde adequadas são exemplos desse mínimo existencial digno. Esses bens e serviços se consubstanciam em necessidades, que, por serem públicas (comuns a todos), devem ser supridas pelo Estado. Isto integra a ideia do contrato social, conforme lecionou Jean-Jacques Rousseau. (ROUSSEAU, 2011). Nos Estados Unidos, ensina Barroso, a dignidade da pessoa humana admite "direitos sociais, que geram prestações positivas, como trabalho, planos de saúde ou meio-ambiente saudável" (BARROSO, 2010, p. 9).

Desta forma, é possível dizer que tanto a dignidade humana quanto o mínimo existencial orbitam nas searas dos Direitos Financeiro e Tributário. Na seara financeira, o mínimo existencial se afigura como um

parâmetro mínimo de subsistência de todos para que se alcance a dignidade humana. Podem ser conjuntamente tratadas, portanto, como objetos, diretrizes e metas traçados e executados pela Administração Pública (em sentido amplo) na busca da consecução de políticas públicas positivas. Assim, o Direito Financeiro também pode ser conceituado como sendo o ramo do direito público que normatiza a forma pela qual o Estado executa suas políticas públicas que (também) buscam dar eficiência, eficácia e efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo o mínimo existencial como parâmetro de aferição.

3.1 TRIBUTAÇÃO, POLÍTICAS PÚBLICAS POSITIVAS E DIREITOS HUMANOS

Já na seara tributária, as ideias de dignidade humana e mínimo existencial se ligam umbilicalmente aos princípios da capacidade contributiva e do não-confisco.

O princípio da capacidade contributiva, em seu elemento "capacidade econômica", pode ser simploriamente explicado com a assertiva de quem ganha mais (bens e/ou direitos) deve pagar mais tributo (aqui não se levando em consideração a equidade). O aferidor que determina até onde o Estado por avançar no patrimônio de um particular por intermédio da tributação é justamente o mínimo existencial. Com efeito, quando o Estado avança no patrimônio do particular ao ponto de atingir o seu mínimo existencial, restará maculado, então, o princípio do não-confisco, que se configura na proibição aos Entes Federados de utilizar tributo (aqui também se incluindo as multas) com efeito de confisco.

Desta feita, verifica-se com clareza solar a íntima interligação que a tributação tem com a consecução de políticas públicas positivas e dos direitos humanos. A tributação é um poderoso instrumento de (re)distribuição de renda na sociedade e pode ser utilizada como uma ferramenta que o Estado tem para intervir na economia (caráter extrafiscal).

Fernando Facury Scaff, com propriedade, afirma que "não há como reduzir desigualdades se o dinheiro que é arrecadado de todos é usado primordialmente em favor de alguns. Quem controla o direito, controlará o dinheiro nessa sociedade" (SCAFF. In: NETO. SILVA. NEVES. (Coord.), 2018, p. 8). Nada mais atual e verdadeiro. É a expressão mais

triste da cordialidade expendida por Sérgio Buarque de Holanda: o governante tratando como seu aquilo que é público. Vejamos:

> O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. (HOLANDA, 2019, p. 169).

Não é ao acaso que João Cezar de Castro Rocha explica que Sérgio Buarque de Holanda desejava desvendar o caráter promíscuo da relação entre o público e o privado. (ROCHA, 2005. p. 10). Nesta toada, vale destacar que até o liberalismo (liberalismo igualitário), desenvolvido pelas obras de John Rawls (2008) e Ronald Dworkin (2011), teoriza o entrelaçamento entre a tributação e os direitos fundamentais. Em suma, essa teoria preconiza que a tributação deve se limitar a arrecadar aquilo que seja estritamente necessário ao custeio de serviços tipicamente estatais, se priorizando os serviços públicos que comtemplam a consecução de direitos fundamentais. Vê-se aqui que não apenas a liberdade ganha relevo (como é no liberalismo clássico), mas ao seu lado, no mesmo grau de importância, a igualdade também se destaca. É o que Amartya Sen (2001, p.134 – 135) chama de "igualdade de meios".

José Claudio Monteiro de Brito Filho assevera que "a tributação tem papel primordial na distribuição dos direitos fundamentais" (BRITO FILHO, 2018, p. 27). É o tributo (receita derivada tributária) a principal fonte de receita para o Estado, o que justifica o comando de que deve ele entregar o mínimo necessário para que as pessoas possam viver com dignidade.

Marcos Bueno Brandão da Penha, expende que o tributo ainda é compreendido por parte da doutrina como uma "norma de rejeição social", de caráter odioso. Mas a verdade, segundo Penha, é que "o tributo encontra seu fundamento no princípio da solidariedade social", pois sua finalidade é custear "políticas públicas que viabilizem os direitos sociais constitucionalmente previstos. (PENHA, 2018, p. 175 e 188). Sobre o tema, Daury César Fabriz e Ademilson Lima de Souza explicam o seguinte:

> A Constituição acolheu a constante axiológica da solidariedade social no art. 3º, I, da CF/1988 (LGL/1988/3), quando afirma o ob-

> jetivo fundamental da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que imprime o compromisso da ordem econômica programática com a utopia transformadora do Estado Democrático de Direito, projeto que depende de projetos recíprocos, ou seja, dos particulares em contribuir para a manutenção dos gastos públicos e do Estado em promover adequada destinação das receitas orçamentárias, conforme a regra de transparência e de submissão ao escrutínio da sociedade. [...]
>
> E no Brasil a verdade prática é estabelecida em torno do ideal de vida digna, o verdadeiro telos republicano, que determina a atividade política, incluindo a participação do povo no financiamento do Estado.
>
> Reconhece-se a inadiabilidade dos direitos sociais e, em decorrência, a cidadania contributiva ativa visa a financiar o Estado, a partir da base de convencimento da coletividade ao agir ético para alcançar a responsabilidade social adequada. Fala-se, então, na formação da cultura tributária como uma faceta do processo cultural geral, isto é, a consciência de que o contrato social impõe a concretização de valores morais como o solidarismo como constante axiológica relativa aos direitos de terceira dimensão, que são conhecidos e viabilizados pelos participes da vida nacional, em disposição coletiva da soma de esforços. (FABRIZ; SOUZA. 2013. p. 6 e 11).

No mesmo sentido, José Casalta Nabais (2005, p. 127) assevera que "o direito dos impostos tem servido à concretização da ideia de solidariedade social ao longo de toda a evolução do Estado fiscal, muito embora a mesma seja bem mais visível no Estado fiscal social do que no Estado fiscal liberal".

3.2 ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

No Estado democrático de direito, levando-se em conta o princípio do orçamento-programa, não mais se pode admitir que a lei orçamentária seja considerada meramente autorizativa, desprovida de qualquer carga

impositiva. Ao nosso sentir, tal entendimento, em última análise, acaba, em certa medida, atacando a própria legitimidade do Governo que deixa de cumpri-la em sua totalidade. Com efeito, muito embora seja certo que parte do eleitorado escolhe o mandatário por seu carisma, não se pode olvidar que outra boa parte o escolhe levando em consideração as suas políticas públicas e as suas respectivas escolhas de consecução, que devem ser antecipadamente elencadas à sociedade, na forma do registro do programa de governo, este sendo um elemento também obrigatório para o deferimento de candidaturas à cargos eletivos do Executivo.

É justamente este programa de governo, registrado pelo candidato à mandatário, vencedor da eleição, que deve nortear a elaboração dos seus projetos do PPA; da LDO e da LOA. A participação popular na elaboração das leis de cunho orçamentário, ao nosso sentir, começa pela escolha do mandatário, pois ali também se escolhe o seu programa de governo.

Noutro giro, é de se notar que modernamente as escolhas (e até mesmo a execução) de determinadas políticas públicas, em especial às de cunho social, têm tido uma participação mais eloquente da sociedade. Como já dito, é o chamado "orçamento participativo", que somente se corporifica com eficiência e eficácia se a sociedade (ou, ao menos, parcela dela) conhecer os institutos e mecanismos, ainda que basilares, dos Direitos Financeiro e Tributário, coisa que parece que os governos não querem muito.

Como exemplo, o próprio legislador constituinte de 1987, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (art. 35, § 2º, I, II e III) estabeleceu (até hoje vigendo, diga-se de passagem) os prazos de elaboração do Plano Plurianual – PPA; da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e da Lei Orçamentária Anual – LOA, relativos à União, sem, entretanto, fixar de forma direta uma data sequer [...]. Com efeito, a compreensão das datas de envio dos respectivos projetos de lei, do Executivo ao Legislativo; bem como das datas de retorno de tais projetos de lei, do Legislativo ao Executivo, dependem primordialmente do conhecimento de institutos jurídicos não acessíveis ao brasileiro médio. A compreensão de institutos jurídicos como: exercício financeiro, primeiro período da sessão legislativa, segundo período da sessão legislativa e ano civil, é indispensável para o pleno entendimento daqueles prazos de elaboração.

A necessidade premente da sociedade conhecer, ainda que basilarmente, os procedimentos de consecução de políticas públicas que ocorrerem nas searas tributária e financeira é fundamental para a efetivação dos direitos humanos. Neste sentido são as ponderações de Claudia Gurgel, vejamos:

> Na realidade constitucional brasileira, no centro das políticas sociais, os destaques são as normas que possibilitam o controle social na efetividade dos direitos humanos, tanto no âmbito do orçamento público quanto na criação dos instrumentos de participação. [...]
>
> Dos instrumentos de atuação do Estado na realização de seus compromissos institucionais, o orçamento público se destaca nessa tarefa, quando, a partir de uma abordagem mais funcional, deixa de ser entendido como peça contábil e financeira fixadora apenas da previsão de receitas e a fixação de despesas para determinado período, – visão tradicional do orçamento –, e passa a ser veículo condutor dos planos governamentais de desenvolvimento. Num aspecto mais dinâmico, torna-se um eficiente mecanismo de interação do Estado com a sociedade, dando suporte às ações públicas que se voltam à proteção e eficiência dos direitos humanos. [...]
>
> Não se pode olvidar que o Estado Democrático brasileiro Social e de Direito afirma-se, sobretudo, pela via do orçamento, com o devido controle dos gastos públicos e o redirecionamento das despesas vinculadas às políticas sociais. (GURGEL, Claudia. In: PIRES, Adilson Rodrigues; VIEIRA, Carlos Renato; BACHA, Rafael Duailibe (organizadores), 2018, p. 17 e 30).

Infelizmente, o fato é que grande parte da nossa sociedade ainda não enxerga o orçamento público como um instrumento de consecução de políticas públicas, capaz de dar efetividade ao mínimo existencial; à dignidade humana e, por conseguinte, aos direitos humanos.

4. CONCLUSÃO

A interligação entre os Direitos Financeiro e Tributário com a consecução de políticas públicas é intrínseca. Os conceitos de dignidade huma-

na, mínimo existencial, direitos humanos e controle de constitucionalidade abstrato do orçamento público, são de suma importância nas searas de tais direitos, em especial para a Administração Pública (em sentido amplo).

Hoje, quem escolhe (governo – agentes políticos) as políticas públicas que podem resultar na efetivação do mínimo existencial, da dignidade humana e dos direitos humanos são grupos políticos, que nem sempre estão imbuídos dos ideais republicanos, assim, acabam por "sequestrar" os Direitos Financeiro e Tributário em benefício próprio, em detrimento do interesse público.

É necessário e urgente que, não só as pessoas que lidam com o engendramento de políticas públicas positivas, mas toda a sociedade, compreendam – ainda que superficialmente – como funcionam os Direitos Financeiro e Tributário no âmbito da consecução de políticas públicas. Trata-se de uma quebra de paradigma, de ruptura e mudança no sistema político-jurídico de escolhas e execução de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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. Mimeo., dez. 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo n. 1265900-RS**. Relator Min. Sidnei Beneti. 7 maio 2010. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;ag:2010-04-20;1265900-1015503. Acesso em: 30 mar. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Artigo intitulado: **Curso de direito financeiro e tributário – Orçamento Público**. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/11727180/Or%C3%A7amento_P%C3%BAblico. Acesso em: 14 mar. 2021.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da liberdade**. Tradução Jussara Simões. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FABRIZ, Daury César; SOUZA, Ademilson Lima de. O dever fundamental de promover a sustentação dos gastos públicos e a solidariedade social tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 108, jan./fev. 2013.

FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. Tributação, direitos fundamentais e liberalismo igualitário. In: NETO, Calilo Jorge Kzan. SILVA, Maria Stela Campos. NEVES, Rafaela Teixeira Sena (Org.). **Tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GURGEL, Claudia. Democracia brasileira participativa e o orçamento público na defesa dos direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues. VIEIRA, Carlos Renato. BACHA, Rafael Duailibe (Org.). **Políticas públicas e tributação**. 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. 10ª reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

PENHA, Marcos Bueno Brandão da. Tributação, solidariedade social e o dever fundamental de pagar tributos: a função dos tributos no Estado Democrático e Social de Direito. In: PIRES, Adilson Rodrigues; VIEIRA, Carlos Renato; BACHA, Rafael Duailibe (Orgs.). **Políticas públicas e tributação**. 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Cordialidade à brasileira.** Mito ou realidade? Rio de Janeiro: Editora Museu da República, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Editora Penguin Companhia, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. **Notas para a compreensão do direito financeiro como um direito social**. In: NETO, Calilo Jorge Kzan. SILVA, Maria Stela Campos. NEVES, Rafaela Teixeira Sena (Orgs.). **Tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

THEODORO, Mário. **Racismo e políticas públicas**: a experiência brasileira, na mesa-redonda: Políticas Públicas antirracistas: um projeto decolonial, realizada pela Universidade de Brasília – UNB, em 7 out. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-DYSljiK23NA&t=2237s. Acesso em: 19. out. 2020.

A TUTELA DA NATUREZA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A EXISTÊNCIA DE UM DIREITO ESSENCIAL NÃO ANTROPOCÊNTRICO

Marcelo Araújo Correia[122]

INTRODUÇÃO

Sabe-se que os direitos humanos são aqueles tidos como essenciais para a garantia de uma vida digna a todos os seres humanos, possuindo interdependência e sendo indivisíveis entre si. Sendo assim, sua proteção é de extrema importância para a comunidade internacional, a qual criou tanto mecanismos globais de proteção, como os da Organização das Nações Unidas, quanto regionais, como os do sistema interamericano.

No âmbito de cada um deles, foram sendo convencionados tratados de proteção e tutela de diferentes situações, além da criação de entendimentos acerca da abrangência de certos direitos e punição dos seus violadores. Pela questão da interdependência e conexão entre os direitos humanos, muitos litígios carregam violações diretas a uns deles e indiretas a outros, cabendo a cada sistema avaliar seu modo de tutelá-los.

Com os direitos ligados ao meio ambiente isso não foi, ou é, diferente, pois eles foram encarados de diferentes formas pela Corte Interamericana

122 Graduando em Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE).

de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão do sistema regional americano tanto responsável por emitir pareceres sobre a abrangência de direitos e modo de interpretação das suas normas protetivas, quanto competente para julgar violações de direitos humanos pelos Estados.

Desta forma, analisar-se-ão casos levados à Corte, alguns ligados ao tema ambiental e outros que foram relevantes para desenvolver a questão da proteção dos DESCA (direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais), algo que rende controvérsias até hoje. Não obstante, será colocada em pauta a Opinião Consultiva nº 23/2017 da Corte, destacando suas contribuções no tocante à valorização do direito ao meio ambiente sadio, cujas nomenclatura e compreensão também serão discutidas.

Dito isto, o que se pretende com o presente trabalho, para além de uma questão meramente teórica, é visualizar o quanto o ser humano, apesar de sempre se colocar como um ser superior, carece de meios para garantir diversos direitos "humanos" caso o habitat que ocupa não forneça as condições necessárias. Portanto, o que se avalia é a possibilidade de existência de um direito essencial não antropocêntrico que seja pressuposto para consecução dos direitos humanos, qual seja, o direito da natureza.

1. DA NECESSIDADE DE CORRELAÇÃO COM OUTROS DIREITOS À POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO AUTÔNOMA DOS DIREITOS AMBIENTAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Na intenção de compreender a perspectiva regional dos Direitos Humanos, faz-se necessário observar como esses direitos são interpretados e como está delimitada a sua abrangência na visão dos órgãos internacionais. Nas Américas, o órgão a ser analisado é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a qual possui função jurisdicional e consultiva, podendo julgar Estados que tenham reconhecido sua competência e emitir pareceres sobre o modo de se interpretar e aplicar normativas às quais estes Estados estão vinculados.

Assim, busca-se entender tanto como os países que se submetem à Corte devem cumprir seus deveres ambientais, quanto visualizar possíveis modificações na intepretação desse direito ao longo do tempo. Isto posto, os próximos tópicos serão destinados a colocar em destaque alguns casos

relevantes que passaram pela Corte, registrando-se, de antemão, a impossibilidade de abordar todos os litígios pertinentes, mas esperando, com a escolha dos que serão citados, que se perceba como eles ajudaram a definir os caminhos para o tema ambiental.

1.1. CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERU E CASO CUSCUS PIVARAL E OUTROS VS. GUATEMALA: CONTROVÉRSIAS ACERCA DA JUSTICIABILIDADE DOS DESCA

Antes de falar da importância dos dois casos citados no título deste subtópico, é importante uma breve explicação acerca da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e do conteúdo de seu artigo 26. No tocante à Convenção é importante ressaltar que ela é um dos principais instrumentos normativos usado pela Corte IDH quando no exercício de suas competências, ressaltando-se também que, apesar de abarcar vários direitos, não há menção direta a algum que se volte à proteção do meio ambiente.

Segundo Preti e Lépore (2020), apenas com o Protocolo adicional à CADH, o "Protocolo de São Salvador", é que, de forma inédita no sistema interamericano, foi consagrado o direito ao meio ambiente sadio, garantindo que toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio, dispondo de serviços públicos básicos (artigo 11.1) e sendo imposto, aos Estados, o dever de proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente (art. 11.2). Apesar disso, entendia-se que os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) não poderiam ser diretamente judicializados, ao contrário dos direitos civis e políticos. Para que a Corte IDH analisasse um caso em que claramente o direito violado fosse o do meio ambiente, deveria haver uma conexão, por exemplo, com a violação do direito de propriedade, considerado um direito civil.

Soma-se a tal entendimento, o disposto no art. 19.6 do Protocolo, o qual restringiria as possibilidades de judicialização, trazendo a seguinte redação:

> 6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um

> Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Portanto, segundo tal artigo, apenas poderiam ser objetos de litígio direto os direitos de livre organização e filiação sindical (art. 8, "a") e o direito à educação (13), quando violados diretamente por uma ação atribuida ao Estado e apenas quando este tenha se vinculado ao protocolo.

Em sentido oposto, para alguns, o artigo 26 da CADH começou a incluir, mesmo que não de forma escrita, o direito ao meio ambiente, algo que teria se tornado viável pela interpretação evolutiva dos direitos humanos, aquela que considera os novos paradigmas sociais e culturais na interpretação das normas. Porém, é fato que continuou o debate sobre a justiciabilidade dos DESCA, os quais continuavam a ser entendidos como normas programáticas, cuja efetivação deveria se dar de forma gradual, não necessariamente aplicável automaticamente, e dependente, por exemplo, da aplicação progressiva de recursos pelos Estados.

Dito isto, cabe a análise de dois casos envolvendo direitos econômicos, sociais e culturais em conexão com direitos civis e políticos. De seus recortes será possível extrair entendimentos e melhorar a compreensão acerca da proteção do meio ambiente de forma autônoma como condição para consecução dos demais direitos.

1.1.1. CASO LAGO DEL CAMPO VS. PERU

Com sentença datada do ano de 2017, o caso tratou, em resumo, da demissão de Alfredo Lagos del Campo pela sua participação em manifestações que desagradaram seus contratantes. Além da pauta referente ao direito à liberdade de expressão, debateu-se a violação do direito ao trabalho, um direito que faz parte dos DESCA, sendo este o ponto que se relaciona com a temática do presente trabalho, pois, apesar de não haver menção direta aos direitos ambientais, o debate é um marco para sua proteção.

É verdade que o caso não tratou de findar as controvérsias, mas fica justificada a sua relevância através de ínumeros trechos dos votos e da sentença. Dentre eles, seguem fragmentos dos parágrafos 1º, 2º e 4º do voto emitido pelo juiz Roberto F. Caldas, na época presidente da Corte IDH:

> Esta es una decisión histórica, que representa un gran paso jurisprudencial. Si bien, un demorado trayecto pero debidamente estudiado, reflexionado, ponderado y trabajado a lo largo de muchos años sobre la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante "DESCA") por diversas composiciones judiciales de este Tribunal de San José, y con ello la decisión de declarar violado por primera vez, en su historia jurisprudencial, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "CADH"). [...]
>
> Que quede claro que la Corte Interamericana hace mucho tiempo protege también los DESCA. El Tribunal lo venía haciendo como derecho secundario o indirecto de un derecho civil o político, cuando en muchos casos, en verdad, era el principal derecho reivindicado. Por ello hasta el día de hoy muchos consideran, incluso juristas, que no cabía encausar una petición directa sobre DESCA en el Sistema Interamericano. [...]
>
> Sin perjuicio de otros avances a seguir descritos, resalto que con esta Sentencia hito se reconoce como autónomo, el Derecho del Trabajo y particularmente la estabilidad laboral, siendo entonces la primera ocasión en que la Corte IDH declara que el artículo 26 de la Convención Americana y los derechos derivados del mismo son justiciables.

O juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, ao seu turno, destacou a importante noção de indivisibilidade e interdependência entre todos os direitos humanos, sejam eles direitos civis e políticos ou os DESCA. Em seu voto:

> A través de una interpretación evolutiva y apartándose de su jurisprudencia tradicional, la Corte IDH le otorga un nuevo contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, leído a la luz

> del artículo 29 del mismo instrumento. Así, dicho artículo no es meramente una norma programática para los Estados Parte de la Convención Americana, sino que constituye una disposición que impone a este Tribunal Interamericano la obligación de remitirse a la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante "la Carta de la OEA") para lograr la plena efectividad de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en dicha Carta.
>
> En la Sentencia, la Corte IDH afianza los principios de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con respecto a los derechos civiles y políticos. Ello es así, a partir de su comprensión de los derechos humanos entendidos integralmente y de forma conglobada, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. En otras palabras, la Sentencia reconoce que existe una dependencia recíproca entre todos los derechos humanos, lo cual ha sido incorporado en el marco internacional de los derechos humanos, sin jerarquizar ni subsumir en algunos derechos el contenido de otros.

De acordo com a argumentação acima exposta, a possibilidade de que tais direitos ensejem proteção autônoma se daria pela noção de não hierarquização e de complementariade entre os direitos humanos, os quais, diante de violações, deveriam ser protegidos como um todo. Entretanto, tal concepção não ficou ausente de críticas por parte dos demais juízes, os quais discordaram tanto da judicialização independente de quaisquer condições, quanto da interpretação evolutiva do art. 26 da CADH.

Seguem trechos do voto do juíz Eduardo Vio Grossi acerca de tal dispositivo normativo, em que dispõe de forma contrária a sua aplicação ampliada:

> a.- Por de pronto, tal disposición contempla una obligación de hacer de los Estados, no de resultado, cual es, la de "adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos" que men-

> ciona. Ella, entonces, no "reconoce" derechos, sino que dispone la obligación de los Estados de desarrollar progresivamente ciertos derechos, precisamente por no ser plenamente efectivos. [...]
>
> c.- En tercer término, la norma en comento condiciona el cumplimiento de la mencionada obligación de hacer a "la medida de los recursos disponibles", lo que refuerza la idea de que nose trata de una obligación de resultado.
>
> d.- Y, finalmente, el citado artículo 26 indica el o los medios para cumplir la obligación de comportamiento que establece, a saber, "por vía legislativa u otros medios apropiados". Dicho artículo se refiere, por lo tanto y tal como lo señala su título, al "Desarrollo Progresivo" de los mencionados derechos, lo que, evidentemente, si bien concuerda con la obligación prevista en el artículo 2 de la Convención, no constituye, bajo ningún respecto, fundamento para sostener que se puede someter a la Corte un caso atingente a la presunta violación de alguno de los derechos a que se remite.
>
> Es obvio, en consecuencia, que los citados derechos son distintos a los que la Convención regula en sus artículos 3 a 25 ya citados, esto es, a los "Derechos Civiles y políticos" y sujetos, entonces, a un régimen de protección diferente.

Restariam claras, para ele, as distinções entre uns e outros direitos, em que pese os DESCA, em sua visão, corresponderem a direitos programáticos. Em outro tom, o juiz Humberto Antonio Sierra Porto afirma que é favorável à proteção desses direitos, mas questiona o modo como isso ocorre, pois tais direitos estariam consagrados no Protocolo de São Salvador, havendo, assim, restrições ao ajuizamento.

Seguem trechos do voto do juiz Sierra Porto em que fala da aplicação do art. 26 do CADH e da aplicação progressiva, e não regressiva, dos DESCA:

> Sin embargo y de manera preliminar, deseo reiterar que mi posición sobre la competencia de la Corte IDH no debe ser entendida como una forma de negar la importancia y la necesidad de hacer justiciables los DESC, pues son dos temas distintos. De hecho,

> la amplia jurisprudencia sobre la materia que ayude a desarrollar durante mi ejercicio como magistrado de la Corte Constitucional colombiana, acredita que mi postura es favorable a garantizar estos derechos de manera directa cuando las condiciones de competencia están dadas. De forma que mi debate no se centra en si los DESC son derechos que deben ser respetados y garantizados por los Estados a las personas, sino en la forma en que se alcanza esa justiciabilidad en el sistema interamericano en particular. Dicho lo anterior, procederé a recordar porque la aplicación directa del artículo 26 de la Convención Americana es efectivamente tan conflictiva. [...]
>
> Al respecto, ya he demostrado en oportunidades anteriores que el artículo 26 de la CADH no establece un catálogo de derechos, sino que la obligación que este artículo implica y que la Corte puede supervisar de manera directa es el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo y su consecuente deber de no regresividad, de los derechos que se pudieran derivar de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante "Carta").

Continuando, no reforço de seu argumento, ele cita a adesão dos países e a livre escolha deles como fundamental para entender por qual motivo o art. 19.6 do Protocolo seria um impecilho para judicalização:

> Como se señaló anteriormente no es posible abordar los debates sobre la competencia de la Corte Interamericana en materia de DESC sin tener en cuenta al Protocolo de San Salvador. La relevancia del Protocolo radica en que es mediante este tratado que los Estados de la región tomaron la decisión de definir cuáles son los DESC que están obligados a cumplir. Asimismo, establecieron de manera clara y precisa el contenido de dichos derechos. [...]
>
> Es así como, mediante esta disposición, los Estados resolvieron limitar la competencia de la Comisión y de la Corte para conocer de casos contenciosos que no se encuentren relacionados con algunos derechos sindicales y con el derecho a la educación. [...]
>
> En este sentido, las distintas propuestas de reforma al sistema IDH que pretenden incluir la justiciabilidad de DESC hacen evidente,

> que estamos ante una compresión de la Convención contraria a la voluntad de los Estados, a la voluntad expresa de no hacer justiciables los DESC, salvo los que expresamente señala el artículo 19.6 del Protocolo.

Não obstante, ele também traça considerações sobre o uso dos princípios interpretativos dos direitos humanos, indicando que:

> La idea de superar los problemas de justiciabilidad de los DESC a partir de una interpretación evolutiva y supuestamente "pro persona" del artículo 26 de la CADH ha sido constante por parte de quienes apoyan esta tesis. Sin embargo, este argumento entraña un problema de base, puesto que no tiene en cuenta que para realizar una correcta interpretación de un tratado es necesario acudir a los demás métodos interpretativos con los que se cuenta en el derecho internacional, ya que el método evolutivo no es el único que debe ser tenido en cuenta. [...]
>
> Al respecto, cabe señalar que si se quisiera hacer una interpretación de la norma no es suficiente con hacer uso de uno de los diversos métodos de interpretación existentes, por cuanto estos son complementarios entre sí y ninguno tiene una mayor jerarquía que el otro. En efecto, en el mencionado voto concurrente hice el análisis del artículo 26 CADH teniendo en cuenta todos los métodos interpretativos, el cual demostró que el mismo no permite una justiciabilidad directa de los DESC, pues la competencia de la Corte ID en la materia se encuentra regulada por el artículo 19.6 del Protocolo. [...]
>
> Finalmente, recalcó que en este caso no se está frente a una interpretación más garantista de la norma que permita la aplicación del principio pro persona. Esto se debe a que el principio pro persona debe ser aplicado cuando la Corte se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas. Justamente, lo que he demostrado es que la justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma. Dicho de otra forma, el principio

> pro persona no puede ser utilizado para validar una opción interpretativa que no se desprende de la norma y que por el contrario implica una modificación de la misma.

Percebe-se, pelo conjunto de argumentos acima reproduzidos, que o debate sobre a forma de proteção dos direitos trazidos pelo art. 26 da CADH e pelo Protocolo de São Salvador foi capaz de cindir opiniões dos juízes da Corte IDH. Ressaltados os debates sobre a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, além dos aspectos interpretativos da controvérsia, passa-se à análise do próximo caso.

1.1.2. CASO CUSCUS PIVARAL E OUTROS VS. GUATEMALA

Sentenciado no ano de 2018, o caso, que trata da ausência de devidos cuidados médicos a um grupo de pessoas diagnosticadas com HIV, carrega em sua sentença a continuidade do debate acerca da justiciabilidade dos DESCA. Sendo a saúde um direito social, a decisão dá destaque aos argumentos que possibilitariam à Corte receber e julgar casos que não envolvam diretamente direitos civis e políticos.

Neste sentido, trechos da decisão estabelecem um avanço na jurisprudência internacional interamericana. No parágrafo 79, tratando do art. 26 da CADH, que fala na "adoção de providências" e na "progressividade" da efetivação dos DESCA, fica claro que esses termos devem ser entendidos como formulações acerca da natureza dessas obrigações, mas não acerca da falta de existência dessas obrigações para os Estados. Complementa-se dizendo o seguinte:

> La Corte recuerda que existen obligaciones formuladas en términos similares al artículo 26 reconocidos en otros artículos de la Convención, sin que exista controversia respecto a que éstos imponen obligaciones exigibles en el plano internacional. En particular, el Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención reconoce la existencia del compromiso programáticos de los Estados de adoptar "medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos" los derechos y libertades reconocidos por la Convención, lo cual ha dado lugar a que la Corte evalúe en su

> jurisprudencia si el Estado ha cumplido con la adopción de dichas "medidas".

Ademais, no parágrafo 81, firma-se que a flexibilidade dos prazos e meios para cumprir as obrigações de progressividade trazidas pelo art. 26 implicam a adoção das providências necessárias, seja quais forem, para efetivar os direitos. Sempre considerando os recursos disponíveis, mas afirmando que esse compromisso assumido internacionalmente pode ser exigido pelas instâncias com competência para resolver eventuais violações de direitos humanos.

Também é dada importância à interpretação sistemática da CADH com os demais instrumentos internacionais relacionados a ela, a fim de verificar se a interpretação de uma norma ou de termos nos casos concretos seriam coerentes com as demais disposições (§82). Concluiu-se, após análise de diversos dispositivos normativos e com base na interdependência e indivisibilidade entre todos os direitos humanos, pela compatibilidade da proteção dos DESCA, a partir do art. 26, com a finalidade da Convenção (§97).

Assim, por mais que o caso tenha tratado do direito à saúde, tornou-se mais forte a jurisprudência em prol da proteção a todos os direitos humanos, não os hierarquizando, e mitigando, por consequência, a noção de ausência de responsabilização pela violação estatal de direitos tidos apenas como "programáticos", incluindo nisso o ambiental.

2. O ESVERDEAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Para Mazzuoli (2011), o esverdeamento dos direitos humanos é o fenômeno que visa proteger direitos humanos de cunho ambiental nos sistemas regionais de direitos humanos, os quais estariam, em princípio, aptos a receber denúncia de violação apenas de direitos civis e políticos. Tendo isso em mente, é válido dizer que a violação do direito de propriedade de comunidades tradicionais é o tema que, estando ligado às questões ambientais, mais surge na jurisprudência da Corte. Nestes casos, apesar de não se tutelar de forma autônoma um direito ambiental, é reconhecida a violação de um direito civil com reflexos ambientais.

2.1. CASO DA COMUNIDADE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARÁGUA: A "TERRA-PROPRIEDADE COLETIVA" COMO ELEMENTO MATERIAL E ESPIRITUAL

Em 1995, sem consultar previamente a comunidade conhecida como Mayagna (Sumo) Awas Tingni, o Estado da Nicarágua permitiu a exploração de madeira na terra em que a comunidade vivia. Não havendo solução no âmbito nacional e na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a questão chegou na Corte IDH.

Sendo o primeiro caso, segundo Paiva e Heemann (2020), em que se tratou da relação entre comunidades tradicionais e a propriedade de suas terras, tornou-se paradigma para outros casos, pois o tema se tornou recorrente. Diante do debate acerca da propriedade comunal, a questão da exploração natural e proteção do meio ambiente não foi tratada de maneira autônoma, mas apenas como direito correlato.

Neste sentido, o parágrafo 6º do voto conjunto dos juízes Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli destaca que a Comunidade teria uma tradição contrária a exploração comercial dos recursos naturais e que estes fariam parte de seu direito consuetudinário. A sua vinculação com o território integraria sua vida cotidiana e o habitat seria entendido como parte integrante da cultura, transmitida de geração em geração. A conservação, segundo o parágrafo 10 do supracitado voto, por sua vez, seria uma manifestação cultural da integração do ser humano com a natureza e o mundo em que vive, devendo haver cuidado no tratamento do sistema natural de que somos parte.

No tocante aos comentários da Corte, na sentença de 2001, destaca-se o parágrafo 149, no qual se afirma que os indígenas têm direito a viver livremente em seus territórios e que sua relação com a terra não é uma questão de mera posse e produção, mas sim um elemento materal e espiritual, devendo ser reconhecida como base fundamental de suas culturas, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica.

A partir desses argumentos e do julgamento em si, tornou-se possível dizer que quando o meio ambiente estiver correlacionado às questões de propriedade, ele pode passar a ser objeto de proteção por motivos ligados à identidade cultural da comunidade que ali reside, mas também pela sua

conexão com a sobrevivência humana através exploração dos recursos naturais, sem desconsiderar a problemática da conservação.

Não se obteve, portanto, uma tutela específica com relação à exploração da terra, mantendo o caráter antrocêntrico da questão, porém, a "terra-propriedade" foi enxergada para além de apenas uma propriedade material, estando carregada de vínculos espirituais essenciais para toda uma cultura e ensejando responsabilidades na sua manutenção para gerações futuras.

2.2. OUTROS EXEMPLOS

O caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, sentenciado em 2015, trata da ocupação de terras dos povos tradicionais por atividades comerciais e companhias de extração de minérios. Segundo Paiva e Heeman (2020), neste caso teria ocorrido o fenômeno da dupla afetação das terras indígenas, o qual seria a compatibilização entre a proteção ambiental e direitos das comunidades indígenas. Além da valorização do direito à informação dos povos indígenas sobre a utilização da terra que ocupa, frisou-se o dever de realização do estudo de impacto ambiental (EIA) como requisito tanto para proteção da terra em si, quanto para proteção das tradições e cultura do povo indígena.

Em recente julgado, do ano de 2020, o caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra tierra) Vs. Argentina se refere igualmente a uma violação do direito de propriedade de um território em que residem comunidades indígenas, mas a novidade é que também foi reconhecido a violação do direito a um meio ambiente sadio. Neste território, além do Estado argentino não ter regulado o título da terra aos povos habitantes dela, ele teria sido omisso na tomada de medidas para evitar o desmatamento, realizando obras no local e permitindo exploração de recursos naturais sem consultar a comunidade e sem prévios estudos de impacto socio-ambiental.

A corte, na sentença, reafirmou o estabelecido anteriormente sobre a sua competência para determinar violações ao artigo 26 da CADH (§195) e que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução do tempo e as condições de vida atual (§197). Ademais, estabeleceu que o dever para com o direito a um

meio ambiente sadio não é só uma obrigação de respeito, mas sim uma obrigação de prevenir danos, através da fiscalização e suprvisão de atividades que possam gerar danos ambientais (§207 e 208).

Ponto interessante a ser notado é que, mesmo não tendo sido objeto da denúncia, foram reconhecidas violações ao direito de ter uma alimentação adequada e à água, diretamente relacionados à questão ambiental, somando-se a isso a violação do direito de participação na vida cultural, para o qual, tratando-se dos povos tradicionais, a terra é peça fundamental. Não obstante, a sentença cita uma opinião consultiva de grande relevância, sendo esta o ponto central do próximo subtópico.

3. A OPINIÃO CONSULTIVA Nº 23/2017: ENTRE UMA VISÃO ANTROPOCÊNTRICA DOS DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO DE UM DIREITO ESSENCIAL NÃO HUMANO

Diante de novos parâmetros globais e regionais de proteção ambiental, a Colômbia consultou a Corte para obter seu parecer sobre o modo de interpretar a CADH quando existe risco de que construções e obras de infraestrutua afetem de forma grave o meio ambiente marinho na região do Caribe, e, consequentemente, o habitat humano essencial para exercício dos direitos dos habitantes do local. Queria, assim, entender a relação entre a CADH e outros tratados em matéria ambiental, além de quais seriam as obrigações internacionais em matéria de prevenção, precaução, mitigação do dano e cooperação entre os Estados potencialmente afetados.

O resultado dessa análise foi a Opinião Consuliva nº 23/2017, cuja importância deve ser enfatizada através de breves apontamentos. Nela, a Corte ressalta que o direito ao meio ambiente é autônomo e protege os componentes do meio ambiente, como bosques, rios, mares e outros, sendo estes interesses jurídicos em si mesmos, ainda que na ausência de certeza ou evidência sobre o risco às pessoas individuais. Afirmando que essa proteção se dá não apenas pela sua conexão com uma utilidade para o ser humano ou pelos efeitos que a degradação poderia causar em outros direitos das pessoas, como a saúde, a vida ou integridade pessoal, mas ocorre pela sua importância para outros organismos vivos com quem se compartilha o planeta, também merecedores de proteção em si mesmos (§62).

Advertindo, ainda, que há uma tendência em reconhecer personalidade jurídica e direitos à natureza não só em sentenças judiciais, mas também em ordenamentos constitucionais. Como exemplos, a Corte fala nas Constituições da Bolívia e na do Equador, as quais possuem dispositivos que valorizam a ampliação da proteção da natureza e ecossistemas, indo além da questão do proveito humano e atentando para outros seres vivos e seu desenvolvimento.

No tocante à prevenção, precaução e cooperação, a Corte discorre sobre eles de maneira atenta. A prevenção, ao seu ver, estaria ligada à obrigação de devida diligência internacional para não causar ou permitir que se causem danos a outros Estado. Seria um direito consuetudinário, que abarcaria não só a terra, a água e a atmosfera, mas também incluiria a flora e a fauna. Ensejaria, assim, a aplicação de todas as medidas que visem salvaguardar direitos humanos, assim como a natureza per si, e assegurar que eventuais violações sejam consideradas, possibilitando que estas acarretem multas e indenizações pelas suas consequências prejudiciais.

A precaução seria utilizada quando, mesmo não havendo certeza científica acerca das consequências ambientais, houver perigo de dano grave ou irreversível ao meio ambiente e, por fim, a obrigação de cooperação traria em seu bojo a noção de que os Estados deveriam realizar ações conjuntas em prol da proteção contra danos ao meio ambiente.

Dito isto, faz-se a ressalva de que opiniões consultivas, apesar de indicarem o caminho pelo qual os Estados devem seguir, não possuem força vinculante. Os Estados, apesar de terem essa noção acerca do posicionamento da Corte, não estão incumbidos por uma sentença, por exemplo, de seguir todos os parâmetros abordados. Entretanto, o fato da opinião ter sido emitida com as concepções anteriormente descritas, já se mostra como avanço. Haveria, a partir da sua emissão, uma maior abertura para denúncias sobre violações da natureza, independente de questões diretamente humanas, numa mitigação, ou suavização, da perspectiva antropocêntrica, ao passo em que não mais é necessário haver um dano ao indivíduo específico ou a um direito conexo para que a violação do dever de proteção ambiental seja objeto de questionamento.

Tendo ocorrido o processo de esverdeamento dos direitos humanos, o que o presente trabalho questiona é o quão perto, ou longe, estamos de uma concretização de um direito do meio ambiente, um direito essencial não humano, pressuposto para efetivação de quaisquer direitos ligados às pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de terem sido abordados os aspectos teóricos e práticos concernentes ao trato do meio ambiente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, havendo clara evolução na abordagem do tema, é preciso que se note também os esforços no sentido oposto. O Brasil, como triste exemplo, passa por um momento de precariedade e sucateamento do sistema de proteção ao meio ambiente e constantes prejuízos às áreas que deveriam receber proteção especial.

Ao passo que só aumentam as notícias sobre exploração ilegal de terras, contaminação de rios pelo garimpo e queimadas, para além da proteção da natureza como algo que pode fornecer boas condições de vidas às gerações futuras, o descaso com a natureza deveria, por si só, ser objeto de reflexão. Obviamente não é possível ser ingênuo e pensar que as forças capitalistas abririam mão de lucros em prol de outras espécies, tidas como inferiores, quando nem mesmo há preocupação com os seus semelhantes.

Porém, mesmo sabendo que definições terminológicas perdem, por vezes, espaço no debate e que cada pequeno avanço não deixa de ser significativo, o que se propõe é o contínuo aumento da proteção da natureza pela sua própria condição de partícipe neste mundo. As decisões humanas têm o poder de pautar a sobrevivência e a extinção de ecossistemas e suas espécies, não podendo, portanto, o abuso desse poder ficar alheio a responsabilidade que acarreta.

Conclui-se que, pela lógica da exploração imediata dos recursos naturais disponíveis, não se permitiria, às gerações futuras, desfrutar de vários direitos humanos, como o direito à alimentação adequada, à água e à saúde de maneira geral. Se a natureza é vista como tendo interesse jurídico em si mesmo, é porque, não obstante a sua importância autônoma, sabe-se que a visão antropocêntrica não carrega o embasamento necessário para resguardar a humanidade do seu próprio ego.

Assim, a partir dessa constatação e a despeito de não se ter uma confirmação jurisprudencial expressa da Corte IDH nesse sentido, é possível afirmar que o direito da natureza é hierarquicamente superior ao direito humano ao meio ambiente sadio, pois ele é pressuposto para o exercício e desfrute de qualquer outro direito tido como essencial.

REFERÊNCIAS

Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua**. Sentença de 31 de ago. de 2001.

Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina**. Sentença de 6 de fev. de 2020.

Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Cuscus Pivaral e outros Vs. Guatemala**. Sentença de 23 de ago. de 2018.

Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Lagos del Campo**. Sentença de 31 de ago. de 2017.

Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname**. Sentença de 25 de nov. de 2015.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos humanos. **Opinião Consultiva n. 23/2017**. Julgado em 15 nov. 2017. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpiniaoConsultiva23versofinal.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Prefácio. In: TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. **Greening no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos,** 1969.

_____. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1988.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimothie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de Direitos Humanos.** Salvador: Juspodivm, 2020.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO NO BRASIL

Brenda Capinã Botelho Costa[123]

INTRODUÇÃO

Muitos países editaram leis específicas para a proteção e reconhecimento do direito à identidade de gênero, dentre eles, Inglaterra, Espanha, Uruguai, México e Argentina. No Brasil, entretanto, ainda não há legislação federal que regule o tema de maneira uniforme em todo território. Não obstante, a jurisprudência tem se mostrado favorável aos direitos das pessoas trans, vide, notadamente, o Recurso Extraordinário 670.422 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de pessoas trans de alterarem seus dados no registro civil sem a necessidade de se submeterem a um processo judicial.

Isto evidencia que, ainda que não tenhamos legislação específica para a tutela do direito à identidade de gênero, não se pode olvidar da proteção aos direitos fundamentais e da personalidade previstos em nosso ordenamento, que funcionam como substrato para o reconhecimento do direito à identidade de gênero.

123 Mestranda no PPGIDH da UFG; especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito; graduada em Direito pela UFBA.

1. IDENTIDADE DE GÊNERO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE ABERTURA MATERIAL

A Constituição Federal de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressamente reconhecidos "[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º). Este dispositivo estabelece, então, uma cláusula constitucional de abertura material no ordenamento jurídico pátrio.

Cunha Jr. (2015) destaca que a abertura material para reconhecimento de outros direitos fundamentais não expressos na Constituição, seja como consequência de seu regime de princípios ou por tratados internacionais, é consequência da dignidade da pessoa humana, elencada com fundamento do Estado Brasileiro, no artigo 1º, III da Constituição Federal. Assim, os direitos fundamentais, no Brasil, podem ser compreendidos como formalmente constitucionais ou materialmente constitucionais, não obstante esta divisão não altera o tratamento jurídico que lhes deve ser conferido.

Apesar desta posição ser defendida por doutrina de escol, não foi esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de Recurso Extraordinário 349703. Foi fixada a tese de que apenas possuem *status* de normas constitucionais os tratados e convenções sobre direitos reconhecidos na forma do artigo 5º, §3º da Constituição. Os demais tratados sobre direitos humanos que foram aprovados sem a formalidade prevista no dispositivo são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal. Por fim, aqueles que versam sobre outras temáticas, quando incorporados, têm *status* legal.

Não obstante o posicionamento mais restritivo assumido pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da previsão de abertura material contida no artigo 5º, § 2º da Constituição, é inegável a importância dos instrumentos internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Além da possibilidade de reconhecimento de novos direitos fundamentais, estes servem como norteadores, mesmo quando não incorporados formalmente ao ordenamento do país, e demandam efetiva atuação dos

países na salvaguarda dos direitos humanos, haja vista a possibilidade de que sejam acionadas as cortes internacionais em caso de violações.

Especificamente em relação ao combate às discriminações fundadas no gênero e na orientação sexual, os Princípios de Yogyakarta estabelecem o conceito de identidade de gênero como a compreensão íntima que cada indivíduo tem de si, abarcando o olhar subjetivo sobre o próprio corpo e outras expressões externas. Fixam, também, vinte e nove mandamentos aos Estados para a preservação dos direitos de minorias sexuais e identitárias, como gozo universal de direitos humanos, igualdade, não-discriminação, reconhecimento perante a lei, vida, dentre outros. Cada um desses princípios é detalhado com recomendações práticas aos países para que sejam efetivados. Esse documento, contudo, não foi assinado pelos Estados, mas por uma comissão de juristas e ativistas de todo o mundo, tendo sido apresentado ao Conselho de Direitos do Homem da Organização Internacional das Nações Unidas, em 2007.

Já a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, aprovada em 2013, na 43ª Assembleia Ordinária da Organização dos Estados Americanos (OEA), desponta como o primeiro documento internacional com força vinculante que veda expressamente discriminações praticadas em razão de orientação sexual, identidade e expressão de gênero. A convenção foi assinada pelo Brasil, embora sua ratificação ainda se encontre pendente (VECCHIATTI et al., 2014).

1.2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Após um período de ditadura militar, a Constituição Federal de 1988, em atenção ao seu compromisso com a democracia, elegeu, em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (inciso III), em conjunto com outros valores como soberania, cidadania, trabalho e livre iniciativa, além do pluralismo político. Já no artigo 3º da Constituição Cidadã, são elencados os objetivos fundamentais pátrios, quais sejam: a construção de uma sociedade livre justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades regionais e sociais, e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo Piovesan (2005), foi a primeira vez que o texto de uma constituição brasileira consagrou objetivos fundamentais do Estado. Nesse sentido, tendo em vista que a constituição deve ser interpretada como uma unidade, ao entendê-la enquanto um sistema que prioriza certos valores e objetivos, torna-se evidente que, quanto à dignidade da pessoa humana, esta "[...] impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional" (p. 7). Tamanha é a importância deste valor na atividade do intérprete das normas de direito internacional e interno, que a autora, inclusive, aponta que a dignidade da pessoa humana se consagra como um "superprincípio" (p. 8).

É preciso salientar que a menção expressa da dignidade da pessoa humana no texto constitucional não pode ser vislumbrada apenas como um mandamento desprovido de juridicidade. Trata-se de norma positivada, materialmente e formalmente constitucional, plenamente passível de produzir efeitos. Tanto o é, que este conceito é empregado largamente nas decisões emitidas no âmbito do poder judiciário, mormente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Embora a corte não tenha delimitado especificamente sua natureza jurídica e seus contornos de aplicação, a dignidade humana, geralmente, é utilizada como critério para a interpretação da constituição (SARLET, 2015).

Barroso (2010) assinala a dificuldade que pode ser encontrada na lida com um conceito tão amplo, de maneira que tenta identificar os elementos basilares da estrutura normativa da dignidade da pessoa humana. Enquanto princípio, deve ser compreendida como uma norma jurídica possuidora de carga axiológica cuja aplicação pode ser realizada mediante a extração de uma regra, esta, por sua vez, adotada conforme subsunção, ou, ainda, mediante ponderação, notadamente, nos casos difíceis nos quais há colisão entre direitos fundamentais. Por conseguinte, três tipos de eficácia podem ser vislumbrados nos princípios e, portanto, na dignidade da pessoa humana: direta, que permite a extração de regras do núcleo do mandamento principiológico; interpretativa, a qual orienta a aplicação das normas jurídicas no sentido de melhor efetivar a dignidade humana, servindo como critério de ponderação; e negativa, consistente na paralisação dos efeitos de normas que, de forma geral ou particular, resultem em violação à dignidade da pessoa humana.

Ainda na esteira do pensamento de Barroso (2010), no tocante ao conteúdo mínimo desse princípio, a sua fixação precisa ser orientada pela laicidade, neutralidade política e universalidade. Isto posto, podemos dizer que são três os aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana, quais sejam, o valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia e os valores sociais.

A primeira dimensão da dignidade humana tem raízes no imperativo categórico kantiano, que visa afastar concepções autoritárias e utilitaristas. Sarlet (2015) aponta que, pela dignidade se constituir em um valor presente em todas as pessoas, os indivíduos são iguais no que tange a este atributo, então, fazem parte uma comunidade humana mesmo que pratiquem atos moralmente questionáveis em relação aos outros ou a si mesmos.

Enquanto autonomia, a dignidade compreende a autodeterminação, a qual abarca o direito de fazer escolhas para a própria vida e desenvolver a personalidade de forma livre. Consiste, em síntese, no poder do indivíduo de traçar os caminhos existenciais que deseja seguir, sem que sofra imposições externas indesejadas em questões personalíssimas questões como religião, trabalho e, acrescentamos, identidade de gênero e orientação sexual (BARROSO, 2010).

Já no sentido de valor comunitário ou heteronomia, a dignidade humana é vista levando-se em consideração o sujeito o corpo social em que este se contra inserido, logo, os direitos dela decorrentes podem sofrer limitações com o objetivo de promover a proteção do próprio sujeito, dos direitos de terceiro e de outros valores, como a segurança e a solidariedade, por exemplo (BARROSO, 2010).

Um ponto que merece atenção diz respeito à relação entre dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. Resta assentado que aquela serve de alicerce aqueloutros, impondo posturas negativas ou positivas do Estado e de particulares na concretização desses direitos, mesmo dos que não se encontram positivados de maneira expressa. Diante disso, Sarlet (2015) defende que, conquanto não se possa dizer que existe um direito à dignidade, esta se constitui em uma norma de direito fundamental. Com efeito, para que a proteção dos direitos se dê da forma mais ampla possível, em uma sociedade pluralista e democrática, a dignidade da pessoa humana deve ser encarada como um conceito em contínuo processo de construção, cuja concretização depende da prática dos atos de compe-

tência dos Estado, este último impulsionado pelo diálogo com a sociedade (SARLET, 2015).

1.3. DO DIREITO À IGUALDADE

Na Constituição Federal de 1988, figura como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (artigo 1º, inciso IV) Além disso, no *caput* do artigo 5º, lê-se que todos são iguais perante a lei, não sendo permitida a "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 dos incisos que o seguem. É, ainda, salientado, no inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Segundo Mello (2000), é entendimento unânime que a igualdade estabelecida nos dispositivos constitucionais tem por efeito a inconstitucionalidade de normas editadas em desrespeito à isonomia, tendo efeito negativo, típico dos direitos de primeira geração, frente à atuação do legislador. Dessa forma, não é somente perante a lei que os indivíduos devem ser equalizados, mas também o legislador se submete à obrigação de tratar os cidadãos de forma equânime.

Traços relativos à aparência física e à personalidade na pessoa não podem ser adotados, sem justificativas objetivas, como motivo para discriminação. Embora, em alguns casos, estes aspectos possam servir como critério de discriminador, o elemento utilizado como fator de diferenciação precisa ter relação lógica e abstrata com o objetivo que se pretende salvaguardar, e este, por sua vez, deve ser coerente com o sistema constitucional. Logo, as características de uma pessoa não podem ser consideradas como *ratio* para elaboração de leis com fito de propagar preconceitos, mesmo que, na época e no meio em que o legislador esteja inserido, essas distinções sejam socialmente toleradas: da mesma maneira que não devem ser conferidas vantagens a indivíduos e grupos em decorrência de suas particularidades, não serão imputadas desvantagens no tratamento de uma categoria sem que esta seja racionalmente justificada, baseada na proporcionalidade e nos valores constitucionais (MELLO, 2000).

O ideal de igualdade entre as pessoas assume contornos diferentes em cada momento histórico. A superação de práticas discriminatórias evidencia, segundo Bobbio, um avanço no progresso da civilização como um todo: "jamais como em nossa época foram postas em discussão as três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça (ou, de modo mais geral, a participação num grupo étnico ou nacional), o sexo e a classe social" (1997, p. 43). Tal lição encontra congruência com o raciocínio exposto por Mello (2000), de que a menção expressa no texto constitucional à vedação de preconceitos com base e origem, raça, sexo, cor, idade se trata de rol exemplificativo criado a partir da observação da realidade social, em que estes elementos demonstraram ser utilizados para a promoção de odiosas discriminações, de forma a expressamente ratificar o compromisso constitucional de rechaçar tais condutas, mas também de proteger os mais vulneráveis de novas formas de discriminação.

Nem toda distinção é violadora da isonomia. Isto porque, em sociedade, as pessoas são naturalmente diferentes e, historicamente, alguns grupos foram privilegiados em detrimento de outros. Então, perante as circunstâncias da vida, não se mostra suficiente a igualdade perante a lei, mas, sim, em oportunidades, acesso a direitos e a bens materiais. A igualdade material exige do Estado ações positivas, com a adoção de medidas prestativas para que os iguais sejam tratados igualmente, e desigualmente os desiguais, na medida de suas de suas desigualdades (BARROSO, 2011).

Destarte, a igualdade estimada é aquela justa, cujas distinções são realizadas para promover relações harmônicas entre as partes e o todo. Não se busca somente igualdade nos direitos (perante a lei) e no entendimento de que todos possuem capacidade jurídica, mas, sim, a concretização da igualdade de oportunidades. Nesse sentido, um tratamento desigual dispensado àqueles que não partem do mesmo ponto de partida que os demais pode se tornar um meio de corrigir uma situação fática anterior de desigualdade. (BOBBIO, 1997).

1.4. DO DIREITO À LIBERDADE

José Afonso da Silva afirma que a "liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade

pessoal" (2005, p. 233). O célebre constitucionalista afirma que a definição apresentada carrega elementos subjetivos e objetivos, no sentido de que a liberdade, ao ser exercida, é um poder que resiste à opressão, embora não se dirija contra algo, mas em busca de satisfação, felicidade pessoal, a qual é subjetiva e mutável. Assim, toda ação ou omissão que nega às pessoas a possibilidade de conhecer e satisfazer os seus interesses pessoais se torna uma limitação à liberdade, cuja acepção jurídico-política se relaciona com a disponibilização de meios para que todos possam empregá-los na expansão de suas próprias personalidades.

A liberdade interna se traduz no livre-arbítrio que o ser humano possui no seu querer, é a possibilidade de fazer escolhas entre opções contrárias. Já a liberdade externa consiste na existência de condições objetivas para que o indivíduo expresse seus desejos, sem coações que limitem sua liberdade de agir. No entanto, tratando-se de um poder, o uso deste por uns pode causar que os outros sejam tolhidos de exercer a sua parcela, de maneira que, no exercício da liberdade objetiva, faz-se necessário respeitar as liberdades públicas e políticas dos demais (SILVA, 2005).

Podem ser entendidas como liberdades civis o direito de livre manifestação de opinião, de imprensa e de associação. Estas se relacionam diretamente com o exercício dos direitos políticos: se as pessoas não tiverem liberdade política para participar das esferas de poder, é pouco provável que os demais direitos se mantenham. Cada momento histórico se caracteriza pelo movimento de perda e conquistas de liberdades em contraposição a novas opressões, em que, ora se demanda por liberdades positivas, ora por liberdades negativas (BOBBIO, 1997).

Liberdade em sentido negativo se configura resistência à opressão exercida por autoridades, esta que se complementa pelo seu sentido positivo, evidenciado na possibilidade de participar dos atos de poder e autoridade. Logo, ser livre não é, necessariamente, viver sem coações, já que estas são necessárias à manutenção da ordem social. Significa, sim, ter a possibilidade de explorar seu próprio campo de expressão, sem, com isso, sofrer coações ilegítimas. Para tanto, cabe ao Estado promover as condições necessárias para que os indivíduos possam exercer suas liberdades em harmonia. Dessa forma, constituiu-se um processo histórico e constante de liberação da plena manifestação da personalidade humana frente a óbices naturais, sociais e políticos (SILVA, 2005).

Bobbio (2004) ratifica o caráter histórico dos direitos fundamentais: novas liberdade surgem gradualmente para viabilizar a luta contra poderes opressivos. Estas não se sucedem cronologicamente como na ideia de gerações independentes entre si. Isto porque novos direitos, os quais podem exigir mais ou menos atuação do Estado, passam a ser demandados pelas pessoas a depender das circunstâncias históricas. Na Constituição Federal de 1988, tal caráter dos direitos é evidenciado pela já mencionada cláusula de abertura material prevista no artigo 5º, parágrafo segundo.

Turatti Junior assevera que o artigo 5º, seguido de setenta e seis incisos, é o dispositivo mais festejado quanto direitos e garantias individuais, orientados, dentre outros valores, pela liberdade, também mencionada no preâmbulo da Constituição. Ademais, é destacado também o artigo 6º, que trata dos direitos sociais, assim, "a liberdade [...] consegue se desdobrar e se caracterizar a partir de seus vários momentos de atuação: de como age, de como reflete no ordenamento jurídico e de como se apresenta também nas conquistas sociais" (2018, n.p.).

Podemos falar, então, na existência de várias liberdades. Silva (2005) elenca: liberdade da pessoa física, liberdade de pensamento, liberdade de ação profissional e liberdade de conteúdo econômico e social. Todas estas que encontram raízes em uma ideia básica de liberdade, expressa no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Isto porque, enquanto uma garantia individual, a liberdade somente pode ser limitada por um sistema de legalidade legítima, cuja lei produzida deve respeitar não somente pressupostos formais, mas, também, ter congruência material com a Constituição.

1.5. DIREITO À PRIVACIDADE

Ferraz Júnior (1993) explica que o direito à privacidade é subjetivo e fundamental, bem como que seu objeto consiste na possibilidade de constranger os membros do corpo social e o Estado a respeitar ou, ainda, de impor resistência a atitudes atentatórias ao que é particular ao sujeito. Ademais, manter determinados interesses ou informações nessa categoria se trata de decisão cabível única e exclusivamente ao titular do direito, atuando conforme seu julgamento em relação à preservação de sua própria

integridade moral. Para o autor, a intimidade reside no campo mais recôndito da privacidade, então, por não envolver direitos de terceiros, não demanda publicidade. Difere-se da vida privada, esta última que, por mais que não esteja exposta aos olhos do público, compartilha-se com algumas outras pessoas, como a família por exemplo.

Sobre os desdobramentos da privacidade em âmbito público, estes podem ser vistos na preservação de certos direitos da personalidade, como o nome e a imagem: "[...] como direito à privacidade, demarcam a individualidade em face dos outros. Ninguém tem um nome, uma imagem, uma reputação só para si mesmo, mas como condição de comunicação" (FERRAZ JÚNIOR, p. 442). Embora as pessoas saibam desses dados em relação a um indivíduo, não podem fazer uso deles de maneira vexatória ou indevida, como seria o caso, por exemplo, de expor o nome conferido ao nascimento de uma pessoa trans, que é reconhecida por seu nome social. Trata-se de evidente violação ao seu direito à privacidade e à identidade de gênero.

Assim, diferentes indivíduos possuem distintas concepções acerca de quais aspectos de suas vidas necessitam de recolhimento ao campo da intimidade e da vida privada. Para Cancelier (2017), a transitoriedade acerca do que pode ser revelado ao público, inclusive ao longo da vida de uma única pessoa, demonstra a dificuldade de estabelecer fronteiras entre os diversos aspectos que compõem a privacidade. Este sinaliza, então, a importância da vontade individual no que concerne à indicação do que pertence à esfera do íntimo. Porém, para que não se dependa somente de critérios subjetivos, o autor aponta a casa, a título de parâmetro objetivo espacial.

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, estabelece que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Além disso são protegidos a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CRFB-88), bem com o sigilo das comunicações telegráficas, da correspondência, dos dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CRFB-88). Encontra-se, então, demonstrada a ampliação do conceito de privacidade, não somente compreendida no direito de estar só, mas, também, no direito do indivíduo de manter restritas certas informações ou de limitar-lhes a circulação. Nesse sentido, não se pode deixar de considerar que um âmbito privado seguro é fundamen-

tal para que as pessoas possam desenvolver livremente suas personalidades (CANCELIER, 2017).

Não se pode negar a importância do direito à privacidade, vide o seu caráter mutável e flexível, ora a influenciar no âmbito público, ora no campo privado, aspectos estes que despontam com mais destaque em razão da constante e rápida evolução tecnológica. Isto posto, resta claro que o direito à privacidade passou por grande evolução desde a sua primeira formulação, concernente no "direito de estar só". Na contemporaneidade, adquire importância no controle no que tange à propagação de informações, circulação de dados e na disposição sobre o próprio corpo (CANCELIER, 2017).

2. DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, o Código Civil de 2002 foi o primeiro a dedicar um capítulo aos direitos da personalidade, destacando que estes são intransmissíveis e irrenunciáveis. Na lição de Orlando Gomes, esses direitos incidem sobre manifestações da personalidade "[...] dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa, por necessária, sua incolumidade, ao desenvolvimento físico e moral de todo homem" (1966, p. 42). Segue o civilista baiano apontando que os direitos da personalidade são oponíveis *erga omnes*, gerando um dever geral de abstenção, além de serem absolutos, inalienáveis, extrapatrimoniais, necessários, vitalícios, intransmissíveis e impenhoráveis. Podem ser divididos em duas categorias concernentes nos direitos à integridade física e nos direitos à integridade moral. Dentre aqueles, podem ser incluídos o direito à vida, sobre o próprio corpo e sobre o cadáver; no segundo grupo, estão incluídos o direito à honra, à liberdade, à imagem e ao nome (GOMES, 1966).

Na lição de Tepedino (2008), é preciso observar que, além de decorrerem das previsões constitucionais relativas aos direitos fundamentais, direitos que tutelam as manifestações da personalidade também são encontrados em leis esparsas, como a Lei n º 9.610/98, que dispõe sobre os direitos morais do autor, os artigos 12 e 21 fixam cláusulas gerais, das quais se depreende que, diante de lesões ou ameaças de lesões aos direitos

da personalidade levadas ao judiciário, deverão ser adotadas as medidas cabíveis para cessá-las, além da possibilidade de ressarcimento por perdas e danos e incidência de outras sanções.

Moraes (2008), em análise crítica do códex supracitado, afirma que o texto do capítulo referente aos direitos da personalidade se configurou em uma repetição de dispositivos escritos por Orlando Gomes em 1963, de maneira que já entrou em vigor em descompasso com a Constituição de 1988. A lei, em seu artigo 11, que os direitos da personalidade não podem sofrer limitação voluntária, norma esta cuja aplicação literal fora afastada pela jurisprudência e pela doutrina civilista, porquanto diminui sobremaneira a autonomia do indivíduo, concernente na realização de escolhas no âmbito da vida privada.

Ademais, a autora sinaliza que o fato de os direitos da personalidade terem sido elencados em um rol reduzido de direitos subjetivos no código não se demonstra condizente com a ideia de irrestrita proteção da pessoa humana. Nesse sentido, assevera o acerto do legislador português que, em cláusula geral prevista no artigo 70, 1, do Código Civil de 1966, explicitou abarbar qualquer mácula ilícita ou ameaça à personalidade, em suas expressões físicas ou morais. Isto porque, com as mudanças sociais e surgimento de novas tecnologias, não se pode negar que um dos aspectos mais importantes dos direitos da personalidade é de que irão surgir novos desdobramentos e manifestações da personalidade que não poderiam ser previstas pelo legislador, então, para que possam cumprir seu propósito, estes precisam ser considerados como uma categoria aberta que abrange ilimitadas hipóteses. Essas hipóteses se estendem até os limites da personalidade de outros indivíduos e, em caso de colisões, deve ser aplicada a técnica da ponderação (MORAES, 2008).

Na mesma intelecção, considerando a dinâmica evolução dos fatos sociais, ensina Tepedino (2008): "A rigor, as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações" (p. 37). O civilista ainda aponta que novas matérias referentes à família, à transexualidade e às tecnologias voltadas à reprodução e aos negócios digitais desafiam a rigidez entre a divisão do direito público e do direito privado, na medida em que esta não serve à tutela da personalidade em sua inteireza e em meio a tantas relações trava-

das no mundo contemporâneo. Dessa forma, direitos positivados, como o direito ao nome e ao corpo devem sempre ser interpretados conforme a dignidade da pessoa humana. De outra forma, servirão à exclusão da sociedade e desamparo de indivíduos que não terão os desdobramentos de sua personalidade respeitados. Sobre a população trans, Grant (2013) afirma que estes, quando considerados isoladamente, ainda são apresentados como óbices aos direitos desse grupo, especialmente no que tange à imutabilidade do prenome, prevista também na Lei de Registros Públicos, nº 6.012/73, ao direito ao próprio corpo.

O nome é um aspecto significativo da personalidade na medida em que individualiza o sujeito perante a sociedade, construindo-se também como forma de identificar legalmente a pessoa no campo de suas relações jurídicas. O que se observa disto é que, na questão da imutabilidade do prenome, estão inseridos interesses estatais e econômicos, notadamente no que tocante ao resguardo de créditos. Por conseguinte, em cotejo com situações de salvaguarda da dignidade, como no caso das pessoas trans, a relativização de da inalterabilidade do prenome já foi admitida pelas cortes pátrias. Quanto ao direito de dispor do próprio corpo, em razão da sua interpretação à luz dignidade da pessoa humana, deve ser considerada a possibilizada de disposição, diante do proferimento de consentimento informado, livre e esclarecido, como forma de manifestação da personalidade, identidade de gênero e sexual da pessoa (GRANT, 2013).

A própria identidade e, portanto, a identidade de gênero e a orientação sexual podem ser compreendidas como direitos da personalidade. Segundo Moraes (2008), os clássicos direitos da personalidade estão sendo repensados e ampliados na atualidade, assim como novos estão surgindo. Sobre o direito à imagem, a autora assinala que este não mais se consubstancia na imagem-retrato, concernente à forma plástica, mas também incluía a imagem-atributo, que se refere ao "[...] conjunto de características decorrente do comportamento do indivíduo, de modo a compor sua representação no meio social" (p. 11).

Não bastasse, os tribunais italianos foram pioneiros no entendimento pela existência de um novo direito da personalidade autônomo, cunhado como direito à identidade pessoal. Este pode ser observado em duas instâncias, uma estática e outra dinâmica. A primeira se refere a aspectos relativos ao nome, origem genética, aspectos biofísicos e imagem-retrato.

A segunda trata da imagem-atributo, que individualiza o sujeito no meio social, expressa em seu estilo individual e verdade biográfica.

Tendo em vista o conceito de identidade de gênero, já delineado nos capítulos anteriores, podemos dizer, que esta se configura também como um direito da personalidade. Assim, afirma a doutrina mais atual, como o jurista Turatti Junior, que, em sua obra "Reconhecimento jurídico-social da identidade LGBTI+" (2018), defendeu que liberdade sexual e de identidade de gênero podem ser vislumbradas, segundo a clássica divisão dos direitos da personalidade, tanto no grupo dos direitos físicos quanto no grupo dos direitos psíquicos, já que as expressões de sexualidade e demonstrações de uma identidade de gênero se configuram como partes da condição humana.

Nesse sentido, também se posiciona Gonçalves (2012), asseverando que "[...] tal direito possui uma dimensão privada, naquilo que resulta do desenvolvimento e da expansão da personalidade, e uma dimensão publica, relativa ao estado civil, que encerra elementos da individualização e identificação da pessoa em sociedade" (p. 4).

CONCLUSÕES

O direito à identidade de gênero diz respeito à possibilidade de a pessoa expressar a sua visão íntima de si mesmo, ou seja, trata-se de um traço significativo da personalidade, o qual demanda proteção jurídica. Embora não exista uma lei específica no Brasil para a tutela deste direito da personalidade, o seu reconhecimento é inegável diante do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade, à liberdade e à privacidade, todos previstos expressamente na Constituição Federal de 1988. Ademais, pela cláusula de abertura material prevista no art. 5º, §2º da CF, os Princípios de Yogyakarta e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

Esse tem sido o posicionamento das Cortes Superiores Pátrias que, a partir de 2011, com o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como unidades familiares pelo STF, vêm assumindo posturas mais garantidoras dos direitos da população LGBTQIA+. A mais recente, em 2019, foi a criminalização da homofobia e da transfobia, no julgamento da ADO 26. Neste último caso, ficou evidente a omissão legislativa em emi-

tir ato normativo apto a proteger os direitos de uma parcela extremamente vulnerável da população.

Cumpre também observar que o direito à identidade de gênero impõe posturas negativas ao Estado, de não interferir na forma como as pessoas expressam sua personalidade, mas também positivas, de coibir qualquer forma de discriminação, seja com a declaração de inconstitucionalidade de leis que violem os direitos das pessoas LGBTQIA+ ou com ações garantidoras da dignidade desse grupo que luta constantemente pela própria existência.

REFERÊNCIAS

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, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso: 25 mar. 2021.

_____. Igualdade perante a lei. In: _____. **Doutrinas essenciais de direitos humanos**, v. 2, p. 717-734, ago. 2011.

BOBBIO, Norberto**. Igualdade e liberdade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **A era dos direitos**. Nova edição, 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. In: **Revista Sequência**, nº 76, p. 213-239, mai/2017, Florianópolis. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217770552017000200213&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 21 mar. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A natureza material dos direitos fundamentais**. 2015. Disponível em: <https://brasiljuridico.com.br/artigos/a-natureza-material-dos-direitos-fundamentais.-por-

-dirley-da-cunha-junior.#:~:text=As%20Constitui%C3%A7%C3%B5es%20brasileiras%2C%20com%20exce%C3%A7%C3%A3o,1891%20estipulava%2C%20no%20seu%20art.> Acesso: 31 mar. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito,** Universidade de São Paulo, nº 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso: 21 mar. 2020.

GOMES, Orlando. Direitos de Personalidade. **Revista de informação legislativa**, v. 3, nº 11, p. 39-48, set./1966. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180717/000348967.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso: 1 abr. 2020.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos**: uma perspectiva de inclusão. 2012. Tese (Doutorado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/pt-br.php>. Acesso: 21 mar. 2020.

GRANT, Carolina. Direito e Gênero em Trânsito: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da 'Ley de Identidad de Género' argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer. In: XXII Congresso Nacional do CONPEDI, 2013, São Paulo. **Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>. Acesso: 1 abr. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de**. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. **3ª ed., 8ª tiragem.** São Paulo, Malheiros, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: _____. **Na medida da pessoa humana.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.

net/publication/288490662_Ampliando_os_direitos_da_personalidade> Acesso: 1 abr. 2020.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. In: **Revista dos Tribunais Online**, v. 833/2005, p. 41-53, mar. 2005.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf> Acesso: 25 mar. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. In: **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. v. 9, p. 345-374, ago. 2015.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TURATTI JUNIOR, Marco Antonio. **Reconhecimento jurídico-social da identidade LGBTI+**. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti et al. LGBTI e o sistema interamericano de direitos humanos: a construção da cidadania internacional arco-íris. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira et al. (Orgs.). **Direito internacional e direitos humanos I.** Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2> Acesso: 25 mar. 2020.

O MOSAICO DA RELIGIOSIDADE BRASILEIRA E A INTOLERÂNCIA AO DIFERENTE

Ana Célia Passos Pereira Campos[124]
Brenda Aira Carrilho[125]
Renata Esteves Furbino[126]

Fui estrangeiro, e vocês não me acolheram.
Mt 25:43

Eu sou porque nós somos.
Ubuntu

INTRODUÇÃO

Vivemos tempos difíceis, tempos em que a intolerância se revela em vários espaços. Conviver com o outro, com o diferente, tem sido extrema-

124 Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, na linha de pesquisa de Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional; graduada em Direito pela UFMG (2009); membro das Comissões da OAB-MG de Apoio aos Movimentos Populares e Direito Urbanístico. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

125 Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto Damásio (2020); graduada em Direito pela UFMG (2018).

126 Mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2012); graduada em Direito pela Milton Campos (2007); professora de Direito Penal e Processo Penal na Faculdade Arnaldo e Faminas/BH.

mente desafiador. Desafio colocado sobretudo no espaço que deveria ser de singular acolhida, o religioso. Não raro encontrarmos discursos de intolerância religiosa entre religiões, ou mesmo entre grupos distintos dentro da mesma religião. O presente artigo, debruçando-se sobre a temática, busca contribuir para o debate da intolerância àqueles que se diferenciam, seja em pensamento, seja na maneira de se expressar e crer.

Como bem ressalta Santos (2010), em sua célebre frase, "temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades." (SANTOS, 2010, p. 313). O Brasil é um país das diferenças e das diversidades, fomos formados por vários povos, várias culturas. Chega-se a propor até mesmo que somos vários Brasís, como afirma Riberio (1995). Em razão dessa interconexão cultural, herdamos uma religiosidade bastante complexa e ao mesmo tempo singular, e por muitas vezes sincrética. Várias tradições religiosas que se misturam como um mosaico disputando protagonismo, fiéis, espaços e visibilidade na sociedade brasileira.

Considerando o contexto acima, abordaremos, inicialmente, as concepções sobre o modo de pertencimento social, trazendo as contribuições do sociólogo Boaventura Souza Santos. Considerar-se-á especialmente aqueles que são tidos como diferentes, que não se encaixam no padrão de "normalidade" construído com base em valores eurocêntricos, patriarcais ou tidos como normatizantes. Em seguida, com base nas polêmicas que envolveram a Campanha da Fraternidade Ecumênica de 2021, será analisada a lógica de intolerância que permeia o universo cristão. Por fim, será analisada a lógica de pertencimento da intolerância praticada contra as religiões de matriz africana, demonstrando a diferença existente entre esses dois tipos de intolerância.

1. OS MODOS DE PERTENCIMENTO BASEADOS NA DESIGUALDADE E NA EXCLUSÃO

O marco teórico do presente trabalho passa pelos conceitos construídos por Boaventura Souza Santos em sua obra – *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*, v. 4. Nela o autor desenvolve a premissa de

que "a desigualdade e a exclusão são dois sistemas de pertença hierarquizada" (p.280). Ou seja, são dois modos de pertencer à sociedade, seja pelo princípio da integração social (no caso da desigualdade) ou pelo princípio da segregação (no caso do excluído).

Santos (2010) esclarece que a desigualdade é um fenômeno socioeconômico, enquanto a exclusão é sobretudo um fenômeno cultural e social, de civilização. Em suas palavras:

> Trata-se de um processo histórico através do qual uma cultura, por via de um discurso de verdade, cria o interdito e o rejeita. Estabelece um limite para além do qual só há transgressão, um lugar que atira para outro lugar, a heterotopia, todos os grupos sociais que são atingidos pelo interdito social, sejam eles a delinquência, a orientação sexual, a loucura, ou o crime. Através das ciências humanas, transformadas em disciplinas, cria-se um enorme dispositivo de normalização que, como tal, é simultaneamente qualificador e desqualificador. A desqualificação como inferior, louco, criminoso ou pervertido consolida a exclusão e é a perigosidade pessoal que justifica a exclusão. A exclusão da normalidade é traduzida em regras jurídicas que vincam, elas próprias, a exclusão. Na base da exclusão está uma pertença que se afirma pela não-pertença, um modo específico de dominar a dissidência. Assenta num discurso de fronteiras e limites que justificam grandes fracturas, grandes rejeições e segregações. Sendo culturais e civilizacionais, tais fracturas têm também consequência sociais e econômicas ainda que se não definam primordialmente por elas. Aqui a integração não vai além do controle da perigosidade. (SANTOS, 2010, p. 281).

O autor também explica que o sistema da desigualdade pode estar acoplado ao sistema da exclusão e que ambos permitem diversos graus. Segundo ele, o grau extremo de exclusão é o extermínio, assim como o grau extremo da desigualdade é a escravidão. A modernidade capitalista propõe uma gestão controlada dos seus sistemas de pertencimento, mantendo dentro de certos limites os processos de exclusão e desigualdade. Essa gestão atua a partir de um dispositivo ideológico paradoxal: o universalismo antidiferencista, que opera negando as diferenças (homo-

geneização); e o universalismo diferencista, que absolutiza as diferenças (relativismo).

O universalismo antidiferencista foi privilegiado no contexto da modernidade capitalista liberal, tanto que ela acionou políticamente ideias de cidadania e direitos humanos. Já o universalimos diferencista é acionado diante dos fracassos daquele, a exemplo do multiculturalismo conservador de guetos segregados. Registre-se que, por um lado, os princípios abstratos de cidadania, direitos e assimilacionismo, no âmbito da desigualdade, servem para manter a coesão social. Sua função é manter a desigualdade em níveis toleráveis, servindo de exemplo os programas sociais de transferência de renda. Por outro lado, no âmbito da exclusão, esses mesmos princípios servem-se a distinguir diferenças passíveis de segregação, expulsão ou extermínio, daquelas que serão assimiladas. Nas palavras do autor: "critérios que distinguem entre os civilizáveis e incivilizáveis; entre as exclusões demonizadas e as apenas estigmatizadas..." (p. 285).

Santos (2010) destaca que, no Brasil, nunca houve um pacto social democrático, havendo um fracasso da gestão controlada, seja dos processos de desigualdade, seja dos processos de exclusão. Nesse cenário, é impossível falar em um processo efetivo de inclusão. "Os grupos que ficaram além dos máximos de perigosidade aceitável ou tolerável foram segregados em guetos – quando não eram sentidos como ameaça à coesão da comunidade política nacional, quer em instituições totais reguladas pelo exercício total da exclusão." E acrescenta: "Nas colônias, o sistema de 'administração indirecta' universalizou, por assim dizer, a exclusão, ao impedir populações inteiras da inclusão no projeto de cidadania nacional. Nas sociedades metropolitanas, as políticas sociais do Estado-Providência articulam muitas vezes o sistema da desigualdade com o sistema da exclusão..." (p. 293).

Aplicando-se o raciocínio às instituições religiosas, percebe-se claramente a gestão controlada notada pelo autor. A exclusão das religiões de matriz indígena é exemplo evidente: o que se ouve falar sobre elas? quais seus rituais, suas diferenciações? Há silenciamento social e acadêmico a respeito da temática. Há apagamento da memória cultural desses povos, das suas expressões religiosas.

A metamorfose entre os sistemas de pertença transmutando os grupos culturais, ora em estado de exclusão, ora de desigualdade imprime uma complexidade maior na análise. Por isso, Santos (2010) propõe novo

paradigma que articula políticas de igualdade com políticas de identidade e políticas de diferença. A articulação se funda em três pilares: diferenciação, autorreferência e reconhecimento. Eles dialogam com a reinvenção necessária do Estado (diante do mundo globalizado) e com as lutas sociais (dentro e fora do marco do Estado).

Voltando um pouco ao argumento de que, no sistema de pertença da desigualdade, a gestão controlada serve-se a mantê-la em níveis toleráveis, é importante trazer as contribuições de Comte-Sponville (1999) em sua obra – *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. O autor dedica um capítulo ao estudo da virtude da tolerância, abrindo-o com a questão: "ser tolerante é tolerar tudo?" (p. 123). E logo responde que não, caso quisermos que a tolerância seja uma virtude.

Comte-Sponville ensina que, diferente da ciência, filosofar é pensar sem provas. A tolerância também intervém nesse lugar onde não há provas, isto é, só tem espaço quando a verdade não é conhecida. Está, portanto, no campo da fé, da crença, da religião. Para ele: "a Bíblia não é nem demonstrável nem refutável; portanto, ou se crê nela, ou se tolera que se creia nela." (p. 125).

A tolerância, porém, funda-se num paradoxo, eis que levada a um extremo negaria a si mesma: uma tolerância absoluta faria com que a tolerância fosse aniquilada. Seus limites estão, portanto, na periculosidade efetiva de determinado indivíduo, grupo ou comportamento a ser tolerado. No totalitarismo, por exemplo, há o poder ideológico de uma doutrina que se impõe como pretensa verdade, verdade que não se discute. A intolerância tende ao totalitarismo, assim como em matéria religiosa, ao integrismo. No entanto, o fracasso do totalitarismo vem, porque a verdade não obedece e tampouco comanda. A verdade é livre, ela não justifica seu poder. Para ser tolerante é necessário amar a verdade e reconhecer que nunca a conheceremos totalmente. Isso é próprio do campo religioso em que alguém que professa uma fé, se intelectualmente honesto, deve reconhecer a incapacidade de convencer quem professa outra fé. Na reflexão do autor: *"A tolerância como força prática (como virtude), funda-se assim em nossa fraqueza teórica, isto é, na incapacidade em que estamos de alcançar o absoluto"* (COMTE-SPONVILLE, 1999, p. 130).

Refletindo políticamente, um regime tolerante é aquele em que a liberdade constitui sua força, em que é permitido a todos pensar o que se

quer, dizer o que se quer. Eis a descrição da laicidade e a laicidade é a tolerância instituída, nas palavras do próprio autor. Nesse contexto, Comte-Sponville (1999) evoca, ainda, uma das encíclicas do Papa João Paulo II para esclarecer e exemplificar o dogmatismo prático que não confere a independência necessária entre a verdade e o valor. Um dogmatismo que, infelizmente, conduz à intolerância.

O Papa João Paulo II escreve que a verdade está acima do bem e da moral, uma "verdade estabelecida pela 'Lei divina', norma universal e objetiva da moralidade" e que "não há liberdade nem fora da verdade nem contra ela". Segundo ele, "a verdade moral impõe-se a todos e não poderia depender nem das culturas, nem da história, nem de uma autonomia qualquer do homem ou da razão." Esta seria a verdade revelada, como somente a Igreja ("verdadeira religião") a transmite. Em seus termos:

> "O fato de que certos crentes ajam sem seguir os ensinamentos do Magistério ou considerem, erroneamente, ser justa do ponto de vista moral uma conduta que seus pastores declararam contrária à Lei de Deus, não pode ser um argumento válido para refutar a verdade das normas morais ensinadas pela Igreja". E tampouco o seria a consciência individual ou coletiva: "*É a voz de Jesus Cristo, a voz da verdade sobre o bem e o mal que ouvimos na resposta da Igreja.*" A verdade se impõe a todos, portanto também à religião (pois ela é a *verdadeira* religião), portanto também à moral (pois a moral "é fundada na verdade"). É uma filosofia de boneca russa: é preciso obedecer à verdade, logo a Deus, logo à Igreja, logo ao Papa... O ateísmo ou a apostasia, por exemplo, são pecados mortais, isto é, pecados que, salvo arrependimento, acarretam "a condenação eterna". Eis, pois, seu servidor, sem falar de seus erros, que são inúmeros, já danando duas vezes... É o que João Paulo II chama de "a certeza reconfortante da lei cristã". *Veritatis terror!* (COMTE-SPONVILLE, 1999, p. 131-132 - grifos do autor).

Comte-Sponville revela ainda uma curiosa lição ao dizer que as posições da Igreja presentes na encíclica citada, embora intolerantes, devem ser toleradas. Isto devido ao grau de periculosidade apresentado. Vale citarmos, nesse ponto, o profundo estudo de Marques (2011) sobre o processo inquisitorial de Giordano Bruno Nolano (1548-1600), demonstran-

do além de outras coisas, o estreito espaço da Igreja Católica através dos Tribunais da Inquisição, conferia para discussão de outros valores, fossem eles verdadeiros ou não. Não estamos mais nas épocas da periculosidade inquisitorial em que a condenação de Nolano foi ter sido queimado vivo pela Igreja Católica, por pensar diferente e questionar dogmas.

Por mais complexos e dificultosos os diálogos atuais, percebemos espaços para que eles aconteçam. Esse próprio texto é prova disso. Toda a discussão que permeou a Campanha da Fraternidade do presente ano (2021) também demonstra que temos muito a avançar, mas é necessário lançar luzes sobre o tema da desigualdade, sobre a intolerância religiosa. É o que se pretende desenvolver a seguir.

2. A CAMPANHA DA FRATERNIDADE DE 2021 E A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA BASEADA NA DESIGUALDADE

Formalmente o Brasil deixou de ser um Estado confessional em 1891, após a Proclamação da República, sendo que até aquele momento, a religião oficial era a Católica Apostólica Romana. Hoje, a despeito de não gozar do *status* oficial, é o catolicismo que ainda detém o maior número de fiéis no país.

Segundo o último censo realizado pelo IBGE (2010), 64,6% da população se declarava católica e 22,2% evangélica. Outra pesquisa mais recente do Instituto Datafolha (BALLOUSSIER, 2020) indica um crescimento ainda maior dos evangélicos, que passaram a representar 31% da população, enquanto os católicos foram reduzidos para 50%. A despeito da metodologia diversa das pesquisas, o que se pode concluir é que a mobilidade de fiéis se dá, comumente, dentro das religiões cristãs, que têm seus valores e preceitos básicos incutidos socialmente, muitos deles, comuns a ambas as religiosidades. Além disso, conclui-se que há uma acelerada migração de católicos para o protestantismo.

As demais religiões, como Espírita, Umbanda e Candomblé, somam cerca de 5% da população, número menor do que aqueles que se declaram sem religião (8% em 2010 e 10% em 2019).

A Campanha da Fraternidade em âmbito nacional é organizada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) desde 1964 e ocorre

durante o período quaresmal. Segundo Dom Jaime Vieira Rocha, a Campanha "nasce num contexto histórico de junção de forças em favor da dignidade da pessoa humana" e tem como objetivo a discussão de temas sociais relevantes e a formação de cidadãos que atuem como agentes transformadores. Além disso, a Campanha se presta à evangelização e à coleta de recursos, geralmente utilizados em ações solidárias.

A Campanha da Fraternidade Ecumênica, por sua vez, nasce da tentativa de estabelecimento de um projeto cristão comum, liderado pelo Conselho Nacional de Igrejas Cristãs do Brasil (CONIC) e aprovado pela CNBB em 1996. A primeira campanha ecumênica foi realizada em 2000, baseada no compromisso de diálogo (COLET, 2020). Desde então, as campanhas ecumênicas se realizam com frequência aproximada de cinco anos.

Por unir diversas igrejas cristãs, numa tentativa de reconciliação entre todas e estabelecimento de diretrizes comuns, as campanhas ecumênicas testam a viabilidade de um novo paradigma de atuação cristã no mundo, colocando-se "na contramão da competição cotidiana que caracteriza o anúncio do Evangelho no Brasil pelas diferentes denominações cristãs" (CIPRIANI, 2005, p. 26).

O ecumenismo tem aspiração de união dos diferentes e, por si só, coloca em xeque a identificação cristã, por meio da supressão da pertença denominacional (CIPRIANI, 2005), o que ao unir alguns, separa outros, em razão da intolerância religiosa por parte dos setores que podem ser classificados como conservadores, tanto protestantes como católicos.

A Campanha da Fraternidade Ecumênica de 2021 tem como tema "Fraternidade e diálogo: compromisso de amor", seguido do lema "Cristo é a nossa paz: do que era dividido fez uma unidade". O texto-base da campanha foi redigido pela CONIC e referendado pela CNBB. A palavra de ordem do texto é diálogo, em oposição à intolerância.

O texto busca transmitir a mensagem da paz e do papel dos cristãos, que devem agir conforme os valores demonstrados por Cristo, que jamais excluía, acolhendo e amando todos e todas. Além da mensagem de amor, há um tom de crítica às diversas práticas de exclusão e desigualdade. Fala-se da negação da ciência e das orientações dos órgãos internacionais em relação ao combate à covid-19, da cultura de violência contra mulheres, negros, indígenas e pessoas LGBTQI+. Fala-se, ainda, do racismo estrutural e das desigualdades dele advindas, da acumulação de riquezas e da

situação degradante das pessoas pobres. Fala-se inclusive sobre necropolítica e sobre a negação da humanidade às maiorias falsamente consideradas como minorias (CONSELHO..., 2020).

Especificamente em relação à intolerância religiosa, o texto aborda o aumento de casos desse tipo de intolerância no ano de 2019 (CONSELHO..., 2020). A principal mensagem é que a intolerância não pode ser justificada e não pode ser apoiada ou praticada por cristãos, que devem ter como mandamento o amor e o acolhimento ao diferente.

Não é novidade que a Campanha da Fraternidade adote um tom crítico e questionador, em outras edições já se falou sobre violência doméstica, necessidade de melhores condições para os trabalhadores, preservação da natureza e da impossibilidade de servir a Deus e ao dinheiro (edição 2010). A pertinência da discussão de problemas sociais como os acima citados sempre foi debatida entre os cristãos, mas a edição de 2021 colocou "o dedo na ferida" da tentativa de unificação, e despertou a intolerância inter-religiosa.

Muitas foram as demonstrações de intolerância, mas vamos nos ater àquela externalizada pelo Centro Dom Bosco, que é uma associação que reúne católicos que dizem buscar e reforçar as tradições católicas. Seus membros são, em sua maioria, leigos e não têm ligação formal com a igreja, mas se colocam como professores e palestrantes nas redes sociais, como é o caso do canal no *YouTube* do Centro Dom Bosco, que conta com 213 mil inscritos.

Classificados como os vídeos que mais fazem sucesso no canal, estão os intitulados "Padre enterra de vez a campanha da fraternidade", "Tudo o que você precisa saber sobre a Campanha da Fraternidade" e "Saiba quem está por trás da Campanha da Fraternidade", cuja descrição é a seguinte: "Estamos investigando tudo sobre a Campanha da Fraternidade Ecumênica de 2021 e as notícias não são nada animadoras. Você vai se surpreender ao saber quem está querendo manipular a Igreja Católica. Assista e compartilhe!".

Neste último, conduzido pelo vice-presidente do Centro Dom Bosco, vemos claramente a intolerância ao diferente, na medida em que condena as iniciativas do texto-base da campanha ao colocar em debate as violações aos direitos fundamentais de pessoas LGBTQI+, que aparece no item 68 do texto-base:

> 68. Outro grupo social que sofre as consequências da política estruturada na violência e na criação de inimigos, é a população LGBTQI+. O já citado Atlas da Violência de 2020, mostra que o número de denúncias de violências sofridas pela população LGBTQI+ registradas no Dique 100 no ano de 2018 foi de 1685 casos. Segundo dados do Grupo Gay da Bahia apresentados no Atlas da Violência 2020, no ano de 2018, 420 pessoas LGBTQI+ foram assassinadas, destas 164 eram pessoas trans. Percebe-se que em 2011 foram registrados 5 homicídios de pessoas LGBTQI+. Seis anos depois, em 2017, este número aumentou para 193 casos. O aumento no número de homicídio de pessoas LGBTQI+, entre 2016 e 2017, foi de 127%. Estes homicídios são efeitos do discurso de ódio, do fundamentalismo religioso, de vozes contra o reconhecimento dos direitos das populações LGBTQI+ e de outros grupos perseguidos e vulneráveis. (CONIC, 2020).

Em um trecho do vídeo, ao mencionar que além desse tema, tantos outros demonstram intenções ocultas no texto, o vice-presidente do Centro do Bosco, diz o seguinte: "existe uma vontade das pessoas que estão por trás da confecção do documento de trazer, para dentro da Santa Igreja Católica, um conjunto de políticas identitárias da extrema esquerda revolucionária" (SAIBA..., 2021, 1m46s).

Todo o projeto da Campanha da Fraternidade, desde seu início em 1964, é questionado e classificado como decadência da igreja católica. São ainda mais críticos das campanhas ecumênicas. Utilizam-se, durante o vídeo expressões degradantes ou desrespeitosas ao mencionar os membros da CONIC e mesmo as pautas debatidas no texto-base, ou seja, nega-se o diálogo. Negam-se a tentativa de conciliação em relação ao povo cristão, ressaltando a ideia de oposição e rivalidade. Há um momento no vídeo em que se chamam as igrejas protestantes membros da CONIC de "seitas protestantes" (SAIBA..., 2021, 8m35s).

Em outro vídeo da mesma instituição, intitulado "Tudo o que você precisa saber sobre a Campanha da Fraternidade!" (2021) cuja descrição contém o seguinte trecho: "O texto-base da Campanha faz parte de uma estratégia de infiltração maligna perpetrada por adeptos da Teologia Eco-Feminista da Libertação. Confira no presente vídeo e compartilhe!". Fala-

-se da tentativa de ataque à santa Igreja Católica e da ligação da teologia da libertação à ideologia que teria, supostamente, gestado o Partido dos Trabalhadores (PT). Qualquer outra passagem do texto que problematiza exclusões e violências é entendida como panfletagem partidária e identitária.

Em nítido tom de resposta às acusações e intolerância demonstradas por leigos e sacerdotes da Igreja Católica em relação à recente edição da Campanha da Fraternidade, o Cardeal Dom Odilon Scherer, que é membro da CNBB, publicou um vídeo no canal oficial da CNBB no *YouTube* (2021), em que ressalta o caráter social da fé cristã e o caráter preconceituoso e antiecunêmico das críticas e ataques que se fizeram ao texto-base e a própria Campanha (CARDEAL..., 2021). O Cardeal adverte sobre a estratégia argumentativa contraditória do discurso intolerante, afirmando que os críticos se apegam a pequenos pontos e não se atém ao real significado da Campanha. Ao mesmo tempo em que se coloca de forma contrária ao discurso intolerante, o Cardeal destaca que realmente há pontos no texto que podem não contar com a concordância de todos, e que ele mesmo não concorda com alguns apontamentos, mas que essas discussões não devem ganhar importância em detrimento da própria Campanha.

Em síntese, o que se extrai das narrativas acima é que há um agrupamento de cristãos, tanto católicos como protestantes, que são considerados como progressistas, e classificados pelos conservadores intolerantes como marxistas, comunistas e outras nomenclaturas genéricas e que geram comoção e mobilização política por parte dos cristãos ligados às pautas conservadoras.

Os conservadores ou "tradicionalistas", como se autointitulam, não exercem o diálogo, lançando mão de estratégias argumentativas duvidosas e sem fundamentação teórica para praticamente "demonizar" o debate sério sobre pautas sociais pela igreja, todos eles ligados às crenças cristãs de caridade, fraternidade e amor ao próximo. Chegamos a essa conclusão após a avaliação dos vídeos no *YouTube*, acima indicados, em que em momento algum se explica o porquê de tais temas, como o direito de pessoas LGBTQI+ de serem tratadas com a mínima dignidade, implicaria em violação das crenças cristãs.

Destaca-se que em momento algum no texto-base da Campanha da Fraternidade 2021 defendeu-se a legalização ou apoio aos casamentos *gays*. Tratou-se apenas da denúncia da violência sofrida por esse grupo, que

assim como qualquer outro grupo de pessoas, merece ser respeitado e não ter a sua dignidade ferida.

Situação similar ocorreu com o discurso do próprio Papa Francisco, que inicialmente adotava uma posição neutra em relação aos homossexuais, indicando que não poderia julgá-los. Após alguns anos de pressão do Vaticano como um todo, a Congregação para a Doutrina da Fé divulgou, no dia 15 de março de 2021, que os casamentos *gays* não podem ser abençoados pela Igreja (FERRER, 2021).

Embora o modo de pertencimento baseado na desigualdade se relacione precipuamente às questões socioeconômicas, é possível dizer que o seu conceito, considerando a complexidade que envolvem as relações inter-religiosas acima indicadas, pode ser entendido como uma relação de desigualdade.

As religiões cristãs e os diversos grupos dentro das igrejas partilham valores e crenças, mas é possível observar que há uma disputa de poder entre esses grupos, sendo identificados como conservadores e progressistas, que lutam pela posição de destaque e centralidade no debate religioso, social e muitas vezes político e econômico. A intolerância presente no primeiro grupo, como se viu, está relacionada ao domínio da verdade, do saber e da verdadeira crença. É possível dizer que os conservadores se consideram cristãos de "primeira linha", que lutam pela "verdade" e pela proteção da santa Igreja, o que de certa forma encontra amparo no que dizem alguns altos sacerdotes, conforme encíclica do Papa João Paulo II, indicado no tópico anterior.

Enquanto isso, os sacerdotes, em sua maioria, buscam conter a intolerância em razão das polêmicas causadas, mas não se propõem a realizar um verdadeiro debate e diálogo a respeito das questões, como se vê da manifestação do Cardeal Dom Odilon Scherer. Assim, temos três grupos, com alguns valores em comum, mas que disputam pela narrativa. Um deles busca acrescentar à religiosidade questões relevantes socialmente, atualizando a Igreja para a realidade social existente. O outro, busca silenciar e suprimir tais falas, com base em um "tradicionalismo". Por fim, o último, representante oficial das instituições, omite-se, na medida em que não propicia um real debate.

A lógica da intolerância inter-religiosa acontece internamente a um sistema de crenças minimamente compartilhadas e pode ser entendida como uma

reação intolerante às demandas de releituras socialmente atualizadas dos textos bíblicos. A intolerância sofrida pelas religiões de matriz africana, como se demonstrará a seguir, não segue a mesma dinâmica de disputa e pertencimento.

3. AS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA E A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA BASEADA NA EXCLUSÃO

Entendida a dinâmica da disputa e de pertencimento baseadas na desigualdade em relação às religiões cristãs, é preciso agora analisar a lógica da exclusão aplicável às religiões de matriz africana. No sistema de pertença vistos, elas foram discriminadas e perseguidas historicamente, inclusive no Código Criminal de 1890, em vigor até 1942, com a tipificação penal, *v.g.*, dos crimes de curandeirismo, espiritismo e até mesmo a criminalização dos jogos de capoeira.

Campos e Rubert (2014), dissertando sobre as religiões de matriz africana e a intolerância religiosa, explicam sobre essa criminalização:

> Estes três artigos (156, 157, 158) do Código "tiveram até o início do século um tribunal especial – o Juízo dos Feitos da Saúde Pública" (MAGGIE, 1992, p. 43). A partir da década de 20, a expressão "baixo espiritismo" (associado ao curandeirismo, espiritismo, magia) começa aparecer nos registros policiais, geralmente associados à acusação do exercício ilegal da medicina e também ao lado de outras categorias como: "macumba", "candomblé", "magia negra". Yvonne Maggie constata que essas acusações contra práticas mediúnicas eram realizadas a partir de um critério moral, que relacionava os acusados dessas práticas diretamente ao mal. Segundo meu entendimento da pesquisa da Maggie (1992, p. 22), a repressão estatal em relação às manifestações espíritas e afro-religiosas contra a "crença na magia e na capacidade de produzir maléficos por meios ocultos e sobrenaturais", ajudou a constituí-las e defini-las. (CAMPOS; RUBERT, 2014, p. 298.)

As autoras demonstram a manifestação da inferiorização das religiões de matriz africana, sobretudo pela contenção criminalizadora e policial (controle de perigosidade). Isso se dá também, de forma mais sutil, seja pela negativa de conferir a elas o *status* de religião, classificando-as apenas como seitas. E, ainda, quando na 'cultura popular', seus rituais são tratados de for-

ma pejorativa, com termos como 'macumba', entre outros. É a evidência de um sistema de não pertencimento, como explicou Santos (2010).

A lógica do não pertencimento e da exclusão está intimamente relacionada ao monopólio da salvação cristã, uma espécie de superioridade religiosa, baseada em uma visão maniqueísta e polarizada, que busca combater o mal por meio de práticas purificadoras, numa verdadeira luta entre Deus e o Demônio. A invasão de terreiros, a destruição de objetos e símbolos são exemplos dessas práticas, uma manifestação violenta da intolerância e violação à liberdade de crença.

Em verdade, o estigma e a exclusão das religiões de matriz africana revelam mais uma faceta do racismo estrutural, do verniz de democracia laica brasileira. Nogueira (2020) narra que, historicamente, o combate ao mal e ao demônio está associada à subjugação das práticas provenientes das religiões de matriz africana. Tanto é que a religião cristã foi instrumentalizada para doutrinar e oprimir a população indígena e africana no projeto da colonização brasileira.

Apesar de a Constituição de 1891 determinar a separação entre Estado e Igreja Católica, com o fim do padroado, tal orientação não se deu na prática, uma vez que as religiões de matriz africana não eram reconhecidas como religiões. O direito à liberdade de crença não era para todos. Infelizmente, esse pensamento ainda persiste, inclusive, sendo manifestado em despacho judicial, datado de 28 de abril de 2014:

> No caso, ambas manifestações de religiosidade não contêm os traços necessários de uma religião a saber, um texto-base (Corão, Bíblia etc.) ausência de estrutura hierárquica e ausência de um Deus a ser venerado. As manifestações religiosas afro-brasileiras não se constituem em religiões, muito menos os vídeos contidos no Google refletem um sistema de crença – são de mau gosto, mas são manifestações de livre expressão de opinião" (JFRJ, 2014, on-line).

Após sofrer inúmeras críticas relativas ao tratamento inferiorizado dado às religiões de matriz africana, o juízo retratou-se e alterou a fundamentação da decisão. A conduta do magistrado e os ataques e violências sofridos pelos praticantes das religiões matriz africana revelam mais uma forma de opressão e o silenciamento da população negra.

Opressão ao considerar a prática atrasada, inferior e "inculta", e silenciamento ao impedir qualquer forma de manifestação da crença. Sob o argumento da salvação, somente um Deus, o cristão, é capaz de salvar e livrar de todo o mal, o resto é demônio, pecado, intolerância e exclusão. Assim, apesar do esforço ecumênico proposto pela Campanha da Fraternidade, ainda é preciso avançarmos muito na busca de uma democracia laica, da tolerância religiosa capaz de garantir isonomicamente o direito de liberdade de crença.

CONCLUSÕES

Considerando as reflexões realizadas, é possível observar que dentre as diversas manifestações da intolerância religiosa, há dois aspectos ou recortes que se amoldam aos modos de pertencimento desenhados por Boaventura de Souza Santos. Em primeiro, referidos modos de pertencimento contribuem para a presente análise, pois possibilitam o reconhecimento dos níveis em que a intolerância pode se desenvolver. Em segundo, não menos grave, de como a intolerância, em seu grau mais elevado, retira a dignidade daquele que não é tolerado e, portanto, é invisibilizado ou demonizado, a depender das circunstâncias.

A intolerância com base na desigualmente pode ser observada por meio da perspectiva inter-religiosa, da qual é exemplo a Campanha da Fraternidade de 2021, que despertou nos grupos cristãos mais conservadores um discurso de intolerância ao que não é considerado "tradicional", ou seja, uma aversão explícita ao diferente e às pautas sociais presentes nos discursos cristãos.

Mostrou-se também que a lógica de pertencimento no caso de religiões de matriz africana é baseada na violência e exclusão, na negação à participação e de certa forma, na negação da humanidade e espiritualidade aos povos que cultuam as religiões de matriz africanas. Essa lógica de negação e exclusão pode ser relacionada aos fatores socioeconômicos e históricos da população negra.

Ressaltou-se, ao longo do texto, que a intolerância está intimamente ligada à busca pela verdade absoluta, que por sua vez, segundo Comte-Sponville, jamais será conhecida em sua plenitude. Assim, conclui-se, mas palavras de referido autor, que "contra o esplendor da verdade (por que ela

teria de ser esplêndida?), contra o peso dos dogmas e das Igrejas, a doçura da tolerância" (1999, p. 133).

REFERÊNCIAS

BALLOUSSIER, Anna Virgínia. **Cara típica do evangélico brasileiro é feminina e negra, aponta Datafolha.** Folha de São Paulo. São Paulo, 13 jan. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/cara-tipica-do-evangelico-brasileiro-e-feminina--e-negra-aponta-datafolha.shtml. Acesso em: 24 mar. 2021.

CAMPOS, Isabel Soares; RUBERT, Rosane Aparecida. Religiões de matriz africana e a intolerância religiosa. In: **Cadernos do LEPAARQ**. Pelotas, v. XI, n 22, 2014.

CIPRIANI, Gabriele. Campanha da Fraternidade – 2005 Ecumênica – Solidariedade e Paz. **Encontros Teológicos**. Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 25-40, 2005. Disponível em: https://facasc.emnuvens.com.br/ret/article/view/433. Acesso em: 24 mar. 2021.

COLET, Raquel de Fátima. Campanha da Fraternidade Ecumênica 2021: (Re)pensar(se) a(na) ação dialógica. **Encontros Teológicos**. Florianópolis, v. 35, n. 3, p. 475-486, 2020. Disponível em: https://facasc.emnuvens.com.br/ret/article/view/1638. Acesso em: 24 mar. 2021.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE IGREJAS CRISTÃS DO BRASIL (CONIC). V **Campanha da Fraternidade Ecumênica. Fraternidade e Diálogo: compromisso de Amor.** Texto-base. Brasília: Edições CNBB, 2020. Disponível em: https://www.conic.org.br/portal/files/cf_texto_base_2021.pdf. Acesso em 19 mar. 2021.

FERRER, Luis Francisco Ladaria. ***Responsum* da Congregração para a Doutrina da Fé a um *dubium* sobre a bênção de uniões de pessoas do mesmo sexo.** Disponível em: https://press.vatican.va/

content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2021/03/15/0157/00330.html#por. Acesso em: 24 mar. 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

JFRJ. Ação Civil Pública n. 0004747-33.2014.4.02.5101. 17ª Vara Federal. Juiz Federal Eugênio Rosa de Araújo, julgado em 28.04.2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/decisao-negou-retirada-videos.pdf. Acesso em: 31 abr. 2021.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Os espelhos do sistema jurídico-penal: Giordano Bruno, o herege.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2011.

NOGUEIRA, Sidney. **Intolerância Religiosa**. São Paulo: Pólen, 2020.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Dom Jaime Vieira. **Uma história de doação, serviço e compaixão**. CNBB. Disponível em: https://campanhas.cnbb.org.br/uma-historia-de-doacao-servico-e-compaixao. Acesso em: 24 mar. 2021.

SAIBA quem está por trás da Campanha da Fraternidade. [S.l.:s.n.]. 2021. (28m30s). Publicado pelo canal Centro Dom Bosco. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Uc8Slv0hvJU&list=RDCMUCJ4L35KkwL-ZA0jedMKqiwQ&start_radio=1. Acesso em: 24 mar. 2021.

SANTOS, Boaventura Souza. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. Volume 4. São Paulo: Cortez, 2010.

TUDO o que você precisa saber sobre a Campanha da Fraternidade. [S.l.:s.n.]. 2021. (28m30s). Publicado pelo canal Centro Dom Bosco. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kXv_7Qe1fHw&t=1902s>. Acesso em: 24 mar. 2021.

A CONTRIBUIÇÃO DE HANNA ARENDT PARA COMPREENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: HUMANIDADE X CIDADANIA

Carlos Marcel Ferrari Lima Fernandes[127]

INTRODUÇÃO

Como aduz o professor Fausto Brito (2013, p. 178), a temática dos Direitos Humanos vem sendo tratada pela filosofia política desde Thomas Hobbes, assim como a história contemporânea desde as Revoluções Americana e Francesa. Aliás, tamanha a importância de tais direitos para civilidade que, no plano internacional, percebe-se sua positivação, dentre outros instrumentos, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

De fato, os direitos humanos são valorosos instrumentos para salvaguarda e afirmação da dignidade humana. No entanto, a ausência de um espaço público para assegurar sua validade torna os mesmos impraticáveis. É justamente no espaço público que as pessoas conseguem demarcar suas individualidades. Portanto, tolher alguém do espaço público equivale, em última análise, a tolher seus direitos humanos.

Sobre a importância do espaço público, tem-se que é nele em que os princípios da igualdade e liberdade são materializados, local em que a pluralidade humana poderá ser exercida. Assim, é na política, e não na

127 Advogado; professor universitário na Unifaminas; mestrando em Direito na UCP/Petrópolis; bolsista do PROSUC/CAPES

natureza humana, que os direitos humanos se fundamentam. Nessa toada, percebe-se a existência de verdadeiro paradoxo nos direitos humanos, vez que determinados grupos minoritários, como o de apátridas e refugiados, pela ausência de vínculo de cidadania com o Estado-nação, não conseguem ter o "direito a ter direitos" e, diante de tal ausência, não exercem os direitos humanos.

Conforme será exposto no momento oportuno, a situação dos apátridas é de tamanha fragilidade que somente com a transgressão de uma norma penal os mesmos serão "escutados" pelo Estado, podendo, até mesmo, constituir advogado. Portanto, os direitos humanos, habitualmente classificados como universais e imanentes à natureza humana, não conseguem ser efetivos ao ponto de garantir um patamar civilizatório mínimo em relação ao grupo de indivíduos que deles mais necessita.

Diante do evento totalitário e, em especial, das mazelas vivenciadas pelos apátridas e refugiados, grupo despido da condição de cidadão, a validade funcional dos direitos humanos, filosoficamente esculpidos como abstratos, universais e pautados na natureza humana, foi colocada a prova. Dessa maneira, o que se verifica é que os direitos humanos, em que pese ditos inalienáveis não são suficientes para obstar todas as barbaridades perpetradas no período totalitarista.

Em que pese seu caráter salutar, é possível tecer críticas, sobretudo do ponto filosófico, aos direitos humanos, especialmente no que diz respeito aos seus fundamentos. Nessa medida, escolhendo como marco teórico o pensamento de Hanna Arendt, o presente trabalho pretende realizar, utilizando de uma metodologia qualitativa, baseada em revisão bibliográfica, uma análise crítica dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito aos seus fundamentos.

O trabalho se justifica, pois, até os dias atuais, percebe-se uma violação sistemática dos direitos humanos, sobretudo quando se está diante de apátridas e refugiados, ou seja, pessoas sem qualquer proteção de um Estado-Nação. Por óbvio, assim como feito por Hanna Arendt, não se quer com o trabalho ora apresentado, diminuir a importância dos direitos humanos, mas sim, ao revés, compreender seus verdadeiros fundamentos, com o fito de possibilitar que os mesmos sejam mais eficazes.

Como salientado por Ricardo Pietrowski Ferreira (2015, p. 9), em dissertação dedicada a mesma temática, Arendt não é a única a fazer crí-

ticas ao estatuto dos direitos humanos, existindo grandes filósofos que o fizeram, como, por exemplo, Michel Villey, Noberto Bobbio, Vicente de Paulo Barreto, Costas Douzinas e Habermas. Para isso, o presente trabalho, encontra-se dividido em duas seções. Na primeira, analisa-se, com base na obra Origens do Totalitarismo, a pretensa universalidade dos direitos humanos e, na segunda seção, estuda-se a situação dos apátridas.

1. A PRETENSA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A tese de que os direitos humanos são universais não é acolhida por Hanna Arendt em sua obra Origens do Totalitarismo, especialmente quando se analisa o caso dos apátridas e refugiados. Em verdade, como explica a pesquisadora Ana Paula Silva Pereira (2015, p. 12), o tom crítico de Arendt paira no fato de que o fundamento para se ter acesso a tais direitos é ter a posse de uma cidadania. Assim, sem a condição de cidadão, nós perderíamos o "direito a ter direitos" e, por via de consequência, o acesso aos direitos humanos.

Entretanto, e é importante que seja consignado tal fato, não se discute no presente trabalho a vital importância dos direitos humanos para evolução da própria sociedade. Na verdade, o intuito é justamente outro, qual seja, repensar os fundamentos dos direitos humanos para que, com isso, seja garantida mais efetividade para tais direitos. De fato, como assevera Ana Paula Silva Pereira (2015, p. 13):

> No fundo, o que Arendt afirma em todo o seu histórico de crítica aos direitos humanos é que o fundamento para se ter acesso a tais direitos é ter a posse de uma cidadania, sem ela nós perderíamos o nosso "direito a ter direitos" e por conseguinte o nosso acesso aos direitos humanos.

Por isso, a cidadania se vincula diretamente aos direitos humanos, uma vez que estes são garantidos apenas dentro de uma comunidade. Justamente por isso, Arendt considera que todos os demais direitos derivam do direito a ter direitos.

Sobre a ideia arendtiana de cidadania, Iara Lucia Mellegari e Cesar Augusto Ramos (2011, p. 160), consideram que:

> A ideia arendtiana de cidadania é eminentemente política, pois assenta-se na capacidade de agir e de participação política, pois assenta-se na capacidade de agir e de participação do indivíduo na vida política, e não na mera prerrogativa de ser sujeitos de direitos formalmente estatuídos, indo além da sua mera proteção jurídica. Em outras palavras, a cidadania, ou o direito a ter direitos só é possível no âmbito do espaço público motivado pela ação como atividade própria do viver político de homens que se realizam como cidadãos, isto é, como agentes políticos. Somente a liberdade de agir que traz a possibilidade de novo vir ao mundo num espaço público, único espaço destinado aos feitos humanos, permite a construção e organização de uma comunidade capaz de garantir a efetivação dos direitos.

Nessa medida, percebe-se verdadeiro paradoxo sobre a fundamentação dos direitos humanos, uma vez que estes foram proclamados universais, mas, em verdade, para efetividade de tal categoria de direitos, indispensável a cidadania. Portanto, encontra-se presente nesta questão uma verdadeira antinomia estabelecida entre a cidadania versus humanidade. Dessa maneira, tem-se que Hanna Arendt questiona as teorias jusnaturalista e positivista, ao constatar que os seus fundamentos filosóficos e normativos, assim como, os direitos naturais, o universalismo e o positivismo jurídico não foram eficazes para garantir dos direitos humanos.

Como aduzem Iara Lucia Mellegari e Cesar Augusto Ramos (2011, p. 154):

> O que Arendt mostrou com profunda sagacidade é que não bastava ser humano para possuir direitos, pois nessa condição os homens não podiam ser. Reclamados, não serem percebidos, por isso insistiam em suas nacionalidades, o último vestígio da sua antiga cidadania, como derradeiro laço remanescente e reconhecido que os ligaria à humanidade. A desconfiança em relação aos direitos naturais e a preferência pelos direitos nacionais advêm precisamente da compreensão de que os direitos naturais são concebidos até

> pelos selvagens. Somente os direitos e a proteção que a nacionalidade outorgava parecia atestarem o fato de que ainda pertenciam ao mundo civilizado.

No entanto, se os direitos humanos são universais e, por isso, decorrem da natureza humana, a única condição necessária para salvaguarda de tais direitos seria a própria condição de ser humano, o que não é defendido por Hanna Arendt, tendo em vista que, diante do cenário de devastação do pós-guerra, a filósofa percebeu que afirmar que os direitos humanos são universais é, em certa medida, discurso retórico, especialmente quando se volta os olhos para questão judia, minorias étnicas e refugiados.

Embora consagrados como universais e consagrados nas declarações internacionais, os direitos humanos não foram efetivos na proteção dos grupos minoritários que se viram refém de sua própria sorte. Por isso, perder a nacionalidade, na prática, equivaleria a perda dos próprios direitos humanos. Neste giro, a fundamentação dos direitos humanos como universais foi posta a prova diante dos eventos totalitários acontecidos ao longo da história, especialmente na segunda guerra mundial.

Realmente, se os direitos humanos fossem de fato universais e decorressem da natureza humana, os mesmos teriam sido suficientes para obstar que os próprios movimentos totalitários acontecesses. No entanto, como se sabe, até mesmo atualmente são praticadas violações sistemáticas a tal categoria de direitos. Ademais, é bom que se destaque o fato de Hanna Arendt ter sido judia e sido expulsa de seu país, perdendo a própria nacionalidade em 1933, o que, possivelmente, a despertou sobre a análise de como os eventos totalitários demandam um estudo aprofundado e uma conscientização política.

Destarte, do pensamento de Hanna Arendt pode-se extrair duas críticas à fundamentação dos direitos humanos. A primeira reside no fato de que tal categoria de direitos, reiteradamente, são justificados na natureza humana, o que não se sustenta na prática, na medida de que, por exemplo, os apátridas e as minorias não conseguem exercer seus direitos. Por isso, só é possível exercer a igualdade e a liberdade humana no espaço público, razão pela qual os direitos humanos se fundamentam na política, e não na natureza humana. A segunda, como explica Fausto Brito (2013, p. 179), refere-se à Revolução Francesa e à Revolução Americana, efetivados po-

líticamente, foram subordinados à soberania nacional e identificados com os direitos dos nacionais. Sobre o tema, assevera Ricardo Pietrowski Ferreira (2015, p. 15):

> Entretanto, a concepção de direitos humanos como direitos que decorrem do homem ou de uma ideia de homem, isto é, de um ser abstrato e indefinível, opõe-se à condição humana de pluralidade, essencial à ação e à dignidade humana. Sendo assim, o homem isolado permanece sendo homem; porém, ao distanciar-se do espaço público e da companhia de outras pessoas fica impossibilitado de se revelar e confirmar sua identidade. De fato, na filosofia arendtiana, são as revelações estabelecidas no espaço público, entre os diversos homens, que representam a atividade dignificadora do ser humano. No espaço público, o homem iniciará relações únicas, marcadas por sua experiência unívoca e iluminadas por suas particularidades. Nessa esfera, cada ação tem sua importância, exatamente porque é fruto da atividade livre de cada indivíduo específico, revelando a identidade única e singular daquele que age. A ação política, advinda da liberdade e da singularidade de cada um, revela o indivíduo aos demais e confirmando para si mesmo quem de fato ele é.

Como explica Carmelita Brito de Freitas Felício (2000, p. 28) a questão cinge-se a um ponto, qual seja, o fato de os homens terem sido definidos como inalienáveis e irredutíveis de outros direitos ou leis, faziam com que os mesmos fossem considerados independentes de todos os governos. No entanto, com a suposição de que tal categoria de direitos prescindia de cidadania e nacionalidade, não se invocava nenhuma autoridade, quer para protegê-los, quer para garanti-los, na medida em que o próprio homem seria a sua origem e seu último objetivo. Sobre o tema, Carmelita Brito de Freitas Felício (2000, p. 28):

> A questão é: os direitos do homem por terem sido definidos como "inalienáveis", irredutíveis e indeduzíveis de outros direitos ou leis, eram, independentes, portanto, de outros governos. Com a suposição de que esses direitos prescindiam de cidadania e nacionalidade, não se invocava nenhuma autoridade para protege-los e

> garanti-los, porque o próprio homem seria a sua origem e seu objetivo último.

Portanto, ao afastar a visão naturalista e universalista dos direitos do homem, Hanna Arendt recusa, em verdade, como assevera Carmella Brito de Freitas Felício (2000, p. 16), os princípios metafísicos que deram origem à doutrina e, com isso, seu pensamento não anui com as formas abstratas com que se revestiram os direitos do homem. Nessa toada, temos que:

> Os Direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexequíveis – mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles – sem que que surgiram pessoas que não eram cidadãos de algum Estado Soberano. A esse fato, por si já suficientemente desconcertante, deve acrescentar-se a confusão criada pelas numerosas tentativas de moldar o conceito de direitos humanos no sentido de defini-los com alguma convicção, em contraste com os direitos do cidadão, claramente delineados (ARENDT, 2009, p. 327).

Dito isso, é imperioso que se diga que Arendt não pretende com sua argumentação diminuir a importância dos direitos humanos. Na verdade, sua visão pretende reconstruí-los, em prol de torná-los mais efetivos.

Arendt não nega, portanto, a existência dos direitos humanos, mas tece críticas sob sua fundamentação em um contexto universal que não existe e que ignora a pluralidade, tão essencial para humanidade do homem. "Argumenta, portanto, que, antes de possuir qualquer direito específico, importa primeiro a um indivíduo pertencer a uma comunidade política, disposta e capaz de garantir direitos" (Ricardo Pietrowaki Ferreira, 2015, p. 19).

A importância do espaço público é evidenciada, uma vez que quando o homem é tolhido da convivência de seus pares ele não marca sua identidade. Dessa maneira, o indivíduo sozinho, inapto a participar de um ciclo de relações sociais, não tem dignidade, na medida em que nada do que faça ou deixe de fazer ganha importância. Portanto, resta cristalino que a crítica do pensamento desenvolvido por Arendt reside na crise no Estado-Nação, tendo em vista que, sedimentada em conceitos como nacionalidade e cidadania, os direitos humanos não protegiam as pessoas desprovidas de nacionalidade.

Destarte, como sublinhado por Iara Lucia Mellegari e Cesar Augusto Ramos (2011, p. 150), Arendt enxerga a possibilidade de efetivação dos direitos humanos sob a perspectiva da teoria política, e cuja motivação histórica decorre de suas observações da situação precária vivenciada pelos apátridas e refugiados, e indubitavelmente, de sua própria experiência pessoal como refugiada.

2. O CASO DOS APÁTRIDAS

Como dito anteriormente, o fato de se proclamar e fundamentar os direitos humanos como universais não se mostrou suficiente para protegê-los efetivamente contra as inúmeras barbaridades ocorridas, sobretudo no período da segunda guerra mundial. A bem da verdade, o que verificou foi que muitos regimes totalitários retiraram a nacionalidade de determinados grupos minoritários, justamente para que eles não pudessem se socorrer a ninguém, deixando-os à sua própria sorte.

Aliás, infelizmente, não é possível afirmar que os apátridas e refugiados representam apenas um capítulo da história, tendo em vista que, ainda hoje, vislumbramos o acontecimento de guerras civis. Assim, importante diferenciar, nesse momento, os apátridas dos refugiados. Ana Paula Silva Pereira (2015, p. 17), enfrentando tal distinção, considera que:

> Os apátridas, termo frequentemente utilizado para identificar os judeus do período do Terceiro Reich, são aqueles indivíduos que perderam a sua cidadania, ou a sua naturalização, ou seja, eles não pertencem mais a nenhum Estado- Nação e, portanto, ninguém tinha jurisdição sobre eles. Já os refugiados são aqueles que fugiram para outro país, ou então foram expulsos do seu país de origem, sendo obrigados a buscar abrigo em outro território. É muito comum, ainda hoje, encontrarmos refugiados seja por motivos políticos ou por conta das guerras civis.

Tecida tal distinção, e chamando a atenção de que tornar um cidadão apátrida pode, em última análise, ser uma espécie de perseguição política, Hanna Arendt (2009, p. 312) afirma que:

> Antes da última guerra, somente os países totalitários ou as ditaduras semitotalitárias recorriam à arma da desnaturalização contra pessoas que eram cidadãos por nascimento; mas chegou-se ao ponto em que até as democracias livres, como, por exemplo, os Estados Unidos, pensaram seriamente em privar da cidadania os americanos natos que fossem comunistas. O aspecto sinistro dessas medidas é que são estudadas com toda a inocência.

Nessa toada, os apátridas e refugiados, como já destacado ao longo deste trabalho, perdiam, na maioria das vezes, o já citado, direito a ter direitos, ficando em situação de marginalização social. Portanto, no caso dos apátridas, a natureza humana não serviu como fundamento para exercício de qualquer direito.

Como Pereira (2014, p. 1) assevera, é por intermédio dos critérios de aquisição ou perda da nacionalidade que hoje existem cerca de 10 milhões de pessoas com o status de apátridas. Assim, resta evidente que a criação do vínculo de nacionalidade trouxe problemas aos que não foram contemplados com uma. Portanto, percebe-se que o vínculo do Estado com o indivíduo gera direitos e deveres e, sobretudo, a proteção desse por aquele. Dessa maneira, percebe-se a densa ligação entre os direitos humanos à concepção de nacionalidade. O ser humano, pois, apenas por sua natureza humana não é digno de direitos, na medida que apenas aquele possuidor de uma nacionalidade pode exercê-los.

Daí a importância do espaço público em que os princípios da igualdade e liberdade são materializados, local em que a pluralidade humana poderá ser exercida. Assim, como frisado em passagem anterior, é na política, e não na natureza humana, que os direitos humanos se fundamentam.

Sobre a importância do espaço público na perspectiva arendtiana, Suzana Oliveira Almeida (2018, p. 50) assevera:

> A condição humana da pluralidade depende essencialmente do espaço público, para que ocorra a ação política pautada no agir e no falar, pois é nesse espaço, onde os homens estão inseridos, que se constitui o mundo, no qual todos podem aparecer e se revelarem uns aos outros. Quando os homens são privados do espaço público o novo fica impossibilitado de surgir pela ação que é a garantia de se inserir no mundo, sendo a ação o que permite ao sujeito ativo

> que o mesmo deixe sua biografia como prova de sua coragem de se envolver no mundo público e deixar seu legado no contexto histórico.

Hanna Arendt, portanto, considera que o isolamento e distanciamento do indivíduo não são coisas ordinárias, na medida em que a vivência coletiva integra a própria noção de democracia. Assim, o poder se dá, como explica Suzana Oliveira Almeida (2018, p. 52), por um conjunto de pessoas, que formam o espaço público. Ademais, importante de se falar sobre a pólis no que se refere ao espaço público como local de aparência, considerando que foi uma das primeiras formas de constituição pública de que se tem conhecimento.

E é justamente isso que falta aos apátridas, e é justamente isso que os impede de exercer, no ponto de vista prático, os direitos humanos que tal grupo minoritário possui. Com efeito, despidos do vínculo de nacionalidade, uma vez que atrelado a concepção de cidadania, os apátridas permanecem sem voz, excluídos da vida pública.

O curioso é que a maneira encontrada para reverter o problema vivenciado pelos apátridas seria o de se tornar um transgressor da norma, na medida em que assim o vínculo jurídico com o Estado seria exercido. De fato, apenas como transgressores da lei os apátridas iriam possuir tratamento semelhante outorgado aos cidadãos.

Pela clareza, é essencial a transcrição de parte da obra de Hanna Arendt (2009, p. 320):

> Mesmo que não tenham um vintém, pode agora conseguir advogado, queixar-se contra os carcereiros e ser ouvido com respeito. Já não é o refugo da terra: é suficientemente importante para ser informado de todos os detalhes da lei sob a qual será julgado. Ele torna-se pessoa respeitável.

Como visto, a situação precária dos apátridas vivenciada durante o século XX despertou Hanna Arendt e a fez refletir, filosoficamente, sobre o fato de os direitos humanos serem, realmente, inalienáveis. E tal fato se dá, como já salientado, pelo fato de a condição dos apátridas não ser albergada por nenhum ordenamento jurídico, nem mesmo pelo direito de asilo.

Restava, unicamente, a condição humana a tais indivíduos, insuficiente, contudo, para proteção efetiva.

Assim, ausente a cidadania, os apátridas não possuíam o multicitado "direito a ter direitos", e não conseguiam valer-se da tão almejada proteção universal dos direitos humanos. Sobre isso, destaca-se que:

> O paradoxo dos direitos humanos consistia, justamente, no fato de indivíduos que não possuíam direito algum. Portanto, o que os apátridas, refugiados e as minorias perdiam, na maioria das vezes, era o direito a ter direitos, que se firmou quando milhões de pessoas, ao perderem sua cidadania, perderam também o direito a recorrer a qualquer proteção ou ordenamento jurídico. Hoje, mesmo com todas as limitações, existe o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) que visa dar proteção e ajuda humanitária, a todos àqueles que se encontram em tal situação. Tal órgão não existia no período em que Arendt e milhões de pessoas ficaram em situação apátrida, tendo surgido apenas em 1951, após as Convenções de Genebra.

A crítica tecida por Hanna Arendt, portanto, até mesmo nos dias atuais permanece viva, muito embora a comunidade internacional tenha unido esforços no sentido de garantir alguma representatividade – ou voz – aos apátridas.

A atualidade da crítica de Arendt se vislumbra sempre que são praticadas contra seres humanos transgressões à sua dignidade humana, como se percebe, em especial, contra minorias diversas, como mulheres, homossexuais, negros, idosos, crianças e etc. O fato é que a ausência de vínculo nacional com o Estado impossibilitou – e incontínua impossibilitando – o exercício dos mais basilares direitos para que os indivíduos existam de maneira digna. Assim, a tese de que os direitos humanos são universais e fazem parte da natureza humana não respondem aos reais anseios dessa categoria de indivíduos.

Como se viu, os direitos humanos continuam possuindo caráter salutar para evolução da humanidade, e isso não se nega. O que deve ser repensado consiste, justamente, na fundamentação filosófica da origem de tal categoria de direitos. Portanto, muito embora seja rotineira

a afirmação de que os direitos humanos se fundamentam na natureza humana, o caso dos apátridas demonstra que tal argumento torna-se, quase, espécie de recurso retórico, insuficiente para responder aos anseios de tais minorias.

Visto pelo ângulo das minorias – em especial ao caso dos apátridas –, possui mais efetividade pensar os direitos humanos como algo inerente à teoria política. Ou seja, os direitos humanos possuem mais efetividade quando considerados que para seu exercício essencial se faz assegurar o exercício do espaço público, local em que os indivíduos conseguiram falar e, o mais importante, serem ouvidos.

Ademais, como já foi destaque no trabalho, é forçoso o reconhecimento de que a comunidade internacional avançou neste aspecto, sobretudo pela institucionalização de um canal oficial, denominado Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), cujo objetivo reside em dar proteção e ajuda humanitária a tal grupo em que a vulnerabilidade é a característica mais latente. Portanto, evidente que a crítica aos direitos humanos salientada por Hanna Arendt possui um viés mais construtivo do que destrutivo, tendo em vista que o pano de fundo existente é o de em nada adianta fundamentar os direitos humanos como universais e não garantir o mínimo necessário para que os grupos vulneráveis possam exercê-los.

Cada vez mais, devem os Estados possibilitar que todos exerçam os direitos humanos, sendo certo que isso deverá acontecer no espaço público, local em que valores como liberdade e igualdade poderão ser exercidos. Assim, o paradoxo dos direitos humanos consiste, justamente, no contraste entre cidadania e humanidade, na medida em que a primeira, quando analisado o caso dos apátridas, parece ser condição sine quan non para o efetivo exercício da segunda.

Repensar, pois, os direitos humanos não significam ignorá-los, nem mesmo negar sua importância histórica para humanidade. Em verdade, repensar os direitos humanos é imprescindível para que os mesmos continuem a evoluir, de modo com que eles atinjam os fins que lhe são esperados, em especial o de garantir a dignidade humana. Assim, ao se valorar novamente os direitos humanos à luz do caso dos apátridas, espera-se, utilizando do pensamento arendtiano, reconstruí-los.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é fácil questionar os fundamentos dos direitos humanos. Em verdade, qualquer crítica direcionada aos direitos humanos tende a ser vista com maus olhos pela sociedade ou, em menor medida, ser mal compreendida. No entanto, os direitos humanos não podem ser vistos como acima de qualquer crítica, sobretudo pelo fato de, muito embora consagrados pela comunidade internacional e acolhidos por inúmeros Estados democráticos em seus ordenamentos internos, ainda se verificar diversas transgressões aos mesmos.

Com efeito, infelizmente, é rotineira a notícia de mulheres sendo violentadas, física e moralmente, homossexuais serem perseguidos, negros sendo mortos, e outros grupos minoritários sofrendo inúmeras mazelas. E isso acontece em pleno século XXI e, muitas vezes, nenhuma sanção é aplicada ao Estado transgressor. Dessa maneira, o que o trabalho apresentado mostrou é que os fundamentos dos direitos humanos como sendo universais e pautados pela natureza humana não são suficientes e tampouco satisfatórios para impedir que violações humanitárias aconteçam.

Dito de outra maneira, se os direitos humanos são universais e justificados na natureza humana, bastaria, para seu exercício, ser humano. No entanto, as barbaridades ocorridas nos períodos de guerra, sobretudo do holocausto, demonstraram que a condição humana não é suficiente para impedir atrocidades. Neste giro, e pautado na obra de Hanna Arendt, o trabalho demonstrou em sua primeira seção, que o verdadeiro fundamento dos direitos humanos não é a condição humana, mas sim, a cidadania.

De fato, é com a cidadania que o indivíduo possui o chamado "direito a ter direitos", ou seja, é com a cidadania que o indivíduo tem condições de fazer sua voz ser ouvida, caso alguma transgressão aconteça. Portanto, sem a cidadania o indivíduo não consegue exercer qualquer outro direito, razão pela qual será o ponto de partida para todos os outros direitos, sendo espécie de direito inicial para efetivo exercício dos outros direitos. Tal assertiva pode ser confirmada quando se analisa, justamente, a situação dos apátridas, pois tal vulnerável grupo, por um período, não conseguiu ver seus mínimos direitos respeitados, e, paradoxalmente, só eram equiparados aos cidadãos, quando transgrediam alguma norma.

Dessa maneira, ainda na primeira seção, demonstrou-se que o espaço público é o local ideal no qual o indivíduo poderá exercer suas individualidades, sobretudo ao se relacionar na comunidade organizada. É no espaço público, portanto, por intermédio da ação política pautada no agir e no falar, onde os homens estão inseridos, que a liberdade e a igualdade poderão ser materializadas.

Na seção seguinte, analisou-se a questão dos apátridas, momento em que se constatou que, de fato, a ausência do vínculo de cidadania impede que tal grupo minoritário exerça os direitos humanos. Aliás, de maneira irônica, o único momento em que os apátridas são equivalentes aos cidadãos é quando os mesmos violam o ordenamento jurídico, pois, nesse caso, poderão constituir advogado, questionar a norma, denunciar eventual abuso e etc.

Assim, o trabalho procurou, utilizando Hanna Arendt de referencial, repensar os direitos humanos, em especial seus fundamentos de validade, para que os mesmos possam ser mais eficazes no momento que mais importa, qual seja, o de seu exercício.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Suzana Oliveira. A importância do espaço público na perspectiva de Hanna Arendt. **Cadernos do PET Fisolofia**, v. 9, 2017, p. 50-59. Disponível em: https://revistas.ufpi.br/index.php/pet/article/view/7378/4872. Acesso em: 30 de nov. 2020.

ARENDT, HANNA. **Origens do totalitarismo.** São Paulo, 2009.

BRITO, Fausto. A ruptura dos direitos humanos na filosofia política de Hanna Arendt. **Kriterion**, v. 54, n. 127, p. 177-196, jun. 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100010&lng=en&nrm=iso. Acesso em 26 de novembro de 2020.

FERREIRA, Ricardo Pietroweski. **Os Direitos humanos à luz do pensamento de Hanna Arendt: perspectivas político-filosóficas.** Dissertação de mestrado (filosofia) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISOS – São Leopoldo. 2015. Disponível em:

http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4958. Acesso em: 29 nov. 2020.

FREITAS FELÍCIO, Carmelita Brito de. **Direitos Humanos ou o Direito a ter direitos: diálogo com o pensamento político de Hanna Arendt**. Dissertação de mestrado (filosofia política) – Universidade Federal de Goiás – Goiânia, 2000. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/115/o/Carmelita_Brito_de_Freitas_Fel%C3%ADcio.pdf?1492637621. Acesso em: 28 nov. 2020.

MELLEGARI, I. L.; RAMOS, C. A. Direitos humanos e dignidade política da cidadania em Hannah Arendt. **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)**, v. 18, n. 29, p. 149-178, 21 nov. 2011. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/1310. Acesso em: 28 nov. 2020.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e Hospitalidade**. A proteção internacional para apátridas e refugiados, 2014.

HOLOCAUSTO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS TRATAMENTOS PSIQUIÁTRICOS OFERECIDOS NO HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA SOB O ESPECTRO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Gabrielli Fernandes Conrado[128]

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva analisar, sob o espectro dos direitos humanos fundamentais, os tratamentos psiquiátricos oferecidos no maior manicômio brasileiro, que vitimou 60 mil pacientes e adotava, assim como as demais instituições psiquiátricas existentes no país ao longo do século dos manicômios, o modelo de tratamento europeu, de forma que, não menos importante, seja demonstrada a necessidade de que referidos direitos continuem sendo efetivados no contexto do tratamento das doenças mentais. A discussão do tema justifica-se no fato da história do Hospital Colônia, adotado como paradigma para representar as demais intituições totais brasileiras, não ser conhecida e, sequer, debatida como deveria, seja em âmbito social, seja em âmbito de direito. Ademais, é necessário que os erros passados sejam conhecidos para que não tornem a ser repetidos.

128 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba; pós-graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade Legale.

1. HOLOCAUSTO BRASILEIRO: A HISTÓRIA DO HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA

Em Barbacena, cidade interiorana do estado de Minas Gerais que ficou conhecida como "cidade dos loucos" (MARIANO, 1997), existiu, entre 1903 e 1980, o Hospital Colônia, instituição psiquiátrica batizada primordialmente como Assistência aos Alienados de Minas Gerais, popularmente conhecida como manicômio, cujo intuito inicial era o tratamento de pessoas com doenças mentais, mas que, rapidamente, teve suas finalidades deturpadas, tornando-se um depósito de pessoas mal quistas, um esconderijo dos que eram considerados escórias da sociedade.

> Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Eram epiléticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava, gente que se tornara incômoda para alguém com mais poder. Eram meninas grávidas, violentadas por seus patrões, eram esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, eram filhas de fazendeiros as quais perderam a virgindade antes do casamento. Eram homens e mulheres que haviam extraviado seus documentos. Alguns eram apenas tímidos. Pelo menos trinta e três eram crianças (ARBEX, 2013, p. 92-93).

Para que as condições que assolavam o Hospital Colônia sejam mais bem compreendidas, é necessário aclarar o contexto higienista que vigorava à época, sendo regido por preconceitos estruturais, como machismo, racismo e homofobia, que pairavam sobre o território nacional.

> A prefeitura de Barbacena, por exemplo, realizava verdadeiras "operações de limpeza", ou melhor, de eugenização da cidade, para que possa livrar-se do epíteto da cidade dos loucos. E nesse arrastão, mendigos e vagabundos são levados para o hospital (MOREIRA, 1983, p. 63)

Em razão do enredo sobre o qual a sociedade estava escorada, as internações passaram a ser executadas de modo indeliberado e conveniente, embebidas de estigmas sociais. Fato é que, por este motivo, doentes e sãos eram institucionalizados em ambiente precário, comparado a um campo de concentração na-

zista, tanto que, em 1979, o famoso psiquiatra Franco Brasaglia, pioneiro da luta antimanicomial italiana, que desembarcou no Brasil para visitar as estruturas do Colônia, declarou posteriormente, em sede de coletiva de imprensa: "Estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo, presenciei uma tragédia como esta" (ARBEX, 2013, p. 117).

Levando em consideração que a instituição tinha capacidade para atender dois mil pacientes mas chegou a acolher o dobro, a comida faltava, motivo pelo qual os internalizados alimentavam-se de fezes e bebiam urina; as camas eram insuficientes, assim, dormia-se no chão, sobre montes de capim, na companhia de baratas e ratos; os psiquiatrizados eram submetidos a tratamentos desumanos, cruéis e degradantes, como eletrochoque, ducha escocesa e lobotomia, que visavam não o tratamento, e sim a contenção de surtos dos doentes e das rebeliões dos sãos que notavam o sistema que os aprisionavam.

Ora, as práticas supramencionadas não perfazem outra coisa que não seja tortura, como fica demonstrado a partir da análise do artigo 1º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que a conceitua como:

> Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. (WEIS, 2011, p. 110).

Cerca de 60 mil psiquiatrizados dessa instituição total faleceram. Eram pessoas inocentes, crianças, adultos, idosos, alguns sãos, outros com doenças mentais absolutamente tratáveis, como depressão. As mortes aconteciam em decorrência da fome, do frio, das práticas de tortura, das doenças que acometiam os pacientes em razão da falta de higiene do local e outras como varíola, chagas e tuberculose (FIRMINO, 1982).

Quando a morte, destino certo dos que eram internados no Colônia, chegava, os corpos permaneciam espalhados pelos pátios, para que depois fossem recolhidos pelas mesmas carroças que transportavam o pouco alimento que a instituição dispunha. Enterrados no saturado cemitério da paz, logo as ossadas ficavam visíveis e os cadáveres apenas passaram a ser colocados uns sobre os outros.

Não bastando as desventuras experimentadas em vida pelos psiquiatrizados, seus corpos logo mais passaram a ser vendidos para alimentar os laboratórios de 17 faculdades de Medicina do país (ALFREDO; TOLEDO, 2008). Estima-se que, de 1969 a 1980, 1.823 cadáveres foram contrabandeados, resultando em R$ 600 mil de lucro aos envolvidos (ARBEX, 2013).

> Não se pode desprezar o fato de que, em nome da razão, mais de 60.000 homens, mulheres e crianças foram condenados à morte por serem considerados "diferentes" da maioria da sociedade. Seus corpos mutilados e comercializados como peças de anatomia ou disputados avidamente pelas aves de rapina, sequer tinham direito a um enterro modesto. (ALFREDO; TOLEDO, 2008, p. 16).

Em 1994, a última cela do Hospital Colônia de Barbacena foi desativada no contexto da luta antimanicomial, após inúmeros protestos e depois de dezenas de médicos que se rebelaram contra o sistema serem calados. Apesar disso, é de suma importância salientar que práticas desumanas no contexto do tratamento das doenças mentais ainda persistem em determinadas localidades, mesmo que em moldes diferentes e mais discretos dos que ocorreram no contexto barbacenense.

Foi inagurado o Museu da Loucura, em agosto de 1996, nas dependências do antigo manicômio e, logo após, foi criado o Festival da Loucura, que tinha como objetivo celebrar as diferenças e motivar a inclusão dos deficientes mentais.

2. COMPÊNDIO DE DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos constituem o eixo responsável por garantir vida digna em amplos aspectos, de forma que as pessoas sejam potencializadas

e possam se desenvolver socialmente onde quer que estejam. A dignidade é alcançada quando um complexo de valores e direitos pode ser exercido pelo indivíduo plena e concomitantemente, ou seja, não se pode falar em dignidade quando se tem, por exemplo, direito à vida, mas não direito à saúde; da mesma forma, não se pode falar em dignidade quando se tem direito à saúde e não à educação, e essa lógica não só pode, como deve, ser estendida aos demais direitos que necessitam ser assegurados.

Os Direitos Humanos resultam de uma evolução do direito que, por sua vez, traduz a evolução da sociedade, o que é notável a partir da análise da teoria geracional dos direitos humanos, que compreende 04 gerações de direitos.

A primeira geração de direitos humanos raiou nos séculos XVII e XVIII, derivando do liberalismo e compreendendo os direitos civis e políticos, enfatizando as liberdades individuais, como a liberdade de expressão, e estipulando uma obrigação negativa por parte do Estado, devendo este abster-se de interferir na esfera em questão (PIOVESAN, 1996). Enquanto isso, a segunda geração, cujo rebento ocorreu em meados do século XIX, diz respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, como o direito a saúde, que traduzem a igualdade e determinam uma obrigação positiva. Ou seja, a segunda geração determina um "alargamento da competência estatal, requerendo a intervenção do Poder Público para reparar as condições materiais de existência de contingentes populacionais" (WEIS, 2011, p. 49).

A terceira geração, por sua vez, trata dos direitos ao desenvolvimento, à paz e à livre determinação dos povos, que perfazem os valores da solidariedade e incluem, por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio. Tais direitos são conhecidos como difusos, pois não são direcionados a salvaguardar, apenas, as pretensões de grupos determinados (BONAVIDES, 1993). Por último tem-se a quarta geração de direitos, como resultado da globalização, e compreendendo o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

O complexo de Direitos Humanos assegura de forma ampla a dignidade da pessoa humana, sendo titulares desses diretos todos os seres da espécie humana, sem distinção de qualquer natureza, tendo em vista o caráter universal dessas normas. Ou seja, tais direitos são intrínsecos ao ser, que é, por sua vez, a "matriz do direito" (BONAVIDES, 2012), o que vem respaldado pelo item número 1, que consta na parte I da Declaração

e Programa de Ação de Viena (1993), adotada pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, segundo a qual "os direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos governos".

Exatamente em razão de serem instrínsecos ao ser, é que os Direitos Humanos gozam do caráter da transnacionalidade, já que devem acompanhar seus titulares onde quer que estejam, até mesmo intramuros manicomiais. Se tais direitos, no período que ficou conhecido como "século dos manicômios", já compusessem as pautas de discussões internacionais e já estivessem consolidados, não restam dúvidas de que o sangue de tantos inocentes não teria sido derramado em solo brasileiro.

Ressalte-se que, apesar da nomenclatura "gerações" e deste conceito induzir ao entendimento de que a geração posterior substitui a anterior, não é o que acontece. Em verdade, os direitos são indivisíveis, cumulativos, as gerações se fundem (PIOVESAN, 1996), nenhum direito é deixado para trás, o que se dá em razão do princípio do non cliquet, ou seja, em razão de ser proibido o retrocesso social, motivo pelo qual o que já foi assegurado não pode ser anulado.

O entendimento supramencionado vem atestado no fato dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e dos direitos individuais pertencentes aos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro constituirem cláusulas pétreas, o que manifesta a impossibilidade de tais direitos serem suprimidos, como reza o artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 2016).

Insta ressaltar que os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro recebem status constitucional e, dessa forma, constituem cláusulas pétreas, desde que versem sobre Direitos Humanos e que sejam aprovados pelo mesmo rito procedimental das emendas constitucionais, cuja previsão consta no artigo 60 da Constituição Federal.

2.1 O ENREDO MANICOMIAL SOB O ESPECTRO DOS DIREITOS PERTINENTES A TUTELA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Diante de tudo quanto foi exposto a respeito do Hospital Colônia de Barbacena, fica claro que os Direitos Humanos foram brutalmente acuti-

lados, de forma que a dignidade inexistia, uma vez que ela "repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano" (SARLET, 2015, p. 733), o que é incompatível com as práticas adotadas no contexto manicomial.

Por óbvio que o direito à vida, assegurado nos artigos 5º, 227 e 230, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016), não foi garantido aos que tiveram a infelicidade de ser institucionalizados no Hospital Colônia. Isso porque, em razão das condições do ambiente, os que eram internalizados, fossem doentes ou sãos, adentravam à instituição tendo a morte como destino certo. Ainda, deve-se considerar que direito à vida não se trata, apenas, do não morrer, como também "não é apenas o direito de sobreviver, mas de viver dignamente" (ROBERTO, 2003/2004, p. 347), como consta no artigo 170, da Carta Magna (BRASIL, 2016).

O direito à saúde, eleito no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo Brasil é signatário, como componente indispensável para assegurar a dignidade humana (DALLARI, 1988) e que foi fixado como direito fundamental nos artigos 6º e 196 da Carta Magna (BRASIL, 2016) foi tolhido, tendo em vista que, em sede de instituição total, gozar de bem-estar físico e mental era objetivo inalcançável. Ainda, além de inexistir tratamento para aqueles que dele necessitavam, menos ainda existiria prevenção para que os ainda saudáveis não fossem acometidos por outros males, principalmente em razão do corpo médico que, surpreendentemente, contava com apenas um profissional para cada grupo de 400 internos (ARBEX, 2013).

Também não há que se falar em ter sido assegurado o direito sobre o próprio corpo, previsto nos artigos 13 e 15 do Código Civil (BRASIL, 2002), já que os internos eram submetidos a práticas e procedimentos que resultavam na diminuição permanente da integridade física e, até mesmo, na morte.

Já que as internações eram indeliberadas e impulsionadas por requerimento feito por qualquer interessado, com base em quaisquer argumentos preconceituosos e discriminatórios, tem-se mais um direito lesado. O direito à honra, assegurado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federativa do Brasil (BRASIL, 2016), foi, verdadeiramente, anulado da vida dos psiquiatrizados, já que não gozavam de imagem digna diante da sociedade.

Em se tratando de honra, conceito que pode soar um tanto quanto abstrato e subjetivo, importante destacar que esse instituto corresponde "à reputação, ou à consideração social que cada um merece" (RIZZARDO, 2011, p. 153), ou seja, "Honra é a dignidade pessoal e a consideração que a pessoa desfruta no meio em que vive. É o conjunto de predicados que lhe conferem consideração social e estima própria. É a boa reputação" (AMARAL, 2014, p. 324).

É claro que, em contexto intramuros manicomiais, o direito à liberdade de locomoção, previsto no artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal (BRASIL, 2016), foi tolhido mas, ademais, é de grande valia salientar que a liberdade de escolha foi destacada da vida dos internos, tendo em vista que eles não detinham a possibilidade de decidir sobre suas próprias vidas.

Outra questão de extrema relevância é o direito à identidade, que diz respeito a possibilidade de cada ser humano exercer sua individualidade, estando diretamente ligado ao direito à liberdade. Assim que os internos chegavam no Colônia, suas roupas, documentos e demais objetos pessoais eram confiscados e suas cabeças eram raspadas. Nas poucas vezes em que tinham comida e bebida a disposição, as refeições eram comunitárias; o trabalho era compulsório e exercido conjuntamente; o banho, quando existia, era coletivo. Não existia individualidade, sequer a possibilidade de cada um exercer sua personalidade e suas escolhas, já que toda a vivência em âmbito institucional era condicionada.

2.2 DO ESTATUDO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Nesse ínterim de conquistas que resultaram no complexo de direitos que hoje asseguram a dignidade humana, urge enfatizar que o Brasil coroou a proteção das pessoas com deficiência com a Lei nº 13.146, de 06 de Julho de 2015, chamada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência , ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, conforme o caput do seu artigo 1º, é "destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania" (BRASIL, 2016, p. 1.219).

Antes do alvorecer da referida norma, as pessoas com deficiência eram excluídas dos atos sociais e políticos que acometem a vida dos cidadãos, de

forma que não eram consideradas sujeitos de direitos e obrigações, o que é notável a partir da análise contextual do Hospital Colônia de Barbacena. Anteriormente ao Estatudo da Pessoa com Deficiência, vigorava a norma de 1939, baixada por Getúlio Vargas, que autorizava a internação compulsória dos doentes mentais mediante requerimentos simplórios feitos por qualquer interessado e desprovidos de recomendação médica. Ao contrário disso, o artigo 11 da Lei nº 13.146/15 dispõe que "a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada" (BRASIL, 2016, p. 1.221).

O Estatuto retirou dos ombros dos deficientes a presunção e o estigma da incapacidade absoluta, de forma a possibilitar que essas pessoas passassem a praticar atos corriqueiros da vida (TARTUCE 2015), como constituir união estável e decidir sobre seus próprios tratamentos, como consta em seu artigo 6º, não podendo ser deixado de lado o artigo 5º, que determina que "a pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante" (BRASIL, 2016, p. 1.221).

Não obstante, a discriminação, conceituada pelo artigo 12, §1º da Lei nº 13.146/15 como "distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais" (BRASIL, 2016, p. 1.219), fica vedada, de forma que as internações em instituições totais que tenham por finalidade afastar o deficiente do convívio social ficaram impossibilitadas.

Além das obrigações negativas que o Estatuto determina, obrigações positivas foram disciplinadas, a fim de que os direitos salvaguardados por ele sejam executados de maneira efetiva e em consonância com os demais que são constitucionalmente previstos. Conforme a determina a Lei nº 13.146/2015:

> Art. 8: É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo,

> ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico. (BRASIL, 2016, p. 1220).
>
> Art. 10: Compete ao Poder Público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida. (BRASIL, 2016, p. 1221).
>
> Art. 18: É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantindo acesso universal e igualitário. (BRASIL, 2016, p. 1221).

É medida de extrema justiça um grupo que tanto já foi discriminado ter, agora, seus direitos tutelados por uma legislação tecida especificamente para ele.

2.3 RECORTES LEGISLATIVOS SOB INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

No mesmo sentido em que o Estatudo da Pessoa com Deficiência estabeleceu a inviabilidade de internações desprovidas de respaldo médico, a internação psiquiátrica, inclusive a voltada ao tratamento de dependentes químicos, disciplinada pela Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, também dispõe sobre a proteção das pessoas que sofrem com doenças mentais, redirecionando o modelo assistencial. A referida lei dispõe que:

> Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.
>
> § 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.
>
> § 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de trans-

> tornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.
>
> § 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º. (BRASIL, 2001)
>
> Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.
>
> Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:
>
> I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
>
> II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
>
> III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. (BRASIL, 2001)

Nos termos da legislação supramencionada, inclusive, todas as modalidades de internação, até mesmo as compulsórias, que são frutos de decisão judicial, necessitam de recomendação médica e precisam gozar de caráter de imprescindibilidade, devendo subsistir, apenas, enquanto perdurarem os motivos ensejadores.

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, por sua vez, que trata do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas, foi alterada pela Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019, que incluiu àquela o artigo 23-A, que ostenta do mesmo escopo da Lei nº 10.216/2001, cuja essência já foi anteriormente evidenciada. De acordo com o recém-implementado artigo, a internação de usuários ou dependentes de drogas, seja na modalidade voluntária, seja na involuntária, deve corresponder ao último mecanismo a ser buscado a fim de socorrê-los em tratamento, sendo que, tanto a internação, quanto os tratamentos ambulatoriais, devem contar com mecanismos que preparem os pacientes para reinserção social e econômica.

O §2º do artigo que está em pauta reza, como condição da internação, que ela "deverá ser obrigatoriamente autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina – CRM do Estado onde se localize o estabelecimento no qual se dará a internação" (BRASIL, 2006). Além disso, a internação voluntária deve ser findada por determinação médica, ou quando o interessado desejar interromper seu tratamento, enquanto, na involuntária, esta deve perdurar, apenas, pelo período que se fizer necessário à desintoxicação, cujo prazo máximo é de 90 dias, devendo o encerramento da intervenção ser declarada pelo médico responsável. Ainda, no que diz respeito à internação na modalidade involuntária, esta pode ter sua interrupção requerida a qualquer tempo, pela família ou pelo representante legal do paciente.

Note-se que, em se tratando da Lei nº 10.216/2001 e da Lei nº 11.343/2006, não existe brecha que legitime a permanência dos pacientes em contexto de internação, evitando, dessa maneira, que a instituições de tratamento passem a ter caráter habitacional, como ocorrido no Hospital Colônia de Barbacena.

Devem ser atribuídos, ainda, os devidos louros, ao §7º, do artigo 23-A, da Lei nº 11.343/2006, que estabelece o que se assemelha a um mecanismo de segurança, de maneira que "todas as internações e altas de que trata esta Lei deverão ser informadas, em, no máximo de 72 (setenta e duas) horas, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a outros órgãos de fiscalização, por meio de sistema informatizado único [...]" (BRASIL, 2006), o que garante à estadia dos pacientes um caráter transitório e temporário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que os Direitos Humanos são indispensáveis no contexto do tratamento das doenças mentais, a fim de que não se repitam as barbáries manicomiais ocorridas em tempos remotos. Além do mais, a necessidade de efetivação desse complexo de direitos deve ultrapassar os muros das instituições totais, para que tratamentos desumanos, crueis e degradantes não permeiem os demais âmbitos sociais e não causem a grupos minoritários os males causados aos institucionalizados do Hospital Colônia de Barbacena.

Os direitos humanos ultrapassam a ética jurídica, ultrapassando limites e invadindo fronteiras, isso porque não se tratam, apenas, de normas e regras, e sim, da consciência humana externalizada e escrita, cuja necessidade se deu, pois, um dia, o egoísmo de alguns da espécie inutilizou o que é conhecido como moral. A dignidade é atributo intrínseco a todos os seres humanos, de forma que, quando a dignidade de um é acutilada, como em um espelho, a de todos os demais que detém a mesma natureza também são.

REFERÊNCIAS

ALFREDO, Luiz; TOLEDO, Jairo Furtado. **Colônia: uma tragédia silenciosa**. Belo Horizonte: Secretaria de Estado e de Saúde de Minas Gerais, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Geração, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/2ORSnPG>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes

e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/31xl0UV>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. Ministério da Saúde. Lei nº 10.216, Lei da Reforma Psiquiátrica de 06 de abril de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 abr. 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3u0jAyy>. Acesso em: 27 mar. 2021.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados = VIENNA Convention on the Law of Treaties. 22 maio 1993. Disponível em: <https://bit.ly/3eZ1rwG>. Acesso em: 20 mar. 2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/2RQ65kE>.Acessado em: 21 mar. 2021.

FIRMINO, Hiram. **Nos Porões da Loucura**. Rio de Janeiro: Codecri, 1982.

MARIANO, José Antônio. **O Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena Respira Liberdade**. Revista Psicorama, ano 8, nº 1, 1997.

MOREIRA, Diva. **Psiquiatria: controle e repressão social**. Belo Horizonte: Vozes em coedição com Fundação João Pinheiro, 1983.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **O Direito à Vida**. Revista Scientia Iuris, v. 7/8, p. 340- 353. 2003/2004. Disponível em: <https://bit.ly/2UjkLdS>. Acessado em: 18 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TARTUCE, Flavio. **Alterações do Código Civil pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC**. Parte II, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Pu20kN>. Acessado em: 25 mar. 2021.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

A TRANSGRESSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO DO BRASIL: HERANÇAS DO SÉCULO XX DEIXADA POR HOSPÍCIOS E MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS

Cássia Rayana do Nascimento[129]

INTRODUÇÃO

> Enquanto uma alma nos contava, a outra chorava. E isso me fez sentir a morte por dentro. (ALIGHIERI, 1942).

Dante Alighieri em *A Divina Comédia* (1472) descreveu o Inferno. Fábio Mallart, em *O arquipélago* (2019), traz o relato de pessoas que vivenciam a triste realidade dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) do Rio de Janeiro, no qual diversas vezes os termos "o fim do poço" ou "o pior inferno" aparecem como sinônimos para as instituições onde estão confinados. O trecho trazido acima se encontra descrito no *Canto V* do *Inferno*, em *A Divina Comédia*. Dotado de uma conveniência medonha mesmo separados por mais de 700 anos, a realidade dos pacien-

129 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

tes dos HCTPs faz lembrar a descrição do *Inferno* de Dante, assim como também este guarda uma semelhança assustadora com o cenário do Hospital Colônia reproduzido no livro *Holocausto Brasileiro*, escrito por Daniela Arbex (2013).

A loucura está inserida na humanidade talvez desde sua origem, de modo que por conta de sua característica enigmática, habitou o imaginário popular, assumindo várias formas, e pelo mesmo motivo sempre foi símbolo de escárnio e marginalização antes que fosse compreendida como vulnerabilidade. Cada período da história apresenta um modo específico com o qual lidava com os considerados "loucos". Na Renascença, a segregação dos loucos se dava pelo seu banimento para além dos muros das cidades europeias e seu confinamento era tido como errante (COTRIM JUNIOR; DAVID, 2020). Já na Idade Média, utilizavam-se instituições asilares onde, dentre os internos se percebiam desde inválidos a mendigos e libertinos. O que se pode concluir a final é que mesmo tendo formas diversas de tratamento para com os considerados indesejáveis, as sociedades, em seus diferentes momentos históricos, sempre se inclinavam para o mesmo ponto: a exclusão do indivíduo da convivência social, seja por meio do banimento, como na Idade Média, seja por meio da segregação em instituições análogas à prisão.

De acordo com Machado et al. (1978), os primeiros relatos sobre a loucura e sobre como a tratavam no Brasil datam de 1820 em diante. Até 1830, aos loucos era permitida a circulação pela cidade. Eles podiam ser encontrados pelas ruas, casas de correções, asilos de mendigos, ou ainda nos porões das Santas Casas da Misericórdia (ARAÚJO FILHO; CASTIGIONI, 2016). Mas foi somente em 1852 que se inaugurou o primeiro hospício do Brasil, o Hospício Pedro II sob o objetivo de cuidar da saúde mental dos loucos de forma particularizada, seguindo os parâmetros da medicina europeia – na época –, visando à retirada deles das ruas. Contudo, por trás dessa máscara o real propósito era, na verdade, a "segregação dos alienados aos hospícios", nas palavras de Machado et al. (1978).

Ressonante a essa mesma lógica, meio século depois, surgem no Brasil os manicômios judiciários, como instituições que se propunham a abrigar criminosos que não podiam ser responsabilizados judicialmente por serem portadores de alguma doença mental. Data do início do século XX o nascimento dos primeiros manicômios judiciários em território nacio-

nal, mais precisamente em 1921 surge o Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro, primeira instituição do gênero chefiada pelo médico psiquiatra Heitor Pereira Carrilho. Instituições como esta carregavam no próprio nome a essência de sua ambiguidade uma vez que os manicômios judiciários incorporavam características de presídio e asilo, aspectos hospitalares e prisionais, simultaneamente. Se organizando baseados em objetivos duplos – o de custodiar e tratar –, dessa forma tornando dificultosa sua definição, acabaram funcionando como uma instituição híbrida.

A prática da segregação ganha força e desvia essas instituições – manicômios judiciários e hospícios – de seus reais objetivos. No mesmo século de sua constituição e com poucos anos de vida, tais instituições passam a não só receber indivíduos com deficiência mental, mas também os tidos como indesejáveis e marginais inclusive pessoas sem qualquer problema psiquiátrico. Seus campos de abrangência aumentaram à medida que suas qualidades de tratamento caíam. E esse é um padrão que se seguiu até que se mostrou impossível silenciar sobre o que ocorria no interior desses espaços de confinamento. A exemplo disso, cita-se o genocídio mais famoso na história do Brasil ocorrido no Hospital Colônia[130] denunciado por Daniela Arbex, local onde cerca de 70% dos internos não tinham diagnóstico de doença mental ou qualquer traço que levasse a crer que precisava estar numa instituição manicomial.

> Eram epiléticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas [...]. Quando chegavam ao hospício, suas cabeças eram raspadas, suas roupas arrancadas e seus nomes descartados pelos funcionários, que os rebatizavam. [...] Antônio Gomes da Silva, sem diagnóstico, que, dos 34 anos de internação, ficou mudo durante 21 anos porque ninguém se lembrou de perguntar se ele falava. (ARBEX, 2013).

Não muito distante da realidade dos hospícios e com práticas similares, os manicômios judiciários carregam uma história marcada pela privação da liberdade e pela transgressão dos direitos básicos de seus internos. Sustentados atualmente sob o título Hospitais de Custódia e Tratamento

130 Localizado em Barbacena, Minas Gerais, é conhecido como o Campo de Concentração Brasileiro que permaneceu de portas abertas de 1903 a 1994, sendo responsável por 60 mil mortes, de acordo com o Daniela Arbex em Holocausto Brasileiro (2013).

Psiquiátrico (HCTP), os manicômios judiciários são instituições que segregam indivíduos, teoricamente, acometidos por sofrimentos psíquicos, que após a constatação de sua *inimputabilidade* através de laudo médico, para lá são enviados a fim de cumprir *medidas de segurança*. Os HCTPs funcionam como uma espécie híbrida – caráter já tratado acima –, resultando da junção de instituições históricas que têm como teor o controle de parcelas específicas da população: os manicômios e as prisões.

Não por acaso os HCTPs funcionam em ressonância arquitetônica, prática e simbólica com os presídios comuns, tendo em vista que "as celas pequenas servem, simultaneamente, de dormitórios, banheiros e refeitórios", de acordo com relatório feito pela Pastoral Carcerária de São Paulo (2018). Ainda se verifica a escassez, ou até mesmo a ausência, de qualquer atividade que auxilie no desenvolvimento dos internos, pelo contrário, a prática da hipermedicação administrada com psicotrópicos e antidepressivos – na maioria dos casos – deixam os *pacientes* em estado de letargia generalizada. Continuando com a lista de horrores ocorridos dentro dos muros dos HCTPs, outro relatório feito pela Pastoral Carcerária de São Paulo (2018) descreve a *enfermaria* como sendo o local utilizado para cumprimento de castigos e sanções disciplinares justificados como métodos terapêuticos de contenção. Os relatos acima mencionados ocorreram após a Reforma Psiquiátrica, a qual resultou na Lei nº 10.2016 de 2001, que "surgiu, como forma de tentar solucionar essa problemática, aos poucos, construindo socialmente, porque dialoga com vários setores e área do conhecimento, e pasmem, com o próprio assistido, uma radicalização do tratamento, agora comunitário" (COTRIM JÚNIOR; DAVID, 2020).

Ante o exposto, nota-se que mesmo após esta luta de nível internacional que resultou em Lei, como foi a Luta Antimanicomial, que reivindicava a autonomia dos pacientes e o convívio social mais amplo (MELO, 2012; BARROS, 2013), não teve resultado efetivo sobre os HCTPs, uma vez que não os atingiu em sua essência, e que muitos ainda persistem em se utilizarem das mesmas práticas – ou semelhantes – obsoletas do século passado. Por isto, esta pesquisa traz à tona esse debate com o intento de ventilar as violações ocorridas dentro dos muros dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que se mostram como heranças do século XX deixadas pelos hospícios e manicômios judiciários, com foco na transgressão dos Direitos Humanos e Fundamentais. Para tanto,

essa exordial teve por metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, baseada, dentre outros, no livro Holocausto Brasileiro de Daniela Arbex (2013) e no Relatório produzido pelo Grupo de Trabalho Saúde Mental e Liberdade Pastoral Carcerária da Arquidiocese de São Paulo intitulado Hospitais-prisão: notas sobre os manicômios judiciários de São Paulo (2020). Cabe ressaltar que a pesquisa foi feita sob o caráter descritivo e aspecto quantitativo.

Por questão didática, a pesquisa se organizou da seguinte forma: primordialmente, serão abordas as questões relativas à semelhança existente entre os HCTPs, as prisões comuns e os antigos hospícios e manicômios judiciários; feito isto serão analisadas a relação individuo-instituição, sendo exploradas as formas de ingresso nos HCTPs, assim como seu caráter "perpétuo" de internação; e por fim reflete-se o (des)caso da desinternação e a ausência de métodos para efetivação desse processo.

1. A HERANÇA DOS HOSPÍCIOS E MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS E A SEMELHANÇA COM AS PRISÕES

> Como faz o mar do Caribe, onde as ondas umas com as outras se chocam e se dividem, assim as almas desse círculo faziam. Aqui vi mais gente junta que em qualquer outro lugar. Elas se chocavam depois de virem correndo de lados opostos, ao mesmo tempo gritando e empurrando [...]. (ALIGHIERI, 1942).

Ao primeiro contato com o trecho acima pode parecer hipérbole assemelhar a discrição do *Inferno* de Dante (1942) a qualquer uma das instituições trazidas nesta pesquisa. O Hospital Colônia, uma das instituições manicomiais mais emblemáticas do Brasil, conhecida mundialmente por cometer um dos maiores genocídios da história – 60 mil mortos –, de acordo com relatos parece ter sido a própria materialização do *Inferno*.

> Milhares de mulheres e homens sujos, de cabelos desgrenhados e corpos esquálidos cercaram os jornalistas. A primeira imagem que veio à cabeça de José Franco foi a do inferno de Dante. Difícil disfarçar o choque. [...] A loucura que desfilava diante dos seus olhos não o impressionava, e sim as cenas de um Brasil que reproduzia,

> menos de duas décadas depois do fim da Segunda Guerra Mundial, o modelo dos campos de concentração nazistas. (ARBEX, 2013)

Conforme elucidado anteriormente, os estabelecimentos criados no país até o final do século XIX tinham como finalidade internar os doentes mentais, e também o objetivo maior que tencionava mais "afastá-los da sociedade do que realmente tratá-los e minorar seu sofrimento" (RIBEIRO, 1999, p. 20). Tendo por base essa assertiva os objetivos iniciais dos manicômios corromperam-se levando estas instituições a não só receberem pessoas que sofressem de maus psíquicos, mas também os indesejáveis para a sociedade da época. Deste modo, a população dos hospícios e notadamente do Hospital Colônia passou a ser composta de "epiléticos, alcoólatras, homossexuais, prostituas, gente que se rebelava ou que se tornara incômoda para alguém com mais poder" (ARBEX, 2013).

A consequente segregação era evidente, e o número cada vez maior de internos dificultava o tratamento, o que convertia a "internação" em isolamento, até uma "verdadeira prisão". Não havia mais o exercício da medicina, e aquele intuito de seguir os padrões europeus médicos já não existia mais. Alegando serem práticas com fins terapêuticos, eram ministrados eletrochoques indiscriminadamente além de medicações sem prescrição alguma.

> Não havia prescrição. A gente aprendia na prática sobre o que fazer, quando ocorria qualquer perturbação. No caso dos remédios, a gente dava quando o doente apresentava algum tipo de alteração. Em situações de epilepsia, aplicávamos uma injeção. Se o cara, às vezes, se exaltava, ficava bravo, a gente dava uma injeção para ele se acalmar (ARBEX, 2013).

O que se objetivava com os eletrochoques e a hipermedicação era na verdade a contenção e a intimidação dos internos. Práticas análogas a estas constam no relatório realizado pelo Grupo de Trabalho Saúde Mental e Liberdade, da Pastoral Carcerária da Arquidiocese de São Paulo (2018), que traz à luz violações ocorridas dentro de alguns HCTPs brasileiros. No HCTP II, localizado em Franco da Rocha, os pacientes revelam que no pavilhão conhecido como enfermaria existem duas pequenas celas para onde são levados

aqueles que estão em surto ou que se envolvem em conflitos (PARTORAL CARCERÁRIA, 2018). Lá se operam o isolamento e a adoção de medidas de contenção físicas e químicas. Não obstante, no HCTP de Taubaté a enfermaria é utilizada como local para cumprimento de castigos onde o paciente-detento permanece no local por até dez dias. No HCTP I as pacientes da ala feminina relatam que "basta chorar para que sejam imediatamente medicadas" sob a justificativa de que elas "gritam mais e choram mais". Desta forma, nota-se um padrão de contensão, manipulação e intimidação.

Sobre a enfermaria, observou-se ainda que, de acordo com o relatório da Pastoral Carcerária (2018), os internos que lá permanecem não têm acesso ao banheiro o que o torna dependente de um funcionário que deve lhe acompanhar até um sanitário. Isto, dentre outros fatores, deixa à mostra a precariedade do local que atende pessoas com deficiência mental.

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Dr. Arnaldo Amado Ferreira, conhecido como HCTP de Taubaté, carrega em sua essência não só características manicomiais, mas principalmente semelhanças prisionais. Dada sua história, o espaço arquitetônico desse HCTP não só lembra uma prisão, mas faz com que os internos se sintam em uma.

> As celas pequenas servem, simultaneamente, de dormitórios, banheiros e refeitórios, de modo que os internos não só dormem, mas devem lá fazer suas necessidades pessoais – na entrada da cela está o *boi*, espécie de vaso sanitário bastante insalubre na altura do chão –, bem como realizar as refeições, que são entregues de cela em cela em horários determinados. (PARTORAL CARCERÁRIA, 2018).

De acordo com o relato feito após a visita da Pastoral Carcerária (2018), apesar de os internos poderem circular pelos corredores e pátios eles passam a maior parte do tempo dentro das celas, deixando assim amostra a forte presença do cunho privatista de liberdade do Hospital.

A lista de violações aos direitos básicos não é pequena. Como já ressaltado anteriormente a hipermedicação é uma característica fortemente presente nos HCTPs, e em seus supostos tratamentos os agentes protagonistas são, quase sempre, os psicofármacos e psicotrópicos que deixam rastros visíveis na população interna. Sem justificativa plausível os medi-

camentos são ministrados para o controle dos pacientes que causam incômodo a instituição ou também como forma de punição.

> O uso de medicamentos como forma de acalmar os internos e como forma de resolução de conflitos permite afirmar, portanto, que a administração de tais substâncias atende antes aos interesses da gestão jurídico-prisional do que a um projeto terapêutico. (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018).

Práticas semelhantes eram utilizadas no Hospital Colônia sob a mesma falsa justificativa terapêutica, quando na verdade o único resultado que se obtinha ao final era desorientação e robotização dos internos, de modo que em alguns casos era impossível até que o paciente se mantivesse em pé ou sustentasse um pequeno diálogo. Atualmente, nos HCTPs a administração dos psicotrópicos, muitas vezes à força, deixam os internos em estado de letargia profunda. Observa-se então que mesmo após a Lei da Reforma Psquiátrica ainda se operam tais práticas mais contentivas que terapêuticas.

Os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico por serem instituições que se destinam a receber pessoas que cumprem medidas de segurança e possuírem caráter híbrido – discussão já esgotada nesta exordial – acabam sendo mais um lugar de armazenamento humano.

> A suposta loucura em cruzamento com o suposto crime – duplo estigma, dupla punição, duplo castigo – parece autorizar ações de caráter ainda mais contentivo e, consequentemente, mais violador à saúde e à integridade de tais sujeitos. Em suma, a condenação penal em cruzamento com o diagnóstico psiquiátrico é a lâmina que corta os laços sociais e familiares, resultando num isolamento que extrapola a própria custódia e que se faz sentir mesmo quando esta cessa, uma vez que o estigma permanece. (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018)

O indivíduo que um dia passar por um HCTP estará marcado não só pela indignidade do lugar, corrupção de seus direitos, e deterioração da saúde física e mental, mas também pela permanente barreira social e familiar construída pela instituição que não permitirá a efetiva reinserção na sociedade. O estigma – histórico – do *hospital-prisão* sempre o acompanhará.

2. PORTAS DE ENTRADA PARA O HCTP

O termo "portas de entrada" refere-se aqui às formas encontradas pelo Estado para inserir o cidadão em um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que o atende sob o regime de medida de segurança – e em alguns casos também para o tratamento ambulatorial – baseado no instituto da periculosidade, ou seja, o suposto perigo que o indivíduo apresentaria caso estivesse em liberdade dentro da sociedade.

Partindo do início, para que uma pessoa possa responder pela prática de um crime, é imprescindível, em tese, que o autor tenha a capacidade de entender o caráter ilícito do fato delituoso. Quando, portanto, o indivíduo não possui tal capacidade, sendo diagnosticado com alguma deficiência mental, compreende-se este como sendo *inimputável*, ou seja, incapaz de responder judicialmente, o que consequentemente, o torna isento de pena. Para os casos que se encaixam na discrição acima, dá-se o procedimento judicial conhecido como absolvição imprópria, ou seja, neste caso o juiz deixa de aplicar a pena e passa a aplicar uma medida de segurança, que compreende tanto a internação num HCTP quanto o tratamento ambulatorial em meio aberto. Dada a aplicação da medida de segurança, o juiz definirá o período mínimo de internação entre um e três anos, porém o que ele não determina é a previsão de extinção da medida.

Em regra, mesmo se o laudo psiquiátrico acusar doença mental ou incapacidade causada por outros fatores, a aplicação da medida não é automática: o juiz deverá aplicá-la se entender que ficou comprovada ao longo do processo a ocorrência do delito, bem como a autoria (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018). Contudo, de acordo com Calado (2019), nos HCTPs de Pernambuco o que se vê são indivíduos que mesmo antes de um parecer oficial são encaminhados para os hospitais de custódia por parecem "possivelmente loucos".

> Ao ingressar na unidade advindo da audiência de custódia, o réu não passa por nenhuma equipe de cuidado psicológico/psiquiátrico na audiência ou antes dela, chegando no HCTP muitas vezes ainda sob custódia dos policiais militares que o apreenderam. [...] no geral, os presos com suspeita de doença mental são "mandados" para a unidade direto da audiência de custódia, apenas por discricionariedade

> dos juízes. Essa prática enche o Hospital de um contingente de presos provisórios muito alto, visto que não há nenhum critério técnico ou avaliação psiquiátrica para o juiz considerar o indivíduo "possivelmente louco". Assim, muitos presos provisórios potencialmente imputáveis ficam custodiados na Unidade, onerando o trabalho da já escassa equipe de saúde (CALADO, 2019).

Outra forma de ingresso num Hospital de Custódia é através da famosa conversão de pena de prisão em medida de segurança. Esta modalidade encontra previsão legal expressa na Lei de Execução Penal, e seu artigo 183 versa que

> Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança (1984).

Portanto, esta modalidade compreende sujeitos que no decurso do cumprimento da pena privativa de liberdade tem sua pena convertida em medida de segurança. Deve-se aqui deixar claro que a mesma regra de determinação de tempo de internação mínima – de um a três anos – continua, sem levar em conta o período que já passou cumprindo pena ou o tempo que deveria cumprir caso permanecesse numa cadeia comum. De acordo com relatos feitos pela Pastoral Carcerária de São Paulo (2018), "não é raro que o sujeito a quem se considera que "sobreveio doença mental ou perturbação da saúde mental" seja mantido no hospital de custódia para além do tempo de pena ao qual havia sido inicialmente condenado".

Para que um preso seja encaminhado a um HCTP há a comunicação entre as duas instituições: presídio e hospital de custódia. Já estando no hospital de custódia é produzido um laudo de modo a determinar a inimputabilidade do preso, se esta não for constatada o preso retorna a sua unidade prisional de origem, mas caso seja constatada sua pena é convertida em medida de segurança.

> Quanto a essa forma de ingresso, a crítica da gestão do HCTP se dá pelo fato de que muitas vezes os presos são "deixados" no

> HCTP do momento da solicitação do presídio de origem (momento do surto) até a efetiva confecção do laudo, ou seja, interna-se um preso em um hospital psiquiátrico sem saber se realmente há necessidade dessa internação, sobrecarregando a Unidade (CALADO, 2019).

Uma outra forma de ingresso é através do mandado de internação provisória que funciona assemelhado a uma prisão provisória, mas voltada aos considerados inimputáveis ou semi-inimputáveis. Assim sendo o Código de Processo Penal (1941) traz a previsão expressa dessa modalidade.

> Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.
>
> § 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.
>
> § 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

Mesmo com essas "portas de entrada" ainda há dentro dos HCTPs aqueles que não se enquadram a nenhuma modalidade de ingresso, ou ainda que mesmo depois de extinta a sua medida de segurança ainda permanece nas dependências das instituições. Dentre outros motivos, isso também deixa claro o problema de articulação com relação a saída dos internos por parte da equipe psicossocial dessas instituições junto aos equipamentos da rede de saúde pública e assistência.

3. A INDETERMINAÇÃO TEMPORAL E O CARÁTER "PERPÉTUO" DA INTERNAÇÃO

Como já trazido nesta exordial, o juiz ao determinar a internação de um indivíduo num HCTP determina também o período mínimo de internação – entre um e três anos –, entretanto nada foi mencionado a respeito do período máximo. Isso ocorre porque o juiz não determina quan-

do cessará a internação, pois "a medida de segurança não dispõe de um limite temporal predeterminado tal como a pena, podendo prolongar-se durante anos conforme os laudos psiquiátricos e as decisões do judiciário" (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018).

Ao contrário da lógica penal para indivíduos imputáveis, em que se tem por base para o estabelecimento temporal da pena o caráter passado do fato delituoso, ou seja, leva em conta o crime praticado no passado para que se delimite o limite temporal da prisão, no âmbito da medida de segurança leva-se em conta o suposto risco que o indivíduo oferece a sociedade caso seja posto em liberdade, ou seja, tem por base um caráter futuro. Desta forma, a cessação da medida de segurança depende de laudo psiquiátrico que ateste a cessação do suposto perigo (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018). Em suma, o que se avalia não é o que o indivíduo cometeu no passado, mas o que ele pode vir a fazer.

A avaliação psiquiátrica médico-legal é realizada ao final do período mínimo determinado pelo juiz, a qual resultará no chamado laudo de cessação de periculosidade e determinará a desinternação ou permanência do interno na instituição. Contudo, se o laudo acusar que a desisternação pode ocorrer esta só será efetivada após decisão positiva do juiz, sendo a ele facultativa. Se do laudo resultar a permanência na instituição, a avaliação psiquiátrica ocorrerá anualmente.

Acontece que, por conta dessa ausência de limite temporal de internação, é comum encontrar nos HCTPs casos de internos que residem nas instituições por mais tempo do que "deveriam". De acordo com a súmula 527 do Supremo Tribunal de Justiça "o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado". Desse modo, o Superior Tribunal Federal, a mais alta corte judiciária brasileira, entendeu que tal limite também se aplica às medidas de segurança, e assim impediria, do mesmo modo como a pena, a internação perpétua.

Ademais, em que pese a ausência de limite de internação predefinido, deve-se observar o "limite implícito" de que o tempo da medida de segurança não poderá exceder a pena máxima que seria aplicada ao caso se o indivíduo fosse penalmente imputável, de modo a impedir tratamento ainda mais severo ao inimputável do que seria dado ao imputável em relação ao mesmo crime (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018).

4. O PROCESSO DE DESINTERNAÇÃO E A AUSÊNCIA DE ARTICULAÇÃO PARA SUA EFETIVAÇÃO

Não é apenas a indeterminação temporal da medida de segurança que faz a internação parecer perpétua dentro de um hospital de custódia, outras inúmeras variantes corroboram para tanto. As marcas indeléveis deixadas pelos HCTPs, como a deterioração da saúde física e psíquica, o rompimento dos laços familiares, o afastamento do convívio social e a impossibilidade de construir horizontes de vida e trabalho extramuros (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018) aumentam a dificuldade do indivíduo na fase de reinserção na sociedade. Não obstante, a falta de articulação por parte do Estado no processo de desinternação do interno impossibilita a efetivação da introdução deste no convívio social.

Quando dada a medida de segurança e a consequente internação e o indivíduo é colocado sob os cuidados de um hospital de custódia, ele passa obviamente a seguir a rotina preestabelecida pela instituição. Acontece que, como em muitos outros aspectos, tal instituição falha no oferecimento de atividades que auxiliarão o interno na sua futura reinserção na sociedade. Fator bastante semelhante à realidade de presídios comuns, onde não são ofertadas atividades para os presos, ou quando o são mostram-se de forma limitada em que nem todos tem acesso ou podem participar de tais atividades.

> Não são oferecidas vagas suficientes para que todos os interessados possam trabalhar ou estudar e, assim, a concessão de vagas funciona quase como "moeda de troca", que recompensa o bom comportamento com trabalho e pune conflitos ou reclamações com "demissões", isto é, com a perda da vaga. (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018).

Ainda de acordo com o Relatório realizado pela Pastoral Carcerária de São Paulo (2018), não se observa qualquer referência a direitos trabalhistas nos trabalhos ofertados pelos HCTPs de São Paulo, pelo contrário é notória a presença da própria exploração de mão de obra barata. O "trabalho" como um dos fatores impeditivos para efetivação do processo de reinserção, conta ainda com o acolhimento dos parentes – ou a falta deste – para este infrutífero fim.

> A maior dificuldade na desinternação desses pacientes resta no fato de que muitos não têm mais vínculos familiares. É muito frequente que a família do paciente se recuse a recebê-lo, pois há muitas famílias [...], que têm renda bem mais baixa e pouca instrução, formando um empecilho de natureza financeira para o recolhimento do paciente pela família. Vemos, inclusive, que o vínculo familiar já começa a ser fragilizado por conta da dificuldade em comparecer às visitas, de forma que a fragilização deste vínculo chega ao ponto de rompimento, quando nem o familiar quer aceitar o cuidado do paciente nem o próprio paciente reconhece este vínculo, em decorrência dos efeitos do abandono familiar. (CALADO, 2019).

Não obstante o fator monetário, ainda de acordo com Calado (2019) há situações em que mesmo famílias financeiramente bem estruturadas se negam a receber a pessoa de volta para o convívio familiar. Em um caso desses, a unidade não se pode exigir da família que se responsabilize pelo paciente, mesmo que tenha condições para tal (CALADO, 2018). Desta forma, cabe ao Estado a responsabilidade com relação a reinserção deste indivíduo na sociedade.

> A principal razão para a não desinternação dos pacientes com alvará de soltura é a falta de possibilidade de moradia e sustento para os desinternados sem vínculo familiar para retorno ao lar, o que não seria um problema caso houvesse vagas em residências terapêuticas e possibilidade de moradia assistida para todos. No entanto, o que vemos é que não há interesse do estado em libertar estes indivíduos, mesmo que já tenham "conquistado" seu direito à liberdade (CALADO, 2019).

Com o abandono sofrido pelos indivíduos em geral no sistema institucional, assim como pela falta de acolhimento familiar e aparato estatal, não é surpresa que eles tenham mais dificuldade de efetivamente serem desinternados. Em dado momento essa rede organizada – entre instituição e Estado – parece não ser uma deficiência que precisa de conserto, mas uma estratégia de manutenção de confinamento dos historicamente indesejáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estigma da loucura sempre foi contornado e nunca tratado da forma adequada, e hoje se apresenta como um problema não só de saúde pública, mas também um problema jurídico, político e estatal, por isso ao tentar entendê-lo e resolvê-lo apenas sob uma óptica só agrava o que já está demasiadamente defeituoso. Os avanços alcançados pela medicina parecem não ultrapassar os muros desses locais de contenção conhecidos como Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, os quais aparentam permanecer estagnados no século passado.

No que tange aos HCTPs e seus objetivos primordiais viciados, o que se pretende neles já não é mais cura ou o tratamento, mas a redução da intensidade dos sintomas e duração de crises através da administração de medicamentos – na maioria das vezes psicofármacos e psicotrópicos – que extrapolam os mecanismos disciplinares. A semelhança com os métodos antigos utilizados em hospícios e manicômios é assustadora, e se mostram como verdadeiras heranças deixadas por tais instituições.

Diante de todo o exposto trazido nesta exordial, resta provado a transgressão descarada dos direitos humanos e fundamentais dos internos. Eles perdem sua liberdade, sua relação familiar, sua dignidade, não têm direito a um ambiente descente, chegam até a perder sua identidade quando robotizados após tanta ingestão de remédios com fins de contensão. Tanta desumanidade parece não ser o suficiente, pois os internos ainda não podem gozar da liberdade quando dada a cessão da medida de segurança por falta de estratégias que o ajudem no processo de reinserção deixando-os totalmente desemparados neste processo de reencontro.

Este trabalho atingiu seu fim de expor as táticas desumanas desses ambientes que exploram a contenção e intimidação quando deveriam servir de locais de tratamento e ajuda. Contudo, deixa registrado que apesar de ter atingido o seu fim, não é um fim em si mesmo, sendo apenas mais um ponto de partida para os estudos futuros que se comprometem com a dignidade da pessoa humana. O resgate da história serve para que a humanidade não continue ou não volte a repetir erros do passado. Este artigo é apenas uma pequena parte da engrenagem que busca, defende e luta pelo fim da política de segregação de indivíduos, pelo fim do encarceramento da "loucura", e pela quebra dos muros que calam as vozes e bloqueiam

olhares críticos aos que clamam por séculos por ajuda, e pela desconstituição de toda e qualquer instituição que sustente esse sistema de desumanização e marginalização.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Gerardo; CASTIGLIONI, Luciane. Mnicômios judiciários no Brasil: perpesctiva histórica e evolução em busca de uma reforma psiquiátrica. **Psychiatry on line Brasil**, [*s. l.*], v. 21, n. 9, 2016.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Geração, 2013. 255 p.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Código de Processo Penal, [S. l.], 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal.** Lei de Execução Penal, [S. l.], 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. **Súmula n. 527**. Julgamento em 13 de maio 2015. Diário Judicial Eletrônico, 18 de maio 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27527%27. Acesso em: 31 mar. 2021.

CALADO, Beatriz Sousa Ribeiro Luso. **O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico enquanto um depósito de loucos**: considerações acerca da dificuldade de desinstitucionalização de pacientes com medida de segurança. 2019. 61 p. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2019.

CARRARA, Sérgio. A História Esquecida: os Manicômios Judiciários no Brasil. **Journal of Human Growth and Development**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 16-29, 2010.

CASTELO BRANCO, Thayara. **O que você não sabe sobre os Manicômios Judiciários brasileiros**. [*S. l.*]: Justificando, 2016. Dis-

ponível em: http://www.justificando.com/2016/10/05/o-que-voce-nao-sabe-sobre-os-manicomios-judiciarios-brasileiros/#_ftn1. Acesso em: 7 mar. 2021.

CORDIOLI, Maria Sirene; BORENSTEIN, Miriam Süsskind; RIBEIRO, Anesilda Alves de Almeida. Hospital de custódia: os direitos preconizados pela reforma psiquiátrica e a realidade dos internos. **Escola Anna Nery**: Revista de enfermagem, Rio de Janeiro, v. 10, ed. 4, p. 671-677, 19 out. 2006.

COTRIM JÚNIOR, Dorival; DAVID, Gabriela. **Hospitais Psiquiátricos e os Direitos Humanos**: uma relação complicada. [*S. l.*]: Âmbito Jurídico, 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/hospitais-psiquiatricos-e-os-direitos--humanos-uma-relacao-complicada/. Acesso em: 7 mar. 2021.

Pastoral Carcerária de São Paulo. **Hospitais-prisão: notas sobre os manicômios judiciários de São Paulo**. São Paulo, 2018. 69 p. Disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatrio_hospitais-priso-gt-sade-mental-e-liberdade-pastoral.pdf. Acesso em: 7 mar. 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Lei de Execução Penal**, [*S. l.*], 11 jul. 1984.

SANTANA, Ana Flávia; ALVES, Marília. Realidade de um manicômio judiciário na visão de profissionais: do tratamento à segregação. **Revista Mineira de Enfermagem**, Minas Gerais, v. 19, n. 2, 2015.

SILVEIRA, Luiz. **Para onde vai quem comete crime e sofre de doença mental**. [*S. l.*], 2018. Disponível em: http://gmf.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5265985/5902838. Acesso em: 31 mar. 2021.

SOARES FILHO, Marden; GOMES BUENO, Paula. Direito à saúde mental no sistema prisional: reflexões sobre o processo de desinstitucionalização dos HCTP. **Ciência & Saúde Coletiva.** Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2101-2110, 2016.

TRÁFICO DE MULHERES E A (IN) EFETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: COMO A DISCRIMINAÇÃO DAS VÍTIMAS AFETA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL?

Myllena Theresa de Oliveira de Sousa[131]

INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas é uma das formas de escravidão contemporânea mais lucrativa e complexa. Além da exploração sexual, o tráfico de mulheres é ligado a outras atividades, como o turismo sexual, trabalho escravo e remoção de órgãos.

O Brasil é um país de raízes escravocratas: a escravidão não consistia somente na exploração do trabalho forçado, já que as escravas também eram abusadas sexualmente. O primeiro lampejo de preocupação com o tráfico de mulheres foi o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas. Vale ressaltar que a prostituição já era malvista socialmente.

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual é a modalidade mais comum de escravidão contemporânea, segundo o Relatório da UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes) de 2018, que atinge principalmente mulheres, crianças e travestis. De acordo com esse relatório, 83% das mulheres são traficadas para exploração

131 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão.

sexual; sendo 13% para o trabalho forçado e 4% para outras modalidades de tráfico.

O Protocolo de Palermo foi desenvolvido durante uma assembleia na ONU em 2000 e tinha como finalidade a discussão do combate ao crime organizado. Verifica-se que a definição de tráfico de pessoas foi idealizada para combater um delito transnacional, o que não abrange as questões de gênero presente no tráfico de mulheres, a invisibilidade das vítimas e nem a preocupação com a promoção de direitos humanos.

Para Alexandre Kappaun (2010, p. 8), a indústria da pornografia, prostituição e turismo sexual são um dos principais elementos que alimentam a demanda do tráfico de mulheres. Essa "oferta de mulheres" está ligada diretamente aos movimentos migratórios internacionais, que têm como finalidade a busca por melhores condições de vida.

O tráfico de seres humanos para exploração sexual é fomentado por uma cultura de normalidade, como uma resposta cabível para sair de um meio social em que os indivíduos não possuem acesso aos recursos básicos para a dignidade humana. Portanto, é necessário sair desse estado anestésico, ante o desconforto e inconformismo em razão dessa grave violação de direitos humanos, a partir de uma perspectiva crítica e emancipatória (SANTOS, 2000).

Portanto, todo esse cenário contribui para que as vítimas não consigam denunciar, já que a atuação estatal ainda é insuficiente. E então, por ser tão pouco denunciado e discutido, surge a seguinte questão: qual a relação entre a repressão penal do tráfico de pessoas e a invisibilidade das vítimas? Para analisar a posição da mulher traficada, será analisada a sua vulnerabilidade a partir das relações de subordinação da mulher, estigmatização da prostituta e como a sua invisibilidade afeta o percurso da investigação criminal.

1. DO TABU DA PROSTITUIÇÃO À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO: UMA ANÁLISE SOBRE A INVISIBILIDADE DAS MULHERES TRAFICADAS

A subordinação da mulher em relação ao homem é propagada desde os textos bíblicos. Logo, a submissão da mulher ao homem foi estabelecida na sociedade como normal e natural. A prostituição, por sua vez,

considerada como um atentado moral, possui estreita conexão com o tráfico de mulheres, e sua análise é imprescindível para a compreensão da invisibilidade das mulheres traficadas.

A histórica e costumeira venda de mulheres como mão de obra servil, reprodutoras e escravas sexuais serviu de base para a base de subordinação e coisificação da mulher (MILL, 2008, p. 92-98). O epíteto de mais antiga das profissões, além de errado, aponta a universalidade e consciência acerca do fenômeno da prostituição. Dessa forma, torna-se necessário verificar a relação entre a discriminação do gênero feminino, principalmente das prostitutas, especificadamente quando são vitimizadas pelo tráfico de pessoas.

A posição das mulheres na sociedade é resultante da tríade imposição, opressão e subordinação, que as obriga a um estado de impotência, consistindo num obstáculo para sua liberdade (BEAUVOIR, 1987, p. 3). É fundamental relacionar o sistema patriarcal como um dos elementos da violência histórica sofrida pelas mulheres (RUBIN, 1975, p. 163-164). As mulheres, mediante todo o processo de exclusão social e cultural, buscam migrar para outros países em busca de melhores ocupações laborais, e a prostituição vista como um dinheiro rápido e nada fácil, é utilizada para perpetuar a discriminação sofrida pelas mulheres, e sustentar os traficantes de pessoas.

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual, segundo Waldimeiry Correa, é a exploração sexual inserida no comércio sexual, que engloba a pornografia, turismo sexual, espetáculos sexuais e outras atividades semelhantes. Nesta atividade, o traficante retira os lucros da exploração sexual alheia, cuja mão de obra não é remunerada.

Para Vaz Cabral (2006, p.7), a exploração do trabalho sexual feminino é relacionada com a discriminação de gênero, pois a mulher traficada é vítima de um histórico sistema desigual que permite que ela seja causa e consequência do tráfico de mulheres. Georgina Cabral chama atenção para que seja feita uma análise de gênero que compreenda por que a migração, para as mulheres, é a única maneira de escapar da exclusão e invisibilidade em que vivem. Logo, o impacto negativo nessa discussão de gênero advém da opressão sofrida pelas mulheres, do rechaço público em relação à prostituição, e da discriminação de gênero.

Lydia Cacho (2010, p. 19) afirma que o tráfico para fins de exploração sexual fomenta e fortalece uma cultura de normalização dessa superexploração, como resposta tolerável à pobreza, falta de educação das mulheres e crianças.

A ONU aponta que a globalização impulsionou o tráfico de mulheres, o que ocasionou a feminização da pobreza e da imigração (ONU: A/65/288, §23). Vale ressaltar que o tráfico de pessoas é apenas uma das faces da prostituição, não deixando de ser cruel, que está "globalizada" como qualquer outra. Portanto, essa exploração da atividade sexual aponta as grandes desigualdades sociais e ausência de oportunidades de trabalho equitativo propiciadas para as mulheres.

É perceptível o estado anestésico diante da grave violação de direitos humanos das mulheres traficadas. A privação da liberdade lhes converte em mera massa humana vulnerável, sujeitas ao domínio e exploração dos mercadores de gente.

2. A TRAFICADA PODE FALAR? UMA ANÁLISE ACERCA DA POSIÇÃO E INVISIBILIDADE DAS VÍTIMAS

Para Boaventura de Sousa Santos (2012), os imigrantes são pessoas que não têm existência de um ponto de vista legal. Como tratado anteriormente, as causas do tráfico estão relacionadas a fatores sociais, econômicos, políticos e culturais, o que torna o tráfico humano um fenômeno complexo e multifacetado.

Conforme apontado, as desigualdades em que as mulheres estão inseridas contribuem para sua invisibilidade. A prostituição, estabelecida como conduta desviante, gera um estigma social, pois o arcabouço legal e as atuações da polícia judiciária não conseguem combater essa nódoa social, o que favorece o silêncio das vítimas.

Tomando por emprestado a elaboração de Gayatri Spivak (Pode o subalterno falar?) a mulher traficada tem sua fala reduzida, pois os agentes da segurança pública são treinados apenas para enfrentar aquele problema como um procedimento da instância criminal. A discriminação de gênero na justiça criminal tem como base a reprodução da desigualdade social sofrida pelas mulheres no seio social. Com bases teóricas autoritárias, a legislação penal e processual penal não conferem o adequado trato crimi-

nal, seja pelo desconhecimento da real dimensão do tráfico de mulheres, ou pela falta de integração entre as políticas criminais e a visão inclusiva dos direitos humanos.

Os direitos e as necessidades das vítimas não são elementos acessórios no procedimento criminal: a verdade é que encontram-se no centro do processo (UNODC, 2009, p. 94-110). Mesmo que não possa testemunhar ou colaborar durante a investigação, os direitos dessas mulheres violadas devem ser garantidos.

A cooperação da vítima de tráfico humano é imprescindível para que o aparelho estatal possa identificar e punir os criminosos. Contudo, na realidade, as mulheres traficadas não querem testemunhar contra os traficantes, pois não confiam no sistema criminal e nem na polícia, em razão da ausência de mecanismos efetivos que possam protegê-las (ONU:H/PUB/10/2, 2010, p. 10).

As vítimas, por não se reconhecerem como vítimas, mantêm-se num estado de negação freudiana, e isso faz com que sejam relegadas ao silêncio, o que contribui para sua invisibilidade. Essa situação de invisibilidade traz um sério risco. Para a instância formal de controle, a existência das prostitutas imigrantes, por exemplo, pode ser apenas uma opção laboral migratória, o que faz com que o tráfico e a exploração passem despercebidos (SANTOS, 2012).

3. ESTIGMATIZAÇÃO DAS MULHERES TRAFICADAS E (IN)EFETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Conforme apontado, a exclusão social e o preconceito pela prostituição contribuem para a invisibilidade das pessoas recrutadas ilicitamente para o tráfico humano. A prostituição, estabelecida como conduta desviante, gera um estigma social, pois além de legislações e atuações tímidas da polícia judiciária, favorece o silêncio das vítimas e não consegue combater essa nódoa social. Portanto, é necessário reprimir o crime, sancionar adequadamente os agentes criminosos e resgatar as vítimas, garantindo seu acesso à justiça, para que seja concedida uma resposta funcional ao atual modelo de persecução criminal.

As mulheres migrantes passaram a ser vistas como mero objeto (CORREA apud GASPARD, 1998), o que corroborou diretamente para

sua invisibilidade. A partir disso, as mulheres migrantes tornaram-se vulneráveis a cair em redes tráfico que as exploram e retiram sua dignidade. Em razão dessa invisibilidade, o sistema de justiça criminal não consegue realizar os atos procedimentais como requer o crime de tráfico de pessoas para exploração sexual. A presença de estereótipos, misoginia e preconceito com as vítimas de tráfico faz com que o direito penal e todo o aparato de persecução criminal seja ineficaz.

Para Vera Regina Pereira de Andrade (2005), o Sistema de Justiça Criminal (SJC) não é apenas um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência, principalmente nos crimes contra a dignidade sexual, como também duplica a violência sofrida. O sistema penal reproduz a desigualdade e discriminação contra as mulheres vítimas de tráfico humano para exploração sexual. Em razão disso, surge a seguinte indagação: o Direito Penal é a melhor forma de solucionar a invisibilidade das vítimas de tráfico para exploração sexual?

A discriminação de gênero na justiça criminal tem como base a reprodução da desigualdade social sofrida pelas mulheres no seio social. Com bases teóricas autoritárias, a legislação penal e processual penal não conferem o adequado trato criminal, seja pelo desconhecimento da real dimensão do tráfico de mulheres, ou pela falta de integração entre as políticas criminais e a visão inclusiva dos direitos humanos.

Os direitos e as necessidades das vítimas não são elementos acessórios no procedimento criminal: a verdade é que se encontram no centro do processo. Mesmo que não possa testemunhar ou colaborar durante a investigação, os direitos dessas mulheres violadas devem ser garantidos. A cooperação da vítima de tráfico humano é imprescindível para que o aparelho estatal possa identificar e punir os criminosos. Contudo, na realidade, as mulheres traficadas não querem testemunhar contra os traficantes, pois não confiam no sistema criminal e nem na polícia, em razão da ausência de mecanismos efetivos que possam protegê-las (ONU:H/PUB/10/2, 2010, p. 10).

Para um sistema penal seja efetivo, é necessário que as pessoas que sofrem com as sequelas desse crime tenham acesso aos recursos jurídicos existentes. Conforme dispõe o art. 5º do Protocolo de Palermo, o Estado é compelido a penalizar os traficantes, por meio de sua legislação penal é obrigação de cada Estado Parte garantir assistência e proteção às vítimas

de tráfico de pessoas. No art. 6º desse mesmo diploma, o Estado é compelido a penalizar os traficantes, por meio de sua legislação penal. Logo, se não houver o cumprimento dessas obrigações, não há acesso à justiça.

Verifica-se que desde o Protocolo de Palermo, o número de leis sobre o tráfico de pessoas aumenta, porém, não soluciona o quadro de anestesia quanto ao tráfico de mulheres. Dessa forma, a visão inclusiva dos direitos humanos pode garantir uma resposta funcional ao contexto do tráfico de mulheres. O processo de vitimização no tráfico de pessoas é complexo, multifacetado e prolongado. De forma preliminar, deve-se afirmar que as vítimas do tráfico não sejam mais discriminadas, pois estas devem ser tratadas como vítimas de um crime; não devem ser tratadas como criminosas; e não devem ser tratadas apenas como fontes de provas.

Para adequar a persecução criminal ao presente delito, é imperioso que o profissional da justiça penal se abstenha de qualquer preconceito sobre a prostituição e seus estigmas. Além disso, esse agente estatal deve compreender que é importante que a investigação criminal e o processamento sejam rápidos e eficazes para evitar a impunidade dos traficantes, também é importante garantir a assistência e proteção necessárias, pois, sem as garantias dos direitos humanos não é possível romper o ciclo do tráfico de mulheres para exploração sexual.

Portanto, mediante as medidas de proteção de "pouca força jurídica", torna-se imprescindível que vários atores sociais como sociedade civil, empresas, instituições interestatais e o próprio Estado realizem diligências no enfrentamento ao tráfico de mulheres, com enfoque integral nos direitos humanos, para que a única solução dada as vítimas e seus familiares sejam uma investigação preliminar míope e alheia ao complexo fenômeno do tráfico de mulheres. Dessa forma, reclamava-se por uma legislação que regulamentasse o tráfico de pessoas, para que a atuação estatal fosse mais efetiva. Em 2016, foi sancionada a Lei nº 13.344, que dispõe sobre a prevenção, repressão do tráfico e medidas assistenciais às vítimas. A referida lei trouxe mudanças no Código Penal e no Código de Processo Penal.

Anteriormente, no Código Penal o tráfico de pessoas era punido apenas na modalidade de exploração sexual, por meio dos tipos penais presentes nos arts. 231 e 231-A. Com o advento da nova lei, passou a ser punido: a remoção de órgãos, adoção ilegal, trabalho escravo e servidão. Os arts. 231 e 231-A foram revogados, e surgiu o art. 149-A que dispõe:

> 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 (BRASIL, 2016).

A atribuição para investigar o crime é da Polícia Civil, quando na esfera estadual, contudo, se houver repercussão interestadual ou internacional, será atribuição da Polícia Federal, conforme o art. 144, §1º, da Constituição Federal.

Em relação aos aspectos investigativos, vale destacar que o art. 9ª da Lei nº 13.344/16 enuncia que se aplica, de forma subsidiária, as disposições da Lei nº 12.850/13, que trata das organizações criminosas. Dessa forma, são aplicáveis os meios de provas previstos nessa lei, como colaboração premiada, ação controlada e captação ambiental de comunicações.

De acordo com Henrique Hoffman (2016), essas técnicas especiais de investigação revelam-se imprescindíveis no combate à criminalidade moderna, que se mostra cada vez mais organizada e sofisticada. O professor Renato Brasileiro de Lima (2018) afirma que crimes graves exigem emprego de estratégias investigativas diferenciadas e por vezes mais intrusivas, que não se limitem a testemunhas e perícias.

A mudança no Código de Processo Penal consistiu no acréscimo de dois dispositivos como o art. 13-A e o 13-B. O art. 13-A enuncia que nos crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148 do CP), redução à condição análoga à de escravo (art. 149 do CP) e tráfico de pessoas (art. 149-A do CP), extorsão qualificada pela restrição da liberdade (art. 158, §3º do CP), extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP) e envio ilegal de criança ou adolescente para o exterior (art. 239 do ECA), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia podem requisitar, de quais-

quer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos. O que chama atenção é o prazo de 24 horas para cumprimento da requisição, que denota o caráter urgencial da situação, fazendo com que a investigação desse crime seja mais facilitada.

O art. 13-B trata que o membro do Ministério Público e o delegado de polícia podem requisitar dados para que se possa localizar a vítima:

> Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso (BRASIL, 2016).

Mesmo que os mecanismos citados anteriormente sejam eficazes na repressão do crime de tráfico de pessoas, vale destacar que há alguns fatores que ainda dificultam o combate a esse crime, como a vitimização secundária, que colabora para a manutenção do status de invisibilidade das vítimas.

O conceito de vitimização secundária consiste numa "sobrevitimização", e ocorre nas instâncias formais do Estado. Para Eduardo Viana (2018), a vitimização secundária consiste em custos adicionais causados à vítima em razão da necessária interferência das instâncias formais de controle social. Como a prostituição ainda é vista com reservas pela sociedade, em razão do machismo e misoginia presente no ideário brasileiro, torna-se complicado para uma vítima de tráfico, principalmente a que já é prostituta, dirigir-se a uma delegacia, e afirmar que foi vítima de tráfico humano. Em virtude disso, a única resposta concedida ao crime pelo sistema penal seria baseada em critérios retributivos, afastando assim qualquer compromisso com a vítima que era tida como mera testemunha no processo penal. A partir disso, surge a necessidade de redefinir a posição da vítima no sistema penal.

Além de fixar a vítima apenas como testemunha no processo penal, as mulheres vítimas do tráfico de pessoas que acabam por carregar o es-

tereótipo de prostitutas, são vistas e tratadas como criminosas e culpadas pelo mal que sofreram (FARIA, 2008, p.169). Portanto, é necessário que a mulher traficada deve ser tratada como sujeito de direitos.

Com o redescobrimento da vítima na Criminologia, esses conceitos permeados de preconceito e estereótipo oriundos da violência simbólica e da Criminologia Clássica foram superados, e a partir disso, entende-se que o direito penal não analisa o delito como um acontecimento criminal e reduz a análise acerca do crime como mera violação da ordem jurídica. Assim, em meio a esse cenário, a nova repressão do crime de tráfico ainda não consegue eliminar esses fatores sociais que colaboram para que as vítimas não denunciem sua situação de exploração, o que contribui para as cifras negras da criminalidade, e, consequentemente, garante a manutenção das organizações criminosas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estabelecida pela OIT como uma das maiores atividades do tráfico de pessoas, o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual ainda possui algumas incógnitas a serem solucionadas. A invisibilidade das vítimas, oriunda do preconceito pela prostituição, e a inefetividade do sistema penal são algumas respostas para o aumento significativo de casos de tráfico humano e a atuação tímida da Polícia Judiciária.

É perceptível que com o aumento dos casos de tráfico de pessoas para exploração sexual, houve uma maior produção legislativa acerca do tema, para aliviar a ânsia social e o pânico moral gerado. Contudo, no decorrer desta análise, verificou-se que a punição desregulada dos traficantes de seres humanos não garantem uma resposta adequada à presente situação. Como enunciado anteriormente, se não houver o amparo necessário das vítimas, o tráfico de pessoas, como fenômeno multifacetado e complexo que é, irá se readequar e continuará gerando máculas em nosso tecido social. Deste modo, propõe-se uma política criminal aliada aos direitos humanos, pois o presente estado de anestesia não foi modificado pelo atual sistema de processamento criminal. Logo, percebe-se sua inefetividade e a urgência de sua modificação e adequação às demandas sociais.

É necessário relacionar a discriminação de gênero e a vulnerabilidade feminina. Essa discriminação fomenta o tráfico, pois a mulher é vista

apenas como um objeto sexual pelo traficante e pelos consumidores da prostituição. A discriminação de gênero, por sua vez, também aumenta a vulnerabilidade da mulher (DIAS, 2012, p. 230), pois os instrumentos de proteção nacional e internacional não conseguem satisfazer os direitos mínimos, pois, o enfoque é o combate ao crime organizado, e não a promoção de direitos humanos.

Por conseguinte, depreende-se que a mulher traficada sofre uma sobrevitimização em razão de ser mulher (cis ou trans), tendo um aumento no seu grau de vitimização quando é traficada. Desse modo, é necessário sair do estado anestésico em face dessa violação de direitos humanos, e repensar formas críticas e emancipatórias para garantia da dignidade dessas mulheres.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência: Estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis. p. 71-102, jan. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 2019. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 7 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 7 mar. 2021.

CACHO, Lydia. **Esclavas del poder**: un viaje ao corazón de la trata sexual de mujeres y niñas en el mundo. Cidade do México: Debate, 2010.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. **Lei de Tráfico de pessoas traz avanços e causa perplexidade**. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-trafico-pessoas--traz-avancos-causa-perplexidade>. Acesso em: 7 mar. 2021.

DE BEAUVOIR. Simone. **El Segundo Sexo**. Tomo I. Los hechos y los mitos. Siglo Veinte. 1987.

FARIA, Thaís Dumêt. Mulheres no tráfico de pessoas: vítimas e agressoras. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 31, p. 151-172, Dec. 2008 . Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332008000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 nov. 2019.

GUERALDI, Michelle; DIAS, Joelson. **Em busca do Éden:** Tráfico de Pessoas e Direitos Humanos, Experiência Brasileira. São Paulo: Max Limonad, 2012.

KAPPAUN, Alexandre de Oliveira. **Tráfico de mulheres, feminismo e relações internacionais**: uma abordagem histórica. In: 3° ENCONTRO NACIONAL ABRI 2001, 3., 2011, São Paulo. Associação Brasileira de Relações Internacionais Instituto de Relações Internacionais – USP, Disponível em: < http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000122011000100004&lng=en&nrm=abn >. Acesso em: 07 mar. de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2018.

Manual contra o tráfico de pessoas para profissionais do sistema de justiça penal, UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, Nova York, 2009, p. 94-110.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/65/288. 9 de agosto de 2010. **Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personar, especialmente mujeres y ninõs**. Nova York, 2010.

REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL. **Discriminação de gênero no sistema penal**. Edoção 09. Setembro de 2016, p. 1-4. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org/wp-content/uploads/2016/10/RJC--DiscriminacaoGenero-2016-09-23-WEB-FINAL.pdf>

RUBIN, G. The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy of sex". In: RAYANA, Reiter (Org.). **Toward and Anthropology of Women**. New York: Monthy Review Press, 1975.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena. Tráfico sexual de mulheres: Representações sobre ilegalidade e vitimação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Lisboa, v. 1, n. 87, p.69-94, 15 out. 2012. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1447>. Acesso em: 7 mar. 2021.

SILVA, Waldimeiry Correa da. **Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas:** Avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VAZ CABRAL, Georgina. **La Traite des êtres humains**. Paris, 2006, p.6.

VIANA, Eduardo. A Criminologia como Ciência. In: VIANA, Eduardo. **Criminologia.** Salvador: Juspodivm, 2018. p. 159-157.

DIREITOS HUMANOS E DITADURA MILITAR NO BRASIL: BREVE ANÁLISE ACERCA DA (IN)JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA

Laís Lopes de Sousa[132]

INTRODUÇÃO

Como pontapé inicial desta discussão, importa evidenciar que a segunda metade do século XX foi palco de consideráveis movimentações na América Latina, principalmente no que se refere à implementação de ditaduras em certos países do Cone Sul. Em outras palavras, o contexto histórico de alguns países do segmento latino do Continente Americano, inclusive do Brasil, é assinalado por períodos de regimes ditatoriais civis-militares. Nesse cenário, ocorreram sistemáticas violações dos direitos humanos, sobretudo contra aqueles que se opunham às ideologias dos governos opressores. Dentro dessa ótica, tais países passaram pelo processo da justiça de transição, a qual consiste, em síntese, na mudança de um regime autoritário para um democrático.

Destarte, este estudo encontra esteio na análise dos direitos humanos no cenário da ditadura militar no Brasil e tem como fundamento principal a mudança de paradigma desencadeada pelo processo de justiça de tran-

132 Graduanda do 5º período no curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Diamantina; representante discente no Colegiado de Curso da UEMG-Diamantina.

sição. Assim, consistem em objetivos da pesquisa verificar se a justiça de transição no Brasil tem atingido sua finalidade de forma eficaz, qual seja, a implementação das medidas necessárias para converter os regimes autoritários em regimes democráticos a fim de inibir a prática de atos opressores. Nesse mesmo sentido, espera-se verificar em até qual ponto a justiça de transição foi devidamente efetivada em solo brasileiro, a partir da análise dos seus pilares — direito à memória e à verdade; direito à justiça; direito à reparação; e direito às reformas institucionais.

Para tanto, o estudo envereda pela pesquisa bibliográfica e documental, a partir da metodologia qualitativa, tendo em vista as reflexões críticas a respeito dos múltiplos aspectos que circundam o objeto em evidência.

1. ASPECTOS GERAIS ACERCA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Antes de mais nada, faz-se mister elucidar o conceito de justiça de transição para que o estudo se dê de maneira cristalina. O termo "justiça de transição" se coaduna com todas as medidas tomadas nos caminhos de mudança de regimes autoritários para regimes democráticos de governo. Em regra, a justiça transicional acarreta responsabilidades e, em algumas vezes, punições aos responsáveis pelas violações de direitos humanos. Configura-se, portanto, em uma temática essencial nas discussões em torno da democracia, além de uma via substancialmente necessária no contexto do resgate das memórias históricas. Nesse mesmo diapasão, afirmam Silva e Tosi (2014, p. 43):

> O objetivo principal e primordial de uma justiça de transição [...] é evitar a repetição do que aconteceu, e o seu lema é "nunca mais" ou a "educação para o não-retorno". É uma tentativa para esconjurar ou desafiar a reversibilidade dos acontecimentos históricos, colocando (pelo que é humanamente possível) um ponto firme, uma virada de página, um ponto de não-retorno, uma cláusula pétrea no pacto social que funda um Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, é possível entender a justiça de transição como uma mescla de ações, dispositivos e investigações, destinados a enfren-

tar e a superar as mais variadas formas de ofensa aos direitos humanos de determinados grupos sociais no contexto dos conflitos internos. Nessa linha, considerando as diversas especificidades da conjuntura de cada Estado que vivencia a justiça de transição, é possível elencar alguns direitos em comum almejados por ela, quais sejam, direito à memória e à verdade; direito à justiça; direito à reparação; e direito à reforma institucional. Esmiuçar-se-á cada um deles nos tópicos que se seguem.

1.1. DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE

O direito à memória e à verdade reflete a responsabilização do Estado e de setores institucionais e/ou civis pelas consequências oriundas da violação de direitos humanos no contexto de governos autoritários. Consiste, pois, no direito a uma verdade límpida e passível, muitas vezes, de desvelar falsos relatos e acusações caluniosas, os quais, não raras vezes, são utilizados para justificar o emprego de penas cruéis e desumanas contra as vítimas dos governos autoritários. Noutros termos, o direito à memória e à verdade é a porta de entrada para o reconhecimento de um passado autoritário e opressor, carregado, consequentemente, de práticas abusivas.

Ao versar sobre o direito à memória, inevitavelmente, rememora-se o conhecido caso ocorrido no Brasil e vivenciado pelo jornalista Vladimir Herzog. Vlado começou a trabalhar no meio televisivo no ano de 1963, e no ano de 1975 foi apontado pela Secretaria de Cultura de São Paulo para trabalhar como diretor do jornalismo da TV Cultura. Ocorre que, em razão do regime militar que vigorava no Brasil à época, Vlado foi convocado a depor sob acusação de manter ligação com o Partido Comunista Brasileiro. Assim, apresentou-se voluntariamente no edifício do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), onde ficou preso na companhia de outros dois jornalistas. Em seu depoimento, Herzog negou qualquer associação com o Partido Comunista Brasileiro. Inobstante, após esse depoimento, conforme relataram os outros dois presos, foi solicitada a busca da máquina de choques e, nesse ínterim, um rádio com som alto foi ligado — a fim de ocultar os sons resultantes da tortura — e, desde então, Vladimir nunca mais foi visto com vida.

Apesar da limpidez da situação, os militares alegaram que Vlado havia se enforcado, afirmação que logo foi desmentida a partir de uma foto falsa divulgada pelos ditadores, a qual ficou conhecida pelo mundo inteiro. O ocorrido resultou — além de variadas manifestações populares, precipuamente de estudantes — em um manifesto elaborado pelo Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo, assinado por 1.004 jornalistas e encaminhado à Justiça Militar, batizado de manifesto "Em nome da verdade". Foi a primeira vez, naquele período de notável censura e opressão, que se verificou a coragem para contestar a justiça militar e exigir a verdadeira elucidação dos fatos.

Na mesma linha do direito à memória aqui estudado, foi criada em 2011, pela Lei nº 12.528, a Comissão Nacional da Verdade, com o fito de investigar os crimes cometidos por agentes do Estado contra cidadãos que lutaram contra o regime militar. Assim, é possível conceber que o direito à verdade e à memória são pioneiros na reescrita da história do país no que tange ao esclarecimento dos ocorridos naquele período de extrema crueldade, violência e transgressão dos direitos humanos. Desse modo, é possível compreender os procedimentos a favor da memória e da verdade como sendo os pilares para existência dos outros arcabouços que compõem a justiça de transição.

1.2. DIREITO À JUSTIÇA

O direito à justiça, no que lhe concerne, pode ser vislumbrado sob duas perspectivas: a primeira se relaciona com o direito individual das vítimas de obter a punição dos seus opressores pelos crimes que cometeram contra elas ou contra seus familiares. A segunda, por sua vez, diz respeito ao direito coletivo de que malfeitores não permaneçam impunes em relação aos crimes por eles cometidos no período de opressão.

Nas situações em que ocorre grande índice de mortes, torturas, desaparecimentos ilegais, ou outras hipóteses de violação dos direitos humanos, os dois aspectos ora apresentados — direito individual e direito coletivo — devem se constituir em uma amálgama, de maneira que a justiça se faça com relação a toda a sociedade. Isso porque, a ofensa aos direitos fundamentais de qualquer cidadão agride de igual forma os direitos de

toda a humanidade e, nesse aspecto, confirma-se a imprescindibilidade de rememorar os tempos sombrios.

Ao ensejo do arremate deste tópico, é necessário assinalar que o direito à justiça só obtém sua plenitude a partir da punição dos criminosos, mas, para além disso, para ser factualmente efetivo, deve ser acompanhado da reparação material e psicológica, tal qual da salvaguarda do direito à verdade e à memória.

1.3. DIREITO À REPARAÇÃO

Em se tratando do direito à reparação, deve-se observar três diferentes cenários: reparação material; reparação simbólica e reparação psicológica. No tocante à reparação material, fala-se, em resumo, de auxílio financeiro ou indenizações compensatórias pagas pelo Estado em uma espécie de "reparação" à violência cometida por seus agentes à vítima reprimida ou aos familiares dela. Isso, pois, além das marcas inextinguíveis físicas e psicológicas, deixadas pela hostilidade das agressões, na maioria das vezes as vítimas que sobrevivem ou a família daquelas que morrem ou desaparecem, têm seus empregos tomados ou simplesmente não gozam de condições físicas ou psicológicas para exercer qualquer labor.

A reparação simbólica, por seu turno, remete à construção de estátuas ou monumentos, memoriais, além da estipulação de datas "comemorativas", como também a nomeação de ruas ou reformulação de nomes dessas, a fim de conferir alguma dignidade às vítimas e às suas famílias. Por derradeiro, a reparação psicológica se ocupa de oferecer apoio ao paciente, com o objetivo de ensejar, ainda que parcialmente, uma superação das vivências de demasiada violência.

A despeito disso, deve-se reconhecer as dificuldades que obstam a concretização do direito à reparação em sua totalidade. Uma delas é a impossibilidade de valoração pecuniária em face de uma vida e, da mesma maneira, a incapacidade de menção acerca do grau de angústia de um ser humano que viveu na pele a selvageria ditatorial. Sob o mesmo viés, é impossível mensurar quantos monumentos ou quantas datas comemorativas seriam suficientes para cobrir as chagas de sofrimento vivenciadas naquele período — se é que alguma dessas ações tem a capacidade de extinguir marcas que, em última análise, são inextinguíveis.

1.4. DIREITO À REFORMA INSTITUCIONAL

Assim como o direito à justiça, o direito à reforma institucional ocupa-se não apenas do direito das vítimas, mas também de toda a sociedade. Em linhas gerais, esse direito se confirma a partir do reconhecimento por parte do Estado de que o período ditatorial e, portanto, autoritário, deve ser cessado e, em sequência, as instituições responsáveis pelas exacerbadas situações de violência vividas nesse contexto, devem ser extintas ou, na pior das hipóteses, reformadas, de maneira que os autores punidos outrora sejam removidos e as leis e/ou os atos institucionais autoritários sejam superados, a fim de que o Estado se reformule e possa alargar os passos rumo à constituição da democracia.

2. (IN)JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

Conforme já aclarado no capítulo introdutório, o passado da América Latina é marcado por inúmeros conflitos de cunho social e político. O Brasil, assim como a maior parte dos países dessa região, viveu um período ditatorial que se alongou da década de 1960 até meados de 1980. Importa mencionar que nos dias hodiernos, o conceito de ditadura diz respeito a um governo antidemocrático e sem legitimidade, de modo que as ações governamentais priorizam uma parcela da sociedade em detrimento de outra, que é oprimida.

Além disso, consoante às considerações já expostas, os regimes ditatoriais são comumente assinalados por graves violações dos direitos humanos, de maneira que as penas impostas aos condenados — muitas vezes inocentes, sob acusação de terem cometido determinados delitos — são demasiadamente aflitivas e perversas. Salienta-se, pois, a necessidade da justiça de transição, a fim de assegurar que os responsáveis pelas transgressões dos direitos humanos sejam punidos e responsabilizados, garantindo-se, por conseguinte, o direito à memória com o escopo de evitar nova ocorrência de atrocidades e atos arbitrários.

De mais a mais, é relevante trazer à baila, no contexto da justiça transicional no Brasil, a respeito da Lei da Anistia. Em agosto de 1979, João Figueiredo, então Presidente da República, sancionou a Lei nº 6.683, a qual conferia "perdão" aos cidadãos que cometeram crimes políticos, ou em razão da política, na luta contra a ditadura. Ocorre que a Lei não foi tão benevolente como se apresenta. À luz de sua interpretação, é possível

verificar limpidamente a impunidade dos militares no tocante aos graves crimes por eles cometidos, a partir da distorção da Lei supradita.

Por esse mesmo ângulo,

> [...] a Anistia, promulgada pelo parlamento em 1979, não se deu da maneira que as forças de oposição queriam: ela foi imposta à sociedade pelos militares no poder, criando assim uma situação paradoxal. O Estado "anistiava" os militantes políticos de oposição, a grande maioria dos quais já havia sido presa, morta, torturada, exilada, perseguida; e "anistiava" igualmente os agentes da repressão de todos os crimes hediondos cometidos: assassinato, estupro, tortura, sequestro, desaparecimento forçado de pessoas, ocultação de cadáver, impedindo, assim, não somente que eles fossem punidos, mas também que suas identidades e seus atos fossem conhecidos e se tornassem públicos. Este foi o alto preço que a redemocratização brasileira pagou pela transição "lenta, gradual e segura" que os militares conseguiram impor ao país, garantindo assim a impunidade para eles mesmos: uma lei, na verdade, de autoanistia. (SILVA; TOSI, 2014, p. 42).

À luz dessas considerações, corrobora-se a importância da concretização dos direitos ansiados pela justiça de transição, uma vez que, consoante às reflexões ora expostas, é possível perceber, sem nenhuma dificuldade, que no Brasil o direito à justiça não foi devidamente alcançado, haja vista a escusa conferida — legalmente — aos militares. Inclusive, talvez tenha sido essa sensação de impunidade o primeiro passo para encorajar os agentes de segurança a praticar constantes abusos de poder ainda nos dias que correm.

De acordo com as considerações cá versadas, tem-se que, embora a justiça de transição seja muito agradável visualmente, ainda existem imensuráveis pontos a serem estudados e implementados do ponto de vista prático. Dentre esses, tem-se a necessidade de reforma no sistema prisional brasileiro, de maneira a torná-lo verdadeiramente digno e livre de torturas, conforme garante a Carta Constitucional e os tantos tratados internacionais que regem as ações Estatais nesse aspecto. Apesar da mudança no contexto político — evoluiu-se de um sistema autoritário de governo para um democrático —, a segurança pública continua em déficit e urge por mudança, uma vez que as atrocidades e os atos arbitrários ora mencio-

nados continuam a ocorrer, demonstrando a famigerada herança histórica deixada pela barbaridade do regime de exceção.

As situações de violência por parte da polícia militar visualizadas nos tempos sombrios do regime opressor, ainda são recorrentes nos dias hodiernos e não é preciso ir muito longe para confirmar essa afirmação. Ligar a TV nos telejornais ou acompanhar as notícias veiculadas por sites confiáveis na Internet é suficiente para verificar o quanto a polícia mata inocentes sob justificativas infundadas. É nítida, portanto, a urgência de reformas institucionais nesse sentido e da superação da cultura de manutenção do status quo, para que a transição democrática brasileira finalmente se efetive.

3. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Um paralelo entre o processo transicional em solo brasileiro com o processo em outros países latino-americanos

Para que as ideias apontadas no estudo continuem sendo assimiladas de modo profícuo, convém expor a respeito da justiça de transição em alguns outros países da América Latina em um paralelo a partir da forma segundo a qual esse processo se consagrou no Brasil.

Isto posto, tem-se que o período ditatorial no Chile foi comandado por Augusto Pinochet e estreou-se em 11 de setembro de 1973, com a morte do então presidente Salvador Allende, a partir da invasão do Palácio de La Moneda. Sabe-se que o ponto corriqueiro entre as ditaduras aludidas neste estudo, é sua instauração sob a justificativa de combater ameaças comunistas. Esse liame não foi diferente em terras chilenas: o corpo militar do país alegava que o regime ditatorial "salvaria" o Chile das influências comunistas, haja vista o fato de que o governo de Allende salvaguardava a classe trabalhista e, nesse e noutros aspectos, possuía uma estreita relação com a União Soviética e Cuba.

A partir dessas breves considerações históricas no tocante ao estabelecimento da ditatura chilena, é relevante esclarecer que o processo transicional do Chile foi desencadeado com esteio no descrédito do regime militar lá instituído. Nessa senda, o procedimento de transição iniciou-se em 1977 e sucedeu na nova presidência de Patrício Alvim no limiar da década de 90. Assim como no Brasil, a justiça transicional chilena foi reprimida pela Lei da Anistia de 1978, impedindo a participação de diferentes âmbitos da esfera social na agenda de discussão.

Ou seja, similarmente ao que ocorreu em solo brasileiro, a democracia instaurada a partir da justiça de transição moldou-se de acordo com as vontades e aparatos dos próprios agentes da repressão. Não obstante, a nova presidência do Chile ocupou-se de estabelecer um leque de medidas de reparação, de modo a promover benefícios às vítimas — e aos seus respectivos familiares — do regime ditatorial militar. Não apenas isso, uma série de instituições, em parceria com o governo, realizam, ainda hoje, políticas culturais e sociais de resgate à memória na luta pelo efetivo respeito aos direitos humanos.

Ao propor um paralelo entre Chile e Uruguai, à luz de suas transições, verifica-se que os dois países constituíram comissões para investigar os fatos ocorridos, clarificar e constatar os responsáveis e propor as medidas de punição atinentes. No Chile, além das reparações pecuniárias, foram adotados programas de reparação nos âmbitos da educação, moradia, saúde e atendimento social. Logo, embora a justiça de transição disponha dos mesmos pilares, ao aferir as singularidades de cada país, constata-se variações no tocante às circunstâncias e ao prazo de efetivação. Arrisca-se a inferir, nessa conjuntura, que nem o Chile, nem o Uruguai, efetuaram por completo o processo de transição. Apesar disso, ambos têm parâmetros nessa vertente.

No que cerca a ditadura na Argentina, os números apresentam-se consideravelmente espantosos. Lá, o período de opressão durou de 1976 a 1983 e foram registrados trinta mil desaparecimentos e mortes. Por outro lado, embora o Brasil tenha vivenciado o regime repressor num lapso mais extenso, foram catalogados quatrocentos e trinta e quatro mortos e desaparecidos, segundo apresentam dados da Comissão Nacional da Verdade. Semelhante ao que sobreveio no Brasil, o governo opressor argentino também editou uma Lei de (auto) Anistia. Apesar disso, ainda em 1983 — ano em que cessou a ditadura argentina — foi criada a Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, a qual ouviu testemunhas e ocupou-se de investigar e punir os delitos cometidos na ditadura e as respectivas transgressões de direitos humanos.

Dessa forma, verifica-se que conquanto países vizinhos realizaram uma mudança de governo com os devidos julgamentos e punições — a exemplo da Argentina, cuja primeira medida foi a criação da Comissão da Verdade —, o processo de transição no Brasil se deu de forma tardia e incompleta. Indubitavelmente, então, o rumo tomado pelo Brasil foi oposto

no comparativo com as ações argentinas. Apesar das possíveis aferições de que a ditadura ocorrida em solo brasileiro tenha sido mais branda em termos de quantidade de mortos e desaparecidos, isso jamais pode lastrear a ocultação dos fatos e o consequente esquecimento deles, considerando sua magnitude e pertinência para a edificação da história do nosso país.

A investigação — ainda que breve — da história ditatorial dos países da vizinhança latino-americana no contexto da justiça de transição, demonstra algumas similitudes e dessemelhanças num comparativo com o processo transicional no Brasil. Um exemplo a ser mencionado é o Chile, onde, assim como no Brasil, as iniciativas no plano da verdade e da memória somente foram estimuladas a partir da ascensão de regimes políticos de centro-esquerda. Assim, em comparação com a Argentina, o Brasil instituiu a busca pela verdade de maneira extemporânea, corroborando o esquecimento das atrocidades. É nesse sentido que se ratifica a necessidade de direcionar os olhares para os outros países latino-americanos, que também vivenciaram "anos de chumbo", para o exercício de uma análise crítica e dinâmica da realidade transicional brasileira.

De todo o exposto, verifica-se nas terras brasileiras a sobrevivência de institutos que escusam os ex-ditadores militares e os seus complacentes. Isso tem como resultado a falta de clarificação do conceito de justiça de transição e o déficit de divulgação — fatores que dificultam o factual acesso à informação e obstaculizam a discussão na sociedade em torno da temática. Ademais, alguns setores da população demonstram pouco ou nenhum interesse pela verdade sobre essa fase traumática da história. Resta, portanto, a certeza de que não houve ruptura paradigmática em terras brasileiras e, diante disso, a impunidade dos crimes de lesa-humanidade será para sempre uma chaga aberta no seio da história do país. Diante dessa afirmação, arremata-se a noção de que a violação dos direitos de qualquer sujeito é uma ameaça constante a todos os demais indivíduos de uma sociedade. Permitir que essas transgressões sejam esquecidas é, portanto, uma porta aberta para nova ocorrência de períodos desumanos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi explicitado, verifica-se que os países latino-americanos buscaram superar o período ditatorial por meio do processo

de transição de um regime autoritário para um democrático. Entretanto, no Brasil, a justiça de transição não se consolidou de modo efetivo, tendo em vista que a Lei de Anistia, embora por um lado tenha possibilitado o retorno de muitos brasileiros que foram exilados, por outro lado perdoou os crimes praticados pelos militares no período ditatorial. Diante disso, em que pese a vigência, há mais de três décadas, da Carta Constitucional no Brasil, as violações dos direitos humanos continuam a ser recorrentes, porquanto a justiça de transição neste país, quando comparada com outros países latinos, se deu de maneira inadequada e incompleta.

À luz dessas observações, vislumbra-se a necessidade de defender os direitos humanos com tenacidade, a fim de impedir nova ocorrência de períodos arbitrários e ensejadores de atrocidades. Assim, sendo, tem-se o entendimento cristalino de que o meio social, de um modo geral, deve reconhecer a memória histórica como uma porta aberta para a acepção de que uma sociedade justa e democrática apenas se confirma a partir da verificação e preservação dos direitos humanos.

Os países e os cidadãos devem enxergar a ditadura como uma experiência remediável, à medida que sua "cura" consiste na memória vívida como forma de impedimento para que esses tempos cruéis jamais voltem a ocorrer nessas e noutras nações e que todos saibam a importância do respeito aos direitos humanos e do zelo pela democracia. Enfim, toda a discussão ora desencadeada é sintetizada na afirmação de que somente é possível auferir uma sociedade com fins democráticos, partindo do pressuposto da preservação e efetivação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

Comissão Nacional da Verdade. Memórias da ditadura. Disponível em: http://memoriasdaditadura.org.br/comissao-nacional-da-verdade/. Acesso em: 12 set. 2020.

DAUER, Gabriel Roberto. **Marcas da memória: justiça de transição no Brasil e no Chile**. Santa Catarina: RICRI, 2020.

FERNANDES, Camila Vicenci. Justiça de transição e a busca da implementação da comissão da verdade no Brasil. *In*: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 31 out a 3 nov. 2012. **Justiça de transição: verdade, memória e justiça.** Florianópolis: FUNJAB, 2012.

FERNANDES, Hiago Rangel; MORETT, Matheus Teixeira. As ditaduras militares da América Latina e o fenômeno do fascismo: uma análise comparativa. **Revista Mundo Livre**, Campos dos Goytacazes, v. 4, n. 2, p. 29-47, ago-dez. 2018.

HUR, Uhng Domenico; LACERDA Jr., Fernando. Ditadura e insurgência na América Latina: psicologia da libertação e resistência armada. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Goiás, v. 37, p. 28-43, 2017.

JESUS, Adailton et al. Um olhar sobre Chile e Uruguai sob a ótica da Justiça de Transição. **PUC Rio**. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIRA-dailton,Rebeca,Maria,%20Pedro,Veronica.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

LISBÔA, Natália de Souza. Anistia (in)completa e (in)justiça plena — reflexos da legalidade autoritária na justiça de transição brasileira. *In*: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 31 de outubro a 03 de novembro de 2012. **Justiça de transição: verdade, memória e justiça.** Florianópolis: FUNJAB, 2012.

LUCAS, Doglas Cesar; OLIVEIRA, Carla Dóro de. A justiça de transição no Brasil: elementos para pensar a democracia na América Latina. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 3, p. 906-933, set-dez. 2016.

PETRY, Almiro. A democracia e os Direitos Humanos na América Latina. **Projeto Unisinos**. Disponível em: http://www.projeto.unisinos.br/humanismo/al/dem_dirhum.pdf. Acesso em: 4 set. 2020.

TOSI Giuseppe; SILVA, Jair Pessoa de Albuquerque. A justiça de transição no Brasil e o processo de democratização. In: Giuseppe Tosi et al. (Orgs.). **Justiça de transição direito à justiça, à memória e à verdade**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

HABITAÇÕES COLETIVAS, DEMOFOBIA E REBELIÃO: VIOLAÇÕES DO DIREITO À MORADIA COMO COMBUSTÍVEL DA REVOLTA DA VACINA

Daniel Machado Gomes[133]
Daniel Sant'Anna Lisbôa[134]
Yara Esteves Soares[135]
Raphaela Abud Neves[136]

INTRODUÇÃO

"Nas habitações coletivas, então, procurei sempre, por meio de rigorosas intimações, extinguir muitas que funcionavam irregularmente, quer por falta de condições higiênicas, quer por não possuírem licença da Prefeitura" – expunha o relatório elaborado por um delegado de saúde no Rio de Janeiro, em 1903 (apud CARVALHO, 2005, p. 94). Essas desinfecções tinham como alvos preferidos as "áreas mais pobres e de maior densidade demográfica" e "casas de cômodos e cortiços, onde se

133 Pós-Doutor em História do Direito pelo IHGB; doutor em Filosofia pela UFRJ; professor do PPGD – UCP.

134 Bacharelando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis.

135 Bacharelanda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis.

136 Mestranda em Teoria e Filosofia do Direito no PPGD/UERJ.

comprimiam dezenas de pessoas" (CARVALHO, 2005, p. 94). Por isso, no intuito de compelir possíveis resistências por parte dos moradores, as visitas eram sempre acompanhadas de soldados, adicionando uma dose extra de violência no desrespeito aos direitos de pobres e subalternos que habitavam os antigos cortiços do Rio.

De acordo com o historiador José Murilo de Carvalho, somente no ano de 1904, "foram visitadas 153 ruas; foram feitas, no primeiro semestre, 110.224 visitas domiciliares, 12.971 intimações, 626 interditos" (2005, p. 94-95). Para José Murilo (2005, p. 95), tais práticas provocaram rebuliços em um momento em que se travava uma luta pela implementação da vacina antivariólica na cidade do Rio de Janeiro. É dentro deste contexto que o presente trabalho busca relacionar a experiência de violações do direito de moradia da população subalterna que vivia na capital da república com as causas que motivaram a Revolta da Vacina.

Do ponto de vista metodológico, o trabalho possui uma abordagem qualitativa e emprega o método histórico, valendo-se da produção da historiografia recente sobre a Revolta da Vacina, bem como de fontes primárias, como o Jornal Correio da Manhã e as Obras completas de Rui Barbosa. O texto que segue está dividido em três partes. Em um primeiro momento, a pesquisa contextualiza a questão das habitações coletivas em meio às políticas sanitaristas e higienistas adotadas na cidade do Rio de Janeiro nos períodos que antecederam a Revolta da Vacina. Posteriormente, o trabalho se debruça sobre os acontecimentos concernentes ao episódio, demonstrando quais eram as influências sociais e políticas e seus respectivos pesos em relação ao tratamento dispensado pelo Estado às moradas das camadas populares. Por fim, a terceira parte do texto promove uma análise a respeito dos argumentos sociopolíticos e jurídicos relativos ao direito à moradia no contexto da insurreição que tomou as ruas da capital em 1904.

CORTIÇOS E EPIDEMIAS

No romance *O Cortiço*, Aluísio de Azevedo narra o surgimento da Estalagem de São Romão da seguinte forma: "E naquela terra encharcada e fumegante, naquela umidade quente e lodosa, começou a minhocar, a esfervilhar, a crescer, um mundo, uma coisa viva, uma geração, que pare-

cia brotar espontânea, ali mesmo, daquele lameiro, e multiplicar-se como larvas no esterco" (AZEVEDO, 2014, p. 16). Lançado em 1890, a obra naturalista escrita por Azevedo explora o quotidiano da cidade do Rio de Janeiro, que, na época, já contava com grandes habitações coletivas descritas pelo autor como um "crescente zum-zum; uma aglomeração tumultuosa de machos e fêmeas" (AZEVEDO, 2014, p. 28). No livro, Azevedo menciona que a maioria dos moradores dos cortiços era composta por "pobre gente miserável, que mal podia matar a fome com o que ganhava" (AZEVEDO, 2014, p. 63). O fato é que sem muita demora o "perigo social representado pelos pobres" passaria a compor o "imaginário político brasileiro" em relação às doenças contagiosas (CHALHOUB, 1996, p. 29).

Para entender a pressão sobre os habitantes de cortiços no Rio de Janeiro durante a Velha República, é preciso retroceder ao século XIX, já que na primeira metade do oitocentos, a saúde passou a ser um dos principais temas dos debates políticos e, na segunda metade daquele século, a matéria passa a ser da competência de um poder autônomo (GARDONI, 2017, p. 34), subordinando-se a uma regularização própria. É no período seguinte, o republicado, que a atuação do governo se intensifica e se compromete mais com a promoção da saúde e a contenção das moléstias. Com isso, as moradias coletivas passam a ser atacadas pelos médicos higienistas e sanitaristas da época.

O fim da escravidão e a vinda dos imigrantes europeus para o Brasil foram fatores que impactaram diretamente na quantidade de cortiços no Rio de Janeiro na década de 1880. O crescimento demográfico da capital acabou gerando problemas significativos às famílias pobres e vulneráveis, uma vez que estas passaram a ser afetadas pela falta de moradia adequada, de saneamento básico e de higiene. A condição insalubre em que parte da população vivia, contribuiu para os surtos epidêmicos e o alto índice de mortalidade apresentados pelas principais moléstias que arrasaram o Brasil. Dentro deste contexto que as camadas populares passaram a ser um problema e que a República "na tentativa de neutralizar a insatisfação destes sujeitos, passou a perseguir os capoeiras, os bicheiros e promoveu a destruição do famoso cortiço Cabeça de Porco" (GARDONI, 2017, p. 35).

Por volta das 18 horas do dia 26 de janeiro de 1893, gente de todo tipo passou a se aglomerar na entrada de um dos maiores e mais conhecidos cor-

tiços da cidade, o Cabeça de Porco. Conforme detalha Sidney Chalhoub (1996, p. 16), dentre os presentes na ocasião estavam o Prefeito Barata Ribeiro acompanhado pelo chefe de polícia da Capital Federal, bem como o Dr. Emílio Ribeiro, engenheiro municipal, Dr. Artur Pacheco, médico municipal, e Dr. Frederico Froes, então secretário da Inspetoria Geral de Higiene. O motivo que os levara até a estalagem era a demolição do cortiço, considerado pelas autoridades "valhacouto de desordeiros" (CHALHOUB, 1996, p. 16), que no seu auge abrigou mais de 4 mil pessoas.

Segundo Chalhoub (1996, p. 20), o Cabeça de Porco foi demolido de forma abrupta, deixando centenas de pessoas desabrigadas sem que fossem tomadas providências em relação às suas necessidades de nova moradia e acomodação. O episódio de destruição foi marcado pela violência que se relacionava diretamente com o início de um combate fervoroso às "classes pobres" e "classes perigosas" (CHALHOUB, 1996, p. 19), verdadeiro episódio de demofobia. Acreditava-se que as classes perigosas representavam os indivíduos que não possuíam trabalho, logo, não detinham uma vida confortável e viviam na pobreza. No entanto, as classes pobres passaram a ser consideradas perigosas não apenas pela dificuldade laboral, mas também pelo perigo do contágio de moléstias, segundo Chalhoub (1996, p. 29).

Em um diagnóstico feito pela comunidade médica da época, foi sustentado que "os hábitos de moradia dos pobres eram nocivos à sociedade, e isto porque as habitações coletivas seriam focos de irradiação de epidemias" (CHALHOUB, 1996, p. 29). Desta forma, a demolição do Cabeça de Porco não foi um ato isolado, mas o início do que Chalhoub (1996, p. 25) chamou de um processo sistemático de perseguição a esse tipo de moradia.

Os anos que seguiram, retratam um Brasil ainda acometido pelas moléstias e com um alto índice de surtos epidêmicos pela capital. Paralelamente aos expurgos, as tentativas de vacinar a população não surtiam os efeitos desejados. Foi neste contexto que o combate às epidemias passou a ser um problema no período republicano, mais precisamente no governo de Rodrigues Alves.

> Foi neste cenário que emergiu o projeto de modernização do Rio de Janeiro, liderado por Rodrigues Alves, Pereira Passos e

> Oswaldo Cruz. O conjunto de medidas buscava "elevar o Rio a um ideal europeu – parisiense". Foi a tentativa de transformar a capital, até então uma cidade colonial, em uma cidade capitalista, atrativa para o capital estrangeiro. Além disso, a modernização tinha um viés simbólico. As "avenidas largas, bondes, prédios modernos", projetavam o futuro e legitimavam o presente, inserindo o país no progresso e na civilização, principais promessas da República, ao lado da liberdade e da igualdade (GARDONI, 2017, p. 36).

Meses antes da publicação da lei que tornou a vacina obrigatória, Rodrigues Alves elaborou um regulamento sanitário por meio do Decreto 5.156 de 8 de março de 1904, que ficou popularmente conhecido como "código de torturas" (GARDONI, 2017, p. 36). Diante do teor de suas disposições, a população considerou o regulamento sanitário extremamente arbitrário.

> O Decreto regulamentava de forma detalhada as ações da polícia sanitária nos domicílios e as funções de notificação, isolamento, desinfecções e vigilância médica do serviço de profilaxia geral de moléstias infecciosas, como a febre amarela e a varíola. Tornava possível interditar e desocupar prédios para executar os expurgos, desinfecções e melhoramentos considerados "convenientes", quando fossem registrados casos de contágio, más condições higiênicas ou aglomerações de moradores (artigo 175). Quando os defeitos de higiene fossem considerados "insanáveis", o prédio podia ser demolido (artigo 123) (artigo 303) (CANTISANO, 2015, p. 304).

Em nome da saúde pública e da higiene, os agentes do Estado passaram a ter autorização para entrar nas residências a fim de concretizar a vacinação forçadamente da população. Segundo Cantisano (2015, p. 304), as previsões do regulamento sanitário acabaram desencadeando atos de violência. Para a autora (2015, p. 302), a resistência à modernização que culminou na Revolta da Vacina foi fruto de um projeto de urbanização socialmente excludente.

A REVOLTA DA VACINA

A Revolta da Vacina teve lugar durante a República Velha, período que, segundo Bóris Fausto (2005, p. 18), levou à reorganização da ordem política brasileira, promovendo mudança nas bases e nas forças sociais, fato que gerou instabilidade e fervorosas disputas políticas. Nesse período, Rodrigues Alves utilizou-se do capital político da oligarquia cafeeira paulista para se eleger por meio do censitário sistema eleitoral, em 1902. Uma das principais pautas do ex-presidente foi o combate às epidemias que assolavam o país, a exemplo da varíola que se encontrava em constante ascensão nos núcleos urbanos. Com isso, José Murilo (2005, p. 15) explica que a antiga capital da República passou pelo período mais turbulento de sua história. Todo este contexto levou a uma atuação estatal que mudou os rumos das políticas públicas em diversos âmbitos e esferas, em especial na questão da moradia.

A política higienista adotada na capital levou à implementação de inúmeras medidas sanitárias dentre as quais se insere a vacinação obrigatória contra a varíola, além da adoção de uma política de desapropriações, demolições e invasões pelo prefeito Pereira Passos, o que enfureceu a população pobre:

> Pereira Passos, na ânsia de fazer da cidade suja, pobre e caótica réplica tropical da Paris reformada por Haussmann, baixara várias posturas que também interferiam no cotidiano dos cariocas, particularmente dos ambulantes e mendigos. [...] Muitas dessas posturas eram simples reedições de medidas anteriores que, ao bom estilo brasileiro, não tinham pegado. Não se sabe ao certo quantas das novas pegaram. Mas, desta vez, a população já se dera conta de que pelo menos o esforço de aplicação da lei seria muito maior (CARVALHO, 2005, p. 95).

Em 1904, como resultado das medidas adotadas pelo governo, surgiu uma insurreição chamada de Revolta da Vacina que foi descrita como ''o maior levante popular já ocorrido na história da então capital da República, a cidade do Rio de Janeiro'' (NEVES et al., 2020, p. 8). Para Sevcenko (apud CHALHOUB, 1996, p. 98), o movimento foi resultado de

um boicote político motivado pela insatisfação popular em relação a um processo de aburguesamento que colocou em risco os valores e o modo de vida da sociedade carioca. Por isso, ele escondia em seu âmago uma série de conflitos políticos, sociais, jurídicos e filosóficos que ganharam expressividade a partir deste período. Daí se origina a concepção, defendida por parte da historiografia, de que a instauração da vacinação obrigatória foi apenas o estopim para uma insurreição resultante da "capitalização, aburguesamento e cosmopolitização da sociedade carioca" (apud CHALHOUB, 1996, p. 98).

Como bem clarificam Gomes e Cicilio (2020, p. 10), o cenário do motim popular de 1904 não se restringiu ao teor sanitário, mas repousa em uma série de problemas sociais. O médico e sanitarista Oswaldo Cruz, nomeado diretor do Serviço de Saúde Pública e o engenheiro Pereira Passos, nomeado prefeito do Rio de Janeiro, receberam "poderes quase ditatoriais, concedido pelo presidente, Rodrigues Alves, a fim de pôr em prática seus planos de transformação do Brasil idealizados por Campos Sales" (CARVALHO apud GOMES; CICILIO, 2020, p. 10). Essa transformação incluía a instauração de novos portos; obras como na Avenida Brasil ou no Canal do Mangue; alargamento de ruas; desapropriação e demolição de sobrados e cortiços e a retirada da população pobre do miolo da cidade. Além disso, Gomes e Cicilio (2020, p. 11) chamam atenção para o fato de que o Estado ainda buscava a extinção de parte das práticas e costumes populares, como o carnaval, a boemia, o candomblé e a mendicância.

A revolta contou com a participação de numerosos atores, como membros da oposição ao conservadorismo oligárquico representado na figura de Rodrigues Alves, militares, jornalistas, políticos e estudiosos – constantemente acusados de manipular a opinião pública e instigar o caos em prol de seus próprios interesses. Apesar disso, há uma visão da historiografia hodierna que aborda uma dimensão aprofundada sobre os bastidores da rebelião, a exemplo do que expõe Chalhoub (1996, p. 98), que utilizou a perspectiva de José Murilo para desmistificar visões reduzidas a respeito das ações e motivações dos populares durante a Revolta, desconstruindo a ideia de que eles serviriam apenas aos interesses escusos de uma minoria:

> Tal perspectiva visa certamente corrigir visões anteriores que interpretavam as ações dos revoltosos de 1904 simplesmente como coisa de desordeiros e vagabundos, ou como objeto de manobras ou manipulações de políticos oportunistas, ou ainda como sintoma de ignorância de uma população que não podia entender os benefícios da ''civilização'' (CHALHOUB, 1996, p. 98).

Por intermédio de um debate teórico, havia uma multiplicidade de figuras que argumentavam em prol das reivindicações dos revoltosos, utilizando diferentes ópticas. Um dos principais expoentes que defenderam a não obrigatoriedade da vacina foi Rui Barbosa, que argumentava que existia um fundado receio em relação aos elementos utilizados na produção do imunizante contra a varíola de aplicação compulsória, defendendo que a falta de informações em torno de sua produção tornava legítimo o receio da população em torno da compulsoriedade da vacinação contra a varíola (BARBOSA apud SEVCENKO, 2018, p. 13).

> Não tem nome, na categoria dos crimes do poder, a temeridade, a violência, a tirania a que ele se aventura, expondo-se, voluntariamente, obstinadamente, a me envenenar, com a introdução no meu sangue, de um vírus sobre cuja influência existem os mais bem fundados receios de que seja condutor da moléstia ou a morte (BARBOSA apud NEVES et al., 2020, p. 3).

Para além do receio no que concerne à falta de informações em torno da vacina contra a varíola inicialmente desenvolvida por Edward Jenner, Rui (1952, p. 46) criticava a atuação do Estado na condução do programa de vacinação. Ele (1952, p.46) considerava que pontos do decreto que instituia a obrigatoriedade da vacina e que instaurou meios coercitivos para a aplicação do imunizante violavam o direito por ele nomeado de ''direito de uma epiderme impenetrável''.

> Ressalta-se a importância das alegações de Rui Barbosa que se basearam no direito de consciência que deveria ser preservado, do mesmo modo deveria o Estado preservar o direito de uma epiderme impenetrável, tendo em vista que a pele se constituía em um verdadeiro limite da ação estatal (NEVES et al., 2020, p. 12).

Avaliando que a indignação popular como legítima, Rui Barbosa defendeu que a Revolta se sustentava por diversos motivos, todavia ele discordava da atuação de opositores que instauravam o caos nas ruas do Rio de Janeiro.

> Apesar de identificar e reconhecer a legitimidade da oposição popular em relação a compulsoriedade da lei, Rui Barbosa também detectou que no meio de toda agitação dos cidadãos cariocas, havia um movimento militar que contribuiu para que a capital presenciasse dias tão angustiantes (NEVES et al., 2020, p. 29).

O fato é que, era notável a presença de movimentos políticos elitistas que se aproveitaram do caos para angariar capital político contra o então presidente Rodrigues Alves. Isto porque o motim foi utilizado pela oposição, majoritariamente composta por republicanos férvidos – em que se destacam militaristas e positivistas –, para legitimar seus ideais e ganhar notoriedade perante a opinião popular.

> O que se constata é que a Revolta da Vacina teve como pano de fundo uma clara divisão entre aqueles que se aproveitavam e usavam de forma política o momento de instabilidade, e os que resistiam verdadeiramente às tentativas do governo de tornar a vacina obrigatória, por entender que tal medida se caracterizava em abuso do poder público e uma violência por parte do Estado em relação ao corpo e aos direitos civis dos cidadãos fluminenses, como foi o caso do intelectual Rui Barbosa (NEVES et al.,2020, p. 12).

No dia 16 de novembro de 1904, movimentos políticos de oposição ganharam voz na tentativa de transformar o motim popular que questionava a imperatividade dos atos do Estado em um suposto manifesto contra os presidentes que sucederam Floriano Peixoto.

> [...] Os políticos de origem militar e positivistas de oposição, Lauro Sodré e Barbosa Lima, tentaram assumir o comando do movimento popular e politizar a revolta. Para eles, toda a insurreição significava um esgotamento do programa político e econômico dos presidentes que sucederam a Floriano Peixoto, sendo, portan-

> to, uma manifestação popular pela volta do republicanismo férvido e consagração de seus próprios projetos políticos. Porém, o drama vivido pela população se distanciava das causas que os líderes queriam imputar ao motim, uma vez que este era apenas uma luta por respeito às suas condições quanto indivíduos e seres humanos (NEVES et al.,2020, p. 6).

No entanto, após o esfriamento do caos, resultado da revogação da vacinação obrigatória e a decretação do estado de sítio pelo então presidente da República, tais movimentos não mantiveram sua relevância, fazendo com que aos poucos a Revolta chegasse ao fim.

DEMOFOBIA E VIOLAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

O terreno político que havia tornado possível a eleição de Rodrigues Alves escondia muitos temores, um deles era a demofobia, o medo das elites em relação à participação política da classe popular. Segundo o cientista político Christian Lynch, os republicanos conservadores, a exemplo de Rodrigues Alves, guardavam maiores receios em relação à participação política da população geral que os políticos do segundo reinado.

> Por demofobia, por sua vez, entendo aqui o receio por parte das elites sociais de que a ampliação da participação cívica para além do seu círculo, numa perspectiva de democratização da vida social, desencadeará a desordem, a subversão e a final decadência do mundo político civilizado (LYNCH, 2013, p. 2).

De acordo com Lynch (2013, p. 2), a República Velha tornou o ambiente político mais conservador e autoritário, na medida em que passou a reprimir revoltas que questionavam seus ideais – nesse caso, em específico, o ideal de modernizar a cidade do Rio de Janeiro em detrimento das vivências e moradas populares. A repressão e cerceamento haviam sido comedidos a partir do Segundo Reinado, mas retornaram e atingiram o ápice na República Velha. Com isso, a regra se tornou a repressão demófoba e a violação de prerrogativas, ainda que feita em nome da democracia:

> Durante o Segundo Reinado, desaparecera o hábito de reprimir revoltas: havia quarenta anos não se decretava a suspensão das garantias constitucionais no país, e muito menos na capital. Uma cultura jurídica liberal florescera visivelmente desde a década de 1860, e o desenvolvimento do parlamentarismo tornava qualquer excesso razão suficiente para a queda do gabinete. [...] Por outro lado, os republicanos conservadores, ligados ao establishment, como Campos Sales, Alcindo Guanabara e Gilberto Amado, passaram a justificar a repressão e a fraude com argumentos demófobos (LYNCH, 2013, p. 2).

Um dos exemplos da visão repressiva e demófoba dos governos oligarcas, apontada por Lynch (2013, p. 2), foram as repetidas implantações do instrumento do estado de sítio. A Constituição de 1891 definia que era prerrogativa da União ''declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina'' (BRASIL, 1891, Art. 80). Da Proclamação da República até o momento da Revolta, o governo já havia suscitado tal instrumento cinco vezes. Sendo certo que a quinta decretação foi a primeira feita com o intuito de conter uma revolta popular, se configurando como uma tentativa de combater o caos que tomava as ruas cariocas. Foi implementada em 16 de novembro de 1904 e durou três meses e sete dias, se sustentando no caos instaurado em solo carioca por conta dos protestos.

Lynch (2005, p. 119) explica que a interpretação extensiva do estado de sítio por parte dos políticos conservadores, característica do modelo oligárquico da República, legitimou uma série de atos estatais que terminaram por violar prerrogativas fundamentais[137]. Rodrigues Alves foi adepto do conceito expansivo do instrumento, defendendo até que ele poderia ser decretado de forma preventiva, a fim de conter as supostas ameaças à segurança nacional, visando a defesa da pátria (QUINTINO apud LYNCH, 2005, p. 216).

137 Exemplo dos resultados da utilização do estado de sítio na contenção da Revolta da Vacina foram os seus resultados: trinta mortos, 110 feridos, 945 presos e 461 deportados para o Acre (CARVALHO, 1997 apud LYNCH et al., 2012, p. 2).

A ótica higienista e sanitarista para a defesa da saúde pública legitima toda e qualquer intervenção, ainda que fossem utilizados os aparatos do Estado de forma violenta para tal. Segundo Lynch (2005, p. 32), os governos oligárquicos possuíam a anuência do Congresso Nacional para decretar o estado de sítio a fim de superar a resistência dos opositores do *establishment* oligárquico e preservar o situacionismo, exemplo de como a utilização do instrumento contribuiu para a repressão das camadas populares e para a sustentação das políticas de violação das moradas populares.

Segundo Crescêncio (2009, p. 181-182), a insurreição não se limitava ao projeto de vacinação obrigatória, mas à uma série de fatores que incluíam os métodos abusivos para garantir a vacinação em massa, além do histórico de violações do Estado em relação às habitações coletivas e os velhos sobrados – alvos de uma política sistemática de perseguição que não se iniciaram no governo de Rodrigues Alves. Por isso, a Revolta da Vacina está intimamente relacionada à experiência de quem havia sofrido na pele com derrubada compulsória de moradias populares, ou temia que a aplicação de tal medida pudesse lhe atingir. Essas desocupações forçadas manifestavam a adoção de políticas públicas baseadas em preceitos demófobos que respaldavam uma ideologia higienista[138].

O próprio serviço de desinfecção e expurgo era retrato de uma ciência que de "tugurio em tugurio, de cortiço em cortiço, de avenida em avenida, de casebre em casebre" era imposta "pela violência a uma população a quem faltam a agua e o pão" (CORREIO DA MANHÃ, 1904, n. 1127). Tal fato fica ainda mais claro quando se identifica a preocupação em relação aos abusos de poder cometidos em nome da saúde pública na manchete publicada no periódico Correio da Manhã, em julho de 1904: "A pirataria da Saude Publica".

Meses antes de eclodir a Revolta, o Correio da Manhã (1904, n. 1.127) narrou a experiência de Ludovico José dos Santos, morador à rua

138 A demofobia das elites na Revolta da Vacina encontra-se retratada pela literatura na obra *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*, do escritor Lima Barreto, de 1909. No romance, o leitor acompanha a Revolta dos Sapatos contra um fictício projeto de lei que instaurava o uso obrigatório de sapatos. Trata-se de um recuso literário para contestar a imperatividade e a truculência nos atos do governo no contexto da Revolta da Vacina, abordando, inclusive, a derrubada dos cortiços como uma das causas para o motim popular (GOMES et al., 2020, p. 2).

Major Ávila n. 12, que ao procurar o escritório de Barbosa Lima informou que "naquella casa foram tão estouvados os homens da hygiene que nos lagos de acido phenico que deixaram em diversos pontos do predio, queimou-se uma creança de 2 annos". De acordo com o jornal (1904, n. 1.127), ante o falecimento da filha de Ludovico em consequência das queimaduras, Barbosa Lima referiu-se ao fato como "doloroso". Ainda na mesma manchete, voltando a falar do "nefasto homicidio da pobre creancinha da avenida da rua Major Avila" é relatado o questionamento do parlamentar que, por sua vez, "pergunta si contra esses systemas será admitida a resistência dos cidadãos até de armas na mão" (CORREIO DA MANHÃ, 1904, n. 1127).

Notadamente, as ações oficiais para a contenção da epidemia da varíola estigmavam a população subalterna como transgressores da moralidade dos costumes, enxergando nos pobres o asilo permanente de infecções deletérias da saúde pública, conforme expõe Chalhoub (1996, p. 31). Os hábitos de moradia dos pobres eram tidos como nocivos à sociedade, suas habitações coletivas seriam focos de epidemias e terrenos férteis para a propagação de vícios de todos os tipos, de acordo com Chalhoub (2006, p. 29).

Sob o argumento da ideologia da higiene, o Estado passou a alegar a prerrogativa de destruir as moradas populares com o intuito de conter a epidemia da varíola. As motivações por trás da Revolta inevitavelmente passavam pelos tormentos a que as classes populares eram submetidas pela administração pública, o que se encontrava inevitavelmente ligado às violações do direito à moradia no contexto dos governos oligárquicos da República Velha. Por tudo isso, a Revolta da Vacina se constituiu "numa das mais pungentes demonstrações de resistência dos grupos populares do país contra a exploração, discriminação e o tratamento espúrio a que eram submetidos pela administração pública nessa fase da nossa história" (SEVCENKO apud CHALHOUB, 1996, p. 98).

CONCLUSÃO

Há inúmeras linhas historiográficas que buscam explicar os eventos ocorridos no ano de 1904 e os desdobramentos da Revolta da Vacina. O presente texto destaca entre as causas da sublevação, o papel da experiên-

cia das populações subalternas que assistiram à derrubada das habitações coletivas e dos velhos sobrados onde residiam. O artigo evidenciou que, por detrás da política higienista e sanitarista de combate à epidemia da varíola no Rio de Janeiro, ocultava-se uma perspectiva demófoba responsável pela violação do direito à moradia das camadas populares. Embora determinadas medidas de contenção da varíola fossem necessárias e atendessem aos interesses coletivos, a forma como essas medidas foram implementadas produziu desalento naqueles que se viram privados de suas antigas moradias. Daí se percebe que as motivações da Revolta da Vacina não se esgotavam na obrigatoriedade da vacinação, mas que esta compulsoriedade apenas serviu como estopim para a insurreição de uma população cujos direitos políticos e sociais eram constantemente violados.

O artigo demonstrou que o poder público utilizava os instrumentos de controle da ordem legal e contenção de comoção intestina para cercear as manifestações populares contrárias às suas medidas, por mais legitimas que tais manifestações fossem. Além disso, é essencial avaliar as análises oposicionistas ao movimento e suas motivações a fim de construir uma linha que torne clara as razões para o seu apoio ou a sua rechaça, seja por meio de argumentos baseados na constitucionalidade dos decretos relativos ao tema, seja por razões de cunho político, ideológico e/ou moral. Nesse contexto, destaca-se o discurso de Rui Barbosa, que ao passo que legitima os manifestos populares, também expõe que nem todos os atores envolvidos na Revolta se preocupavam unicamente com os anseios do povo.

O texto destacou, entre as causas da Revolta, o papel da experiência dos moradores de habitações em desconformidade com o ideal de modernização da cidade do Rio de Janeiro. Trata-se, em especial, dos habitantes de moradias coletivas, alvos da política pública de então que preconizava a destruição destas construções. Este quadro de violações dos direitos das classes subalternas produziu o maior levante popular da história da República Velha, responsável por mudar o direcionamento das ações do Estado, ainda que tal população não tenha ascendido à posição de protagonista dos processos decisórios após a rebelião.

A primeira parte do texto dedicou-se à pressão sofrida pelos habitantes das habitações coletivas em meio às políticas sanitaristas e higienistas adotadas na cidade do Rio de Janeiro nos períodos que antecederam a Revolta da Vacina. Posteriormente, o texto se dedicou a tratar dos eventos

ocorridos na insurreição multicausal de 1904 e seus resultados, salientando uma multiplicidade de discursos e agentes envolvidos no motim, o que levanta questionamentos históricos a respeito de suas motivações e causas. A terceira parte do texto, enfim, demonstrou a existência de uma visão demófoba das elites que detinham o capital político, econômico e social em relação aos habitantes mais pobres da então capital da República, que culminou na adoção de medidas que vieram a violar suas prerrogativas. Nesse diapasão, evidenciou-se o papel da Revolta da Vacina na história de luta da população da cidade contra o tratamento espúrio e desarrazoado a que eram submetidos pelo Estado.

Como resultado da pesquisa, percebe-se que um dos motivos que levou à insurreição foram as diversas formas de violação ao direito de moradia experimentadas pelas classes subalternas através de desocupações forçadas, inspeções compulsórias, higienizações com materiais químicos pesados, dentre outras medidas. Conclui-se que a demofobia das elites oligárquicas motivou políticas públicas de combate à epidemia de varíola que desconsideravam direitos sociais das camadas mais pobres e que as associavam ao risco à saúde pública.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Aluísio. **O Cortiço.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

BARBOSA, Rui. **Obras completas:** discursos parlamentares. V. XXXI, T. I. Rio de Janeiro: Ministério de Educação e Saúde, 1952.

BRASIL. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em:<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro--1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 3 abr. 2021.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi.** 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

CHALHOUB, Sidney. **Cidade febril: cortiços e epidemias na corte imperial.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CORREIO DA MANHÃ. **Acervo Digital Biblioteca**. Disponível em: < http://hemerotecadigital.bn.br/acervo-digital/correio-manha/089842> Acesso em: 3 abr. 2021.

CRESCÊNCIO, Cintia Lima. "Abaixo a vacina!" a fundação da Liga de Combate à Vacinação Obrigatória e sua relação com a Constituição de 1891. **Biblos: Revista do Instituto de Ciências Humanas e da Informação**, v. 23, n. 2, p. 177-188, 2009.

GOMES, Daniel Machado; CICILIO, Tiago da Silva. Negros, pobres e excluídos: a demofobia brasileira denunciada por Lima Barreto. In: PIMENTA, Luciana et al. (Orgs.). **De qual direito falar, a partir da pandemia do século XXI?** V. 1. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

LYNCH, Christian Edward Cyril. "A multidão é louca, a multidão é mulher": a demofobia oligárquico-federativa da Primeira República e o tema da mudança da capital. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro, v.20, n.4, out-dez. 2013, p. 1491-1514.

LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2005.

NEVES, Raphaela Abud; CICILIO, Tiago da Silva; GOMES, Daniel Machado. FERNANDES, Carlos Marcel Ferrari Lima. O discurso de resistência na Revolta da Vacina e os direitos civis. In: ROSA, Adriano et al. (Org). **Direitos Humanos e Fundamentais.** V. 2. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

NEVES, Raphaela Abud; GOMES, Daniel Machado; SOARES, Yara Esteves; OLIVEIRA, Carolina Passeri Rebouças de. De volta ao passado: o movimento antivacina e as políticas públicas de imunização no Brasil. In: ASENSI, F. et al. (Org.). **Políticas Públicas e Saúde.** Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

ANÁLISE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO-CÍVEL Nº 0083896-72.2019.8.19.0000: CASO ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Rosane da Silva Lima[139]

INTRODUÇÃO

A liberdade é um direito assegurado pela Constituição Federal de 1988. Nessa perspectiva, o trabalho analisará as decisões que envolvem o caso do filme "*Especial de Natal do Portas dos Fundos: a primeira tentação de Cristo*", que sugere um conflito entre os princípios da liberdade religiosa e da liberdade de expressão.

O propósito do presente artigo é verificar as bases históricas que fundamentam a instituição desse direito tão importante para o desenvolvimento da democracia. Para isso, será desenvolvido incialmente a exposição do caso fático, para que então seja exposta a trajetória do constitucionalismo no que tange à instituição do direito à liberdade. O contexto histórico envolve diretamente os princípios da liberdade religiosa e de expressão/

139 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* UNIFG; bolsista de pesquisa pela CAPES; pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela UNIFG; advogada.

manifestação do pensamento artístico, que corroboram a verificação dos elementos que compõem as decisões judiciais em referência.

Destaca-se a relevância da discussão que envolve um debate político e jurídico com base no constitucionalismo contemporâneo. Para o desenvolvimento da pesquisa, empregou-se a abordagem qualitativa, tendo como com métodos a utilização de livros, artigos e jurisprudência.

1. BREVE SÍNTESE DO CASO: "ESPECIAL DE NATAL DO PORTAS DOS FUNDOS: A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO"

A Associação Centro Dom Bosco de Fé ingressou no Rio de Janeiro com Ação Civil Pública nº 0332259-06.2019.8.19.0001 em face de Porta dos Fundos Produtora e Distribuidora Audiovisual SA e Netflix Entretenimento Brasil Ltda, sob a alegação de ofensa religiosa. A motivação foi gerada pela exibição do "*Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo*", que estreou em 3 de dezembro de 2019 e no qual "Jesus é retratado como um homossexual pueril, namorado de Lúcifer, Maria como uma adúltera desbocada e José como um idiota traído por Deus" (SÃO PAULO, 2019).

A parte autora alega em síntese que houve "desrespeito, agressividade e desprezo pela fé e os valores católicos", o que seria majorado pelo período de lançamento que ocorreu um dia antes do Natal, data simbolizada pelo nascimento de Jesus Cristo e considerada sagrada pelos cristãos, inclusive data de feriado nacional. Os pedidos liminares da peça inicial requeriam a suspensão da exibição do filme, bem como de *trailers* ou demais alusões que correspondessem ao especial, e ainda a condenação em dano moral, no valor total do faturamento advindo do filme que seria equivalente ao cálculo de dois centavos por brasileiro que professa a fé católica.

A liminar foi indeferida pela Juíza de 1º grau. A parte autora agravou (nº 0083896-72.2019.8.19.0000) da decisão, no plantão do TJRJ a decisão foi mantida, no entanto em nova apreciação o desembargador da Sexta Câmara Cível suspendeu a decisão, concedendo a liminar que suspendeu o filme e demais alusões ao mesmo.

Diante da decisão a parte ré, através de reclamação nº 38.782, conseguiu deferir uma medida liminar que suspendia as decisões AI Nº

0083896-72.2019.8.19.0000 e no AI Nº 0343734-56.2019.8.19.0001, alegando haver nas decisões em referência censura prévia e restrição ao direito de liberdade de expressão. Até a redação do presente artigo, o filme continua em exibição na Netflix, e a ação civil pública ainda não teve sentença proferida.

2. OS DIREITOS DE LIBERDADE

O movimento do constitucionalismo surgiu por volta do século XVIII, num modelo que visava romper as bases absolutistas e estabelecer limites ao exercício do poder (SARLET, 2017). Nos dizeres de Freitas e Castro (2013, p. 338):

> Dessa forma, quando se considera a dimensão social e política do movimento constitucionalista, a partir de meados do século XVIII, deve-se, sobretudo, ressaltar sua importância para as Revoluções Liberais e para a ascensão da burguesia que constituíram referências relevantes para a derrocada do absolutismo e a definição do paradigma liberal clássico.

Na mesma época, autores como Hobbes, Locke, Rosseau e Kant ascenderam à corrente filosófica, que deu base ao iluminismo e promovia a legitimação e o exercício do poder através de uma figura racionalista (SARLET, 2017). Esse ideal iluminista optava "por uma racionalidade laica, baseada em ideias iluministas que, entre tantas propostas, também repeliam qualquer subordinação aos preceitos religiosos afirmando a autonomia entre o pensamento político e o religioso" (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 338).

Essa base histórica deu surgimento a um Estado moderno vinculado à racionalidade política, tendo entre suas características a laicidade. Vale ressaltar que essa peculiaridade não se associa a contrariedade a religião, e sim a desvinculação do Estado com a Igreja, e o indivíduo com espontaneidade, autonomia e livre convicção religiosas (FREITAS; CASTRO, 2013). Assim, "a construção histórica de afirmação das liberdades tem início com a proteção da liberdade religiosa numa tentativa de demar-

car os espaços ocupados pelo pensamento político e o ideário religioso" (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 339). Prosseguem:

> O que parece interessante ressaltar neste momento é a importância que a defesa das Liberdades de Expressão e de Convicção Religiosa adquire para a edificação do Estado moderno e para a afirmação do paradigma liberal: a liberdade de Expressão do Pensamento, torna-se essencial, como forma de garantir a vinculação e propagação do ideário das Revoluções Liberais e, de outra parte, a Liberdade de Convicção Religiosa opõe limites ao poder político da Igreja Católica procurando afastá-la de qualquer ingerência nessa área. (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 339-340).

Em 1776, a Declaração da Virgínia já tratava da liberdade de Convicção Religiosa, bem como a liberdade de imprensa como garantia à liberdade de expressão. Em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão evidencia a opção pelo Estado laico e também a "liberdade de opinião, inclusive a religiosa, desde que a sua manifestação não confronte a ordem pública" (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 340).

No século XX, foi possível observar a modificação do paradigma de intervenção para uma ordem estatal com intervenção mínima, no intuito de resolver as falhas decorrentes da liberdade de mercado. Surge nesse panorama o Estado Social de Direito (SARLET, 2017). "Para tanto, o Estado passou ao reconhecimento das assimetrias sociais, promoveu o controle da economia (incentivando seus setores vitais) e procurou implementar a justiça redistributiva necessária à pacificação dos conflitos sociais" (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 342). Esse contexto "levou à reconfiguração do conteúdo da dignidade humana pela incorporação de novos direitos (direitos sociais) oriundos das reivindicações dos grupos sociais subalternos" (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 342). Por outro ponto de vista, "a ideia do reconhecimento dos mais variados grupos sociais implicou na necessidade de garantir a liberdade de expressão para esses segmentos minoritários como forma de viabilizar sua participação política" (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 342), tal pretensão viabilizaria assim a construção de uma sociedade mais justa, pluralista, através da inclusão social.

A Constituição trouxe de forma detalhada as questões envolvendo a liberdade de expressão, inclusive no rol de direitos fundamentais. Nos dizeres de Sarlet (2017, p. 534), tem-se "no caso brasileiro, [...] uma série de outros dispositivos da Constituição, os quais, no seu conjunto, formam o arcabouço jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações". Prossegue nesse entendimento:

> Com efeito, apenas para ilustrar tal assertiva mediante a indicação dos principais dispositivos constitucionais sobre o tema, já no art. 5.º, IV, foi solenemente enunciado que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Tal dispositivo, que, é possível arriscar, faz as vezes, no caso brasileiro, de uma espécie de cláusula geral. Assim, logo no dispositivo seguinte, art. 5.º, V, "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". No inc. VI do mesmo artigo consta que "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".291 De alta relevância para a liberdade de expressão é o art. 5.º, IX, de acordo com o qual "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (SARLET, 2017, p. 534).

Assim, a expressão liberdade está constitucionalmente prevista como um direito fundamental, "sua tutela consiste na consagração da plena autonomia para o seu exercício, vedando apenas o anonimato como forma de evitar a verbalização do discurso sem a devida responsabilidade" (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 349). Nos dizeres de Silva (1998, p. 244), "possibilidade de exteriorização do pensamento em seu sentido mais amplo", assim a liberdade expressão estaria diretamente ligada a liberdade de pensamento. Portanto:

> A liberdade de expressão é uma das dimensões do direito geral à liberdade e pode ser conceituada como o poder conferido aos cidadãos para externar opiniões, ideias, convicções, juízos de valor, bem como sensações e sentimentos, garantindo-se, também, os

> suportes por meio dos quais a expressão é manifestada, tais como a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. (SIMÃO; RODOVALHO, 2017, p. 209).

Tomando o Estado Democrático de Direito como ponto de partida, tem-se que a liberdade expressão é um elemento primordial para um regime que se denomina democrático. Dworkin (2005, p. 503-504) aponta que "essa concepção de democracia exige que se dê oportunidade aos cidadãos de se informar de maneira mais completa possível e deliberar, individual e coletivamente, acerca de escolhas", para que o exercício da cidadania seja possível.

> Quando se observa essa dinâmica própria dos movimentos sociais contemporâneos, constata-se a importância da qual se reveste a Liberdade de Expressão para a construção da democracia pluralista que se afirma na atualidade. O novo imaginário da era "pós-socialismo", quando fez emergir movimentos emancipatórios renovou as expectativas quanto ao exercício das Liberdades de Pensamento. Essas Liberdades transformaram-se em veículos relevantes para a propagação das ideias necessárias à construção de um novo referencial para a dignidade humana, possibilitando a formação da identidade de grupo, intercâmbio de opiniões e experiências, e, ainda, a exposição de suas reivindicações. [...] Portanto, para o Estado contemporâneo, a Liberdade de Pensamento tem caminhado juntamente com a defesa da dignidade desses segmentos minoritários. Dessa forma, o paradigma estatal de intervenção, dentro de uma perspectiva de inclusão, seria ideologicamente incompatível com a proteção do discurso do ódio, na medida em que tal manifestação é em essência segregacionista e tem por objetivo humilhar e calar a expressão das minorias. (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 343-344).

O discurso de ódio surge nesse contexto como uma vertente da liberdade do pensamento, nesse caso o ódio quando reproduz uma manifestação, quando externado e a partir de então gere efeitos negativos, perigosos, ou ameaçadores ao longo do tempo. Assim aquilo que foi veiculado, publicado de forma impressa ou visual promoverá danos de forma

contínua, e permanente (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 344). Segue o entendimento:

> Na busca de um conceito operacional para o discurso do ódio (hate speech), observa-se que tal discurso apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado "diferente", quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social. (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 343-344).

O objetivo, conforme exposto, é menosprezar/desvalorizar o outro mediante uma violência a sua integridade. Para Machado o direito da liberdade de expressão não abarca "conteúdos expressivos que tragam em si mesmos uma pretensão de superioridade e que pretendam ter como consequência a aniquilação das possibilidades de igualdade e reciprocidade entre todos os indivíduos e grupos sociais" (2002, p. 865). Freitas e Castro expõem que: "uma supostamente superior, daquele que expressa o ódio, e outra inferior, daquele contra o qual a rejeição é dirigida" (2013, p. 345). Nesse entendimento:

> Entretanto, se enforcamos a democracia contemporânea que se afirma em sua pluralidade, a tolerância significa respeito à alteridade e à personalidade do ofendido, consequentemente, o discurso do ódio, medida em que tende a inviabilizar o caráter comunicativo da Liberdade de Expressão não pode ser aceito, quer pelo desrespeito aos direitos do ofendido, quer porque busca a sua exclusão do exercício da cidadania, comprometendo a própria democracia. (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 343-344).

Simão e Rodovalho destacam que quanto a questão de tolerar a exposição de opiniões diferentes discursos, "importante questão se relaciona com o potencial agressivo dos conteúdos especialmente direcionados em desfavor de grupos sociais alvos históricos de discriminação, os denominados «discursos do ódio" (2017, p. 220). Ocasionaria um interessante

embaraço que abarcaria inclusive "a necessidade de assegurar a integridade de uma esfera pública de discurso aberta e pluralista" (SIMÃO; RODOVALHO, 2017, p. 220).

Conforme Machado, "recorde-se que uma das funções da liberdade de expressão consiste em proporcionar uma alternativa à violência física na libertação de sentimentos e tensões acumuladas, incluindo o ódio, ou especialmente o ódio" (2002, p. 848). Para o autor, se esse equilíbrio ultrapassar os limites, deverá sofrer limitações, desde que não seja "utilizado para subtrair à discussão temas tão importantes como a identidade dos grupos sociais e as suas relações com os indivíduos, nem sempre isentas de coerção e discriminação" (MACHADO, 2002, p. 848).

Ao considerar o Estado Democrático de Direito como parâmetro, tem-se a inadmissibilidade do discurso de ódio, o que configuraria um limitador a liberdade de expressão. Corroboram esse entendimento os dizeres de Freitas e Castro, ao afirmarem que existe uma limitação vinculada ao princípio da legalidade, que exige a integralidade de todo o ordenamento jurídico. Portanto é preciso que a prática do princípio da liberdade de expressão esteja em concordância com outros valores constitucionais e infraconstitucionais, como por exemplo a dignidade da pessoa humana ou as condutas tipificadas como ilícitas que envolvam preconceito, raça ou religião (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 352).

3. ANÁLISE DAS DECISÕES

A decisão de 1ª instância levou em consideração que o filme foi elaborado por um grupo humorístico, que é nacionalmente conhecido através de suas produções por seu humor ácido, que elabora sátiras e críticas a assuntos polêmicos da sociedade, como religião, homossexualidade, racismo, política e outros (SÃO PAULO, 2019). A juiz cita inclusive que o Porta dos Fundos já fora premiado como melhor comédia do ano de 2013, no Emmy Internacional, o filme correspondia ao mesmo quadro do especial de Natal, também objeto de discussão judicial.

Nesse sentido, a juíza expõe diversos grupos no Brasil e mundo que satirizam temas de religião, ao longo da decisão, fundamenta em diversos dispositivos constitucionais como (BRASIL, 1988):

- Art. 5º, V – Livre manifestação do Pensamento, vedando-se o anonimato.
- Art. 5º, IX – livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.
- Art. 220 – Direito a manifestação do pensamento, criação, expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, vedando-se qualquer restrição, e qualquer censura de natureza ideológica e artística.
- Art. 5º, VI – Inviolabilidade de consciência e de crença sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.

Alega ainda existir conflito entre valores e princípios constitucionais que seriam Liberdade de expressão artística X Liberdade religiosa, e a proteção aos locais de culto e as suas liturgias, consubstanciadas no sentimento religioso. E utiliza a técnica da ponderação de valores diante do caso concreto, fundamentando que nenhum dos citados princípios é absoluto. A conclusão tida por ela é que o humor, no caso questão, não possui o intuito de ferir, ofender ou menosprezar a religião católica, justifica ainda que não há caracterização de discriminação ou conduta que viole direitos humanos ou envolva discurso de ódio.

A decisão ainda expõe que enquanto não houver decisão diversa da Corte Constitucional, somente existe a possibilidade de restrição à liberdade ou censura prévia, quando os conteúdos de manifestação artísticas envolverem ilícito, incitação à violência, discriminação ou violação de direitos humanos nos chamados discursos de ódio, como ocorrera no *Habeas Corpus* nº 82.424-2 que o livro continha insultos, ofensas, intolerância religiosa, manifestação de ódio aos judeus, e no caso em questão, não estava coberto da proteção constitucional de liberdade de expressão.

Por fim, expõe jurisprudências que demonstram que a censura prévia deve ocorrer somente em casos excepcionalíssimos. Conclui a magistrada que a liberdade de expressão "não se direciona somente a proteger opinião supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionas, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pela maioria" (SÃO PAULO,

2019). Ademais, por tratar-se de plataforma fechada, que necessita de assinatura, somente terão acesso aqueles que se interessarem por conteúdo. Opta pelo indeferimento da liminar que pedia retirada da exibição do filme em referência.

Em contraposição à decisão anterior, em sede AGRAVO DE INSTRUMENTO – CÍVEL nº 0083896-72.2019.8.19.0000, o desembargador sustentou opinião diversa levando em conta que o filme se utilizou de termos inadequados para a figura divina que ofendem aos preceitos morais, valores e crenças de milhões de pessoas. Faz analogia ao caso do extermínio de judeus que eram atacados frequentemente com ofensas. Alega, o desembargador, que no filme em questão tem-se incitação ao ódio público, e que a decisão mais sensata devido aos fatos e circunstâncias nacionais, atendendo não apenas para a comunidade cristã, mas também, toda a sociedade brasileira que em sua maioria é cristã, optando por conceder a liminar com a suspensão do filme e demais materiais publicitários.

Finalmente, em sede de reclamação nº 38.782, o STF determinou a suspensão das concessões das liminares, sob os seguintes fundamentos:

> Acerca do tema da liberdade de expressão, esta Corte, no julgamento da ADPF nº 130, debruçou-se com percuciência sobre a temática, ressaltando, na ocasião, a plenitude do exercício da liberdade de expressão como decorrência imanente da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação/potencialização de outras liberdades constitucionais. "[...] a circulação do trabalho de humor e sátira se dá apenas através do streaming e em locais cujo acesso é voluntário e controlado, de modo que o poder de censura fica nas mãos de cada pessoa isoladamente. Assim, a preocupação com a manutenção dos valores que [a Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura] entende caros podem ser protegidos pelos que detêm o poder familiar, o poer de tutela e curatela, enfim, por todos aqueles que estão de algum modo na posição de garantidor e mantenedor destes valores. Quanto aos demais aos maiores, capazes, caber-lhes-á a reflexão crítica, ou o repúdio e o desprezo, dentre as múltiplas possibilidades [...]". Não se descuida da relevância do respeito à fé cristã (assim como de todas as demais crenças religiosas ou a ausência dela). Não é de se supor, contudo,

> que uma sátira humorística tenha o condão de abalar valores da fé cristã, cuja existência retrocede há mais de 2 (dois) mil anos, estando insculpida na crença da maioria dos cidadãos brasileiros Nessa linha de entendimento, o Plenário do STF, ao julgar a ADI nº 4.451/DF, ressaltou que "[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" (Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 6/3/2019). Ante o exposto, e sem prejuízo de nova apreciação do tema pelo e. Relator, defiro a liminar para suspender os efeitos das decisões proferidas no AI Nº 0083896-72.2019.8.19.0000 e no AI Nº 0343734-56.2019.8.19.0001. (BRASILIA, 2020).

A partir das decisões ora expostas, tem-se como fundamentação a utilização de prerrogativas do pensar e concluir por si próprio quanto a moralidade do filme em questão. Não há como compor uma lide jurídica, tendo em vista que não envolve fatos conflituosos no direito. Assim, deve ser assegurado o direito de consciência (SIMÃO; RODOVALHO, 2017), que "entende-se um âmbito de deliberação intelectual sob o domínio exclusivo do indivíduo composto por convicções, crenças, opiniões, sentimentos, preferências" (SIMÃO; RODOVALHO, 2017, p. 223).

Preceitua Dworkin (2006, p. 320):

> O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la. Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspecto, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as

> outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe.

O direito fundamental à liberdade de expressão engloba, nesse caso, tanto as artísticas, bem como a religiosa. Nesses termos, para uma sociedade democrática é preciso que exista a liberdade de expressão, haja a responsabilização moral individual sem intervir na manifestação do pensamento (DWORKIN, 2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho buscou analisar o caso da Ação Civil Pública nº 0332259-06.2019.8.19.0001 – "Especial de Natal Porta dos Fundos: a Primeira Tentação de Cristo", que trabalha o aparente conflito entre princípios constitucionais voltados a liberdade tratando de aspectos relevantes quanto ao conteúdo das decisões, bem como os fatos alegados pelas partes.

A partir do caso em questão, o estudo procurou tratar de diversos referenciais históricos que fundamentam o direito fundamental da liberdade de expressão. Nessa perspectiva, permear os fundamentos da liberdade de expressão envolve também a problematização do discurso de ódio.

Almeja-se que numa sociedade que possui bases democráticas o respeito a liberdade de expressão seja frequentemente assegurado, como um direito fundamental instituído constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

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

DWORKIN, R. M. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana – o direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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.** Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MACHADO, Jónatas. E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** Dissertação de Mestrado. PUC/MG, 2007.

SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago**. A Fundamentalidade do Direito à Liberdade de Expressão: As Justificativas Instrumental e Constitutiva para a Inclusão no Catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, v. 12, n. 1, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na Recamação 38.782. RIO DE JANEIRO. Disponível: < https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-concede-liminar-suspende.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Agravo de Instrumento-Cível nº 0083896-72.2019.8.19.0000.** Sexta Câmara

Cível. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/desembargador-tj-rj-censura-especial.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

_____. Agravo de Instrumento-Cível nº 0083896-72.2019.8.19.0000. Sexta Câmara Cível. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/desembargador-tj-rj-censura-especial.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

A REIFICAÇÃO DO PRESO E A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PELO ESTADO BRASILEIRO

Paula Andressa de Freitas Mariano[140]

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988 garante a todo cidadão diversos direitos e garantias contra o arbítrio do Estado. Ao ser acusado de praticar conduta tipificada como crime, toda e qualquer pessoa tem seus direitos resguardados na fase investigatória, processual e de cumprimento de pena, tendo o Código de Processo Penal, bem como a Lei de Execuções Penais, detalhado as garantias do indivíduo, todas elas sedimentadas na dignidade da pessoa humana. Ocorre que, ao se analisar o sistema de justiça criminal brasileiro, é possível tecer diversas críticas a todas as etapas de apuração do crime, porém, é na execução penal que reside a maior chaga do sistema penal, em que se destaca a violação de direitos humanos, cuja realidade se contrapõe às exigências legais.

A situação desumana dos estabelecimentos penais no Brasil é de conhecimento de todos os setores jurídicos e civis, e a manutenção da calamidade de tais locais se dá por meio de ação e omissão dos agentes estatais, com o apoio da população que, movida por sentimento de insegurança e medo, acreditando em discursos políticos populistas, anseia por punições

140 Delegada de Polícia do Estado de Minas Gerais; especialista em Ciências Criminais; pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia.

a cada dia mais severas, acreditando ser lícito a retirada de direitos daquelas pessoas que lá se encontram.

Atualmente há uma distinção declarada entre o "cidadão de bem", e aquele que não segue as regras sociais impostas pela lei. Nas palavras do sociólogo Axel Honneth (2005), houve um rompimento no reconhecimento, visto que aqueles que se consideram pertencentes a referida categoria, se colocam acima dos demais, considerando os outros como inferiores e merecedores de punições e sofrimentos, gerando uma ânsia por vingança estatal ao que comete uma infração penal.

A diferenciação de entre cidadãos é o cerne da ideia de Direito Penal do Inimigo, elaborada pelo alemão Gunther Jakobs, a negação da condição de "pessoa", a rotulando como "inimigo" é o paradigma e a questão central da teoria. Os cidadãos que cometem crimes graves, ou são contumazes na prática criminosa, deveriam perder esse status, e consequentemente a proteção estatal de seus direitos.

Jakobs (2005) afirma que

> Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

Após analisarmos o que dispõe a legislação brasileira sobre o direito da pessoa presa, bem como qual é a realidade existente dentro do sistema prisional, buscamos entender o que possibilita a manutenção das ilegalidades na execução penal. Essa compreensão é possível através do estudo sobre reificação e o entendimento de como ela se manifesta.

Considerando a ideia central da teoria do Direito Penal do Inimigo, que decorre da objetificação a seres humanos, bem como a realidade do cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil, é possível identificar que tal teoria rege a execução penal no país, ainda que de forma não explícita, e com manifesta ilegalidade.

1. PRINCIPIOS BASILARES DA EXECUÇÃO PENAL

Os direitos da pessoa privada de liberdade são tratados em diversos diplomas legais, como a Constituição Federal, Lei de Execução Penal, além de leis especiais e tratados internacionais inerentes à matéria de direitos humanos. O assunto é extenso, e seu esgotamento não seria possível no breve espaço de um artigo, motivo pelo qual delimitaremos o estudo aos princípios constitucionais que devem reger a execução penal no Brasil.

1.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O artigo 1º, inciso III da Constituição federal traz a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Não se trata apenas de um princípio programático, a dignidade dos cidadãos deve ser a base de qualquer ação estatal, absolutamente, nenhum ser humano pode ser despido de sua dignidade, que deve ser garantida pelo Estado, e condenada qualquer ameaça de violação.

Em sede de execução penal, temos como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação de determinadas penas e a proteção da integridade física e moral do preso. Em seu rol de direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º inciso XLVII da Constituição Federal traz que "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis". O inciso XLIV do mesmo artigo determina que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

A Constituição, lei máxima do ordenamento jurídico é clara, não importa o comportamento do indivíduo que infringiu a lei, qualquer que seja o crime cometido, por mais grave ou torpe que seja, aquele cidadão encarcerado deve ter sua dignidade preservada e garantida por todos os agentes estatais envolvidos no sistema de justiça criminal.

1.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Valioso princípio que rege o Estado democrático de direito, a legalidade é determinada em diversos diplomas legais. Garante o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que "Não há crime sem lei anterior

que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", tal determinação é repetida no artigo 1º do Código Penal Brasileiro. O artigo 3º da Lei de Execução Penal confirma que "Ao condenado e ao internado serão assegurados os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei".

Desta forma, não importa o quanto a sociedade ou operadores do direito discordem das sanções aplicadas, a legalidade deve sempre reger os atos da administração pública, desde a prisão do indivíduo, passando pelo processo penal, até a execução penal. O sistema de justiça criminal deve garantir que os direitos do cidadão sejam resguardados, e a lei deve sobrepor qualquer sentimento de contrariedade de agentes estatais e população.

1.3. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA

Positivado na Constituição Federal, a pessoalidade consta no rol dos direitos e garantias fundamentais:

> Art. 5º, inciso XLV – "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido."

Tal princípio impede que haja punição a terceiro por fato praticado por outrem, não havendo a possibilidade de se estender a pena, seja em razão de parentesco ou qualquer outra condição, exceto nos casos de reparação do dano, e ainda assim, apenas no limite do patrimônio transferido, havendo a proteção de bens dos parentes do acusado.

Pode-se afirmar que a pena é instituto personalíssimo do autor do delito, e que não há transmissão da pena.

1.4. PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Garantia presente no inciso XVLIII do artigo 5º da Constituição Federal, determina que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado".

A garantia de igualdade também é citada no conjunto de regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de prisioneiros, que eu seu item 8 aponta a necessidade de separação por categorias:

> 8. As diferentes categorias de prisioneiros devem ser mantidas em instituições ou partes de instituições separadas levando em consideração as razões da detenção e as medidas necessárias a se aplicar. Assim:
>
> (a) Homens e mulheres devem, sempre que possível, permanecer detidos em instituições separadas. Numa instituição que receba homens e mulheres, todos os recintos destinados às mulheres devem ser totalmente separados;
>
> (b) Presos preventivos devem ser mantidos separados daqueles condenados;
>
> (c) Indivíduos presos por dívidas ou outros prisioneiros civis devem ser mantidos separados dos indivíduos presos por razões criminais;
>
> (d) Prisioneiros jovens devem ser mantidos separados dos adultos.

Percebemos que a separação de presos além de uma preocupação em âmbito internacional, é um mandamento constitucional que vai além de estabelecimento prisional feminino e masculino, ou para menores e maiores de idade. A Carta Magna pede que a separação se dê pela natureza do crime praticado, visando tratamento igualitário aos iguais, em todas as suas formas.

1.5. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ao definir os tipos de pena aplicáveis, a Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso XLVI, afirma que a lei irá regular a individualização da pena para sua aplicação. Temos sua presença em três momentos distintos: em abstrato, quando o legislador impõe limites mínimos e máximos de pena, judicialmente quando o juiz promove a dosimetria, aplicando a pena ao caso concreto conforme determinado pelo Código Penal:

> Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circuns-

> tâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...].

E administrativamente, na determinação contida no artigo 5º da Lei de Execuções Penais, de que "os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal". Essa classificação tem o intuito de direcionar as atividades dos presos conforme sua aptidão, visando garantir a ação terapêutica da pena. Ainda, em seara administrativa temos a individualização nos casos de progressão e regressão de regime prisional, bem como na concessão de benefícios ao preso.

As garantias ligadas à execução penal são amplas e constam de diversos diplomas legais, sobretudo, tem especial atenção da Constituição Federal. Mas será que tais normas tem efetividade? São respeitadas pelo poder público? Passaremos à análise do sistema prisional brasileiro.

2. A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias[141], aponta que em junho de 2020 havia 702.069 pessoas presas, somando-se unidades prisionais e outras carceragens, sendo que há 446.738 vagas, o que demonstra um déficit de 255.331 vagas.

O Conselho Nacional do Ministério Público, através do projeto "Sistema carcerário em números",[142] aponta que no 3º trimestre de 2019, havia uma ocupação de 161,42% no sistema prisional brasileiro. A superlotação demonstra não só a política de encarceramento em massa existente, mas também a impossibilidade de se garantir os direitos de cada indivíduo sob a tutela do Estado, conforme veremos.

141 Disponível em https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen

142 Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros

2.1. DESRESPEITO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Ora, se a dignidade da pessoa humana deve reger todo o sistema de justiça criminal brasileiro, e deve ser considerada a base dos demais princípios da execução penal, o que presenciamos hoje nas unidades prisionais é a mais nítida ilegalidade perpetrada pelo poder público, com aval do judiciário.

O estudo feito a partir de visitas ordinárias realizadas por membros do Ministério Público de todos o país, aponta que falta assistência médica em 30,41% das unidades prisionais brasileiras. Não há possibilidade de que o indivíduo preso procure atendimento médico por conta própria, o Estado tem a obrigação legal de garantir o direito à saúde aos seus tutelados, mas se abstém do cumprimento de seu dever, colocando em risco a vida dessas pessoas.

Com relação ao direito a educação, que também é interesse social, visando a reinserção do preso na sociedade, de todas as unidades prisionais do país, 41,76% não possui assistência educacional. Apenas 28,81% das unidades dispõem de ensino profissionalizante; 52,98%, ensino para alfabetização; 55,82%, ensino fundamental, 40,17%, ensino médio; e 5,96%, oferta a assistência de ensino superior. Ora, se a maior mudança em termos de ressocialização virá da educação e reinserção dos presos no mercado de trabalho, já percebemos o porquê do crescente aumento da reincidência.

O trabalho do preso é garantido como direito, mas também é obrigatório conforme o artigo 39 inciso V da Lei de Execuções Penais. O exercício de atividade laboral é útil para ocupação do tempo do indivíduo, bem como para reforçar sua profissionalização, porém o Ministério Público constatou que apenas 14,69% dos homens e 26,05% das mulheres estão em trabalho interno, pois 65,13% das unidades prisionais não possuem oficinas de trabalho.

Fato de notório saber é que a integridade física e moral de pessoas presas é há tempos vilipendiada, desde a prisão pela polícia, que transporta presos algemados entre si, sem qualquer segurança no compartimento traseiro da viatura, passando pela exposição dos presos na imprensa, ferindo o direito à imagem e sofrendo frente as câmeras injúrias e ataques de programas sensacionalistas, até a vivência diária nas celas das unidades prisionais.

No segundo trimestre de 2019, 220 estabelecimentos prisionais registraram morte de detentos, e em 223 tiveram registros internos de lesão corporal praticados por servidores. Um alto número, ainda mais levando em conta que se trata de registros ocorridos em apenas três meses. Logo se vê que o poder público não garante a integridade física ou moral de seus presos, os quais sofrem violência direta dos servidores públicos, que representam o Estado na execução penal. Ainda, a isonomia no sistema penitenciário não existe. Presos jovens e idosos, primários e reincidentes, penas baixas e penas elevadas, cometimento de crimes violentos e crimes sem violência, todos estão sob o teto da mesma cela, não havendo classificação da população carcerária conforme determina a legislação.

Além de todo o exposto, situação grave é a transcendência dos efeitos da pena, que apesar de vedada, segue existindo nas unidades prisionais. Os familiares de pessoas presas passam por revista vexatória na maioria das unidades, pois apenas a minoria possui equipamento de scanner corporal. Homens, mulheres, crianças e idosos ficam nus, abaixam sobre espelhos na frente de agentes públicos, a fim de provar que não carregam algo ilícito dentro de seus corpos.

Citamos ainda o efeito da pena recaindo sobre os filhos de mulheres presas, com respaldo constitucional do artigo 5º inciso L afirmando que "serão asseguradas condições para que se possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação", e também da Lei de Execução Penal que traz em seu artigo 89 a criação de "creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.", demonstrando assim, que o punitivismo se sobrepõe aos interesse e bem estar da criança.

As citadas creches da forma estipulada em lei não foram implantadas nas unidades prisionais, e o que temos são bebês vivendo dentro da cela com sua mãe, e que na grande maioria são levadas por volta do primeiro ano de vida, o que contraria a recomendação da Organização Mundial de Saúde sobre aleitamento materno até os dois anos de idade ou mais, e gerando traumas na criança conforme diversos estudos na área de neurociências que demonstram o dano causado no menor quando este é separado da mãe.

Como resultado da insalubridade e descaso com saúde no sistema prisional, é possível mencionar a tuberculose, uma doença tratável e que

se tornou epidemia nas prisões. Segundo informações do Ministério da Saúde, no ano de 2018 foram diagnosticados 10 mil casos de tuberculose, demonstrando que a pessoa presa tem 35 vezes mais chances de contrair a doença. O médico infectologista Dirceu Greco afirma que:

> A superlotação é a condição ideal para qualquer agente biológico de transmissão aérea. A falta de insumos é outro fator: falta água e sabão para essas pessoas. E claro, faltam cuidados de saúde, atendimento de médicos, enfermeiros e equipe de assistência social.[143]

Salienta, ainda:

> É uma população que seria relativamente fácil de ser cuidada, pois está trancada, suas condições são conhecidas, sabe-se o que é preciso ser feito. Mas, na prática, nada é feito. Estão alijados em um local onde o setor público tem pouco interesse e o senso comum não se importa.

O sistema penitenciário brasileiro prepara o preso para permanecer encarcerado, não para sua reinserção no meio social. Nelson Hungria (1996) se manifesta sobre tal incoerência:

> Os estabelecimentos da atualidade não passam de monumentos de estupidez. Para reajustar homens à vida social invertem os processos lógicos de socialização; impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução moral para a vida livre do amanhã, induzem a um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar, ao invés de remodelar caracteres ao influxo de nobres e elevados motivos; aviltam e desfibram, ao invés de incutirem o espírito de hombridade, o sentimento de amor-próprio; pretendem, paradoxalmente, preparar para a liberdade mediante um sistema de cativeiro.

143 Em entrevista concedida à Agência Pública, disponível em: https://apublica.org/2020/03/em-alerta-por-coronavirus-prisoes-ja-enfrentam-epidemia-de-tuberculose/.

Enfim, infinitas páginas seriam necessárias para detalhamento da situação prisional no Brasil, e devido a todo o caos aqui citado, a situação foi levada à análise do Supremo Tribunal Federal.

2.2. ANÁLISE DO STF: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Em 2015 o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal, visando o reconhecimento de violação de direitos fundamentais da população carcerária. Em caráter liminar, o STF proferiu a seguinte ementa:

> SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. **Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional**. (ADPF 347 MC, Relator: Min MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, j. em 09/09/2015 – grifo nosso)

Desta forma, a maior corte do país confirma que a execução penal no Brasil viola a Constituição Federal, sendo ilegal a forma que as prisões são administradas. Porém, a legalidade é relativizada em nome da cultura do encarceramento, se permitindo a prisão ilegal e a manutenção da humilhação e retirada da dignidade humana das pessoas presas. O relator reconhece que:

> [...] a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida

> imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.[144]

Além disso, assegura que a responsabilidade pela atual situação carcerária é de responsabilidade dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário, e também advém de atos comissivos e omissivos da União, Estados e Distrito Federal. O poder público como um todo é responsável pelas violações contínuas e generalizadas de direitos fundamentais dos indivíduos privados de liberdade.

Para resolver o quadro da inconstitucionalidade, deve haver ações coordenadas de todos os poderes públicos da União, Estados e Distrito Federal. O Ministro Marco Aurélio afirma que o papel do STF é de retirar as autoridades públicas da inércia, provocar a formulação de novas políticas públicas, fomentar o debate político e social acerca do cárcere, buscando efetividade nas soluções propostas. Assim, observamos que, em que pese a constatação da ilegalidade das prisões brasileiras, a situação permanece a mesma, não havendo ações de melhoria ou solução para o descaso com a vida das pessoas sob tutela do Estado, e com o aval do judiciário, que apenas traça recomendações para que sejam aplicadas medidas alternativas à prisão, que legalmente deve ser a *ultima ratio*, porém tal condição não é seguida por juízes de primeira instancia e até pelos tribunais dos Estados, realidade que é demonstrada pelo fato de termos mais de 30% da população carcerária formada de presos provisórios.

O motivo da manutenção dessa realidade pode ser explicada pelo fenômeno a seguir exposto.

3. O PROCESSO DE REIFICAÇÃO

Muitos sociólogos escreveram sobre reificação, a exemplo de Karl Marx e Georg Lukács, mas foi Axel Honneth quem explicou o processo

144 A íntegra do documento pode ser acessado em: http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao sob o número 9371980

de reificação nas relações sociais cotidianas, sem o elemento econômico presente nos demais autores.

Em uma sociedade o homem aprende desde a mais tenra idade a identificar as pessoas como seus iguais, a enxergar os demais como sujeitos que possuem individualidade, personalidade própria e que são dotados de vontades, direitos e deveres. É o chamado reconhecimento, em que o homem reconhece o outro como seu semelhante e atribui a ele valor, sendo parte do processo de sociabilidade. Reconhecimento é a percepção do outro como sujeito, igual a si mesmo. Honneth (2018) afirma que, quando há o esquecimento do reconhecimento ocorre a reificação, e o homem passa a ver o outro como coisa, objeto, e não como um semelhante.

Na sociedade brasileira, temos vários fatores que incentivam a objetificação das pessoas presas, os discursos políticos punitivistas, que usam a insegurança como meio de angariar votos, estimulam a ideia de que aqueles indivíduos devem ser excluídos da sociedade, devem sofrer e ter uma pena nos moldes que se assemelham a vingança e não a justiça. Não se debate prevenção ou ressocialização, mas o debate quanto ao aumento de pena, criminalização de condutas, redução da maioridade penal e cumprimento de pena mais rígido estão sempre presentes nos discursos políticos.

A mídia também tem poder tem influência no pensamento da população, e quando se trata de segurança pública há uma gama enorme de programas que apresentam as notícias de forma sensacionalista. Ao tratar do tema "Mídia e Crime", Marcos Rolim (2006) explica:

> O sensacionalismo é um termo que denota a tentativa de submeter a percepção do público às "sensações", à realidade sensível, garantindo-se, assim, o excitamento funcional à venda de notícia"

O sensacionalismo das notícias demonstra que a mídia usa da tática de amedrontar a população, gerando um sentimento de insegurança, para que se venda mais notícias. E faz parte desse método a exposição do indivíduo violador da lei, de forma a apresentá-lo não como um ser humano que cometeu um ato ilícito, mas como um ser não humano, com características de monstruosidade fazendo com que o ato cometido se confunda com a própria pessoa que o cometeu.

Até mesmo o judiciário, ao aplicar penas desproporcionais, conceder prisões preventivas sem os fundamentos legais, contribuindo com a superlotação, demonstra que os juízes também têm a visão do preso como um objeto a ser descartado da sociedade. Não há vagas no sistema prisional, mas diariamente milhares de pessoas são encaminhadas às unidades prisionais. Não se faz isso em hospitais, em uma escola, por exemplo, não se interna ou matrícula pessoas acima da disponibilidade, mas presos são sempre acumulados como coisas, independente se não há colchões ou espaço, ainda que tenham que revezar o horário de dormir porque o tamanho da cela não permite que todos se deitem (nem mesmo no chão) ao mesmo tempo.

O estado de coisas inconstitucional foi declarado, porém é perpetuado com o aval do judiciário. A legalidade é relativizada todos os dias pelos tribunais de justiça que deveriam garantir a integridade dos cidadãos sem distinção conforme o mandamento constitucional. E por que isso acontece? Porque se perdeu o reconhecimento para com a pessoa presa, não são vistos como iguais, mas seres inferiores e que devem ser rejeitados.

4. A NOVA FACE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi formulada pelo penalista alemão Gunther Jakobs, o qual afirma que as pessoas consideradas inimigas da sociedade não devem ter os mesmos direitos e garantias que as pessoas consideradas cidadãos, ocorrendo uma despersonificação daqueles indivíduos considerados perigosos na sociedade. Resumidamente, podemos dizer que há uma exacerbação do poder punitivo estatal, retirando-se a igualdade entre os indivíduos, com a retirada de direitos de garantias processuais, antecipação da punição, desproporcionalidade das penas e criação de leis mais severas àqueles considerados inimigos. O inimigo seriam as pessoas que não se submetem ao Estado, violando suas normas nas formas mais graves.

Com base nos princípios e garantias contidos na Constituição Federal, os quais já detalhamos inicialmente, é possível afirmar que a aplicação do Direito Penal do Inimigo é vedada, sendo notória sua inconstitucionalidade. Porém, o percebemos diariamente de uma forma velada, e chancelada pelo judiciário com o apoio da população, justamente pela ocorrência do processo de reificação, a ausência de reconhecimento que faz com que

quem comete crimes seja visto como uma coisa, que deve ser anulado como pessoa e excluído da sociedade.

Atualmente, a política criminal tem se pautado no chamado populismo penal, que é o discurso punitivista que tem como base a supervalorização do crime de forma a fundamentar o aumento de penas, a criminalização de condutas, a rigidez no cumprimento da pena imposta, bem como a rejeição social do preso e do egresso e o encarceramento massivo.

Busca-se o apoio popular na implementação dessas medidas, usando o medo e insegurança como forma de conquistar a opinião pública, com promessas de que haverá uma solução mágica e definitiva ao problema da criminalidade. Dessa forma, há cada vez mais o anseio popular por penas desproporcionais e até mesmo inconstitucionais, havendo até mesmo um sentimento sádico na sociedade que se satisfaz e incentiva o tratamento cruel dado às pessoas que se encontram em privação de liberdade.

Como demonstramos acima, a situação das unidades prisionais no Brasil é desumana, e a aceitação de que pessoas permaneçam naquelas condições advém da visão de que aqueles que lá estão não são pessoas, não são seres humanos semelhantes aos demais, são apenas inimigos que não merecem ser protegidos pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. E como afirma Giovani Saavedra (2008):

> O problema aqui, é que, uma vez permitida a utilização pela política criminal e pelo Estado da diferença entre "humano" e "não humano" como formas de definição de "seres humanos", não se pode mais determinar limites normativos à ação do Estado, à ação da polícia e ao alcance da política criminal.

A aceitação da ideia de inimigo é perigosíssima, porque os atores da justiça criminal não se preocupam em usar meios legítimos para se atingir uma condenação e encarceramento permanente, como vemos atualmente. Apesar de flagrantemente contrário às normas constitucionais, bem como ao conjunto de regras internacionais de proteção aos direitos humanos, o conceito de inimigo é aplicado no Brasil, notadamente na execução penal.

A falta de acesso a saúde, educação e até mesmo saneamento básico, demonstra a indiferença existente para com o cidadão que descumpriu a lei penal e se encontra sob tutela do Estado, a população apoia, o Ministé-

rio público permanece inerte, e o judiciário segue fomentando a crueldade das prisões, movido por uma parcialidade, em que o sentimento pessoal de amor ao castigo se sobrepõe à legislação, aos princípios e garantias fundamentais do ser humano.

A prisão preventiva foi banalizada, havendo um adiantamento da punibilidade, atualmente, tem-se que por volta de 30% da população prisional são de presos provisórios, pessoas que não tiveram sua culpa comprovada, e ainda assim, sofrem em um ambiente insalubre, inadequado para acondicionar seres humanos. Ainda, o judiciário brasileiro não trata a prisão como *ultima ratio,* visto que o decreto prisional apenas deveria ser expedido, após análise quanto ao cabimento de medidas cautelares, o que não ocorre de rotina nas decisões judiciais.

O que vemos é o aumento do número de pessoas presas, o recrudescimento das leis, diversos projetos de lei com a pretensão de extinguir direitos e garantias, aumento no tempo de cumprimento de pena, redução de maioridade penal e nenhum empenho em reestruturação das prisões. Exatamente como expõe Luis Carlos Valois (2019), toda prisão no Brasil é ilegal, pois o cumprimento da pena de prisão nada apresenta das determinações contidas na Constituição Federal e Lei de Execução Penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do estudo apresentado, é possível afirmar que há enorme discrepância entre a prisão ideal e legal, contida na Constituição Federal, Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais, e aquela existentes em todo o país. O cumprimento da pena privativa no Brasil é totalmente contrário às disposições legais, conforme já declarado pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, mesmo diante da ilegalidade das prisões, a situação é mantida pelo governo, pelo judiciário, e ostenta aparência de normalidade perante a população. O fenômeno que explica essa postura, como vimos, é a perda do reconhecimento, que se traduz na reificação.

A capacidade de sofrer com o sofrimento alheio é capacidade humana normal, porque nos reconhecemos mutuamente como membros da mesma raça. Para aceitar a situação exposta é preciso perder a capacidade de percepção o sofrimento do outro, esquecer o modo do reconhecimento típico das relações normais entre seres humanos.

A reificação de seres humanos para fins políticos é compreendida como uma das formas mais perversas e perniciosas do esquecimento do reconhecimento, pois tem-se a aceitação da ideia de que seres humanos poderão ser tratados como coisas, poderão ser reificados e, portanto, instrumentalizados para fins políticos de proteção da segurança e da ordem.

Saavedra (2008) explica que outra forma que esquecer o modo do reconhecimento é a criação da figura do inimigo. Sendo este visto como "não humano", tratando-se de um ser inferior que não faz jus aos direitos e garantias dos demais cidadãos. Desta forma, a decisão de se estar ou não perante violação da dignidade da pessoa humana, passa a ser entendida como política criminal, sendo exatamente o que presenciamos atualmente no cenário brasileiro.

Com as explanações apresentadas, é nítida a relação entre os conceitos de reificação e Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que a falta de reconhecimento impulsiona a defesa de tal teoria. A reificação explica o porquê nossa sociedade enxerga como normal a situação das unidades prisionais. Assim, ao se estudar a realidade do sistema prisional e a manutenção voluntária da situação pelo Estado brasileiro, podemos afirmar que há a aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil, de forma velada, qual seja, não explícita, na execução penal, com ilegalidades violações permanentes de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/ id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Decreto Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569703/codigo_de_processo_penal_3ed.pdf. Acesso em: 15 jan. de 2021.

_____. Lei de Execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. In: **Coletânea Básica Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/

id/554633/coletanea_basica_penal_9ed.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 15 jan. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Reqte: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo: União e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Pub. 9 set. 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em 20 jan. 2021.

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público**. Sistema Prisional em números**. Brasília, DF: 2019. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros. Acesso em: 20 fev. 2021.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, DF: 2020. Disponível em https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen. Acesso em: 15 fev. 2021.

HONNETH. Axel. **Reificação: um estudo de teoria de reconhecimento.** Tradução: Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: **policiamento e segurança pública no século XXI**. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

SAAVEDRA, Giovanni. **Segurança vs. dignidade – o problema da tortura revisitado pela criminologia do reconhecimento**. Veritas, Porto Alegre, vol 53, n. 2, abr/jun 2008. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/4460/3370 Acesso em: 15 mar. 2021.

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

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA HUMANIDADE DAS PENAS

Augusto Martinez Perez Filho[145]
Camilla Gomes de Oliveira Tavares Martins[146]
Gabriel de Faria Cussolim[147]

INTRODUÇÃO

Em tempos de sociedade da informação, o acesso ao conhecimento e a interação social ganharam contornos próprios através de buscadores e redes sociais que conectaram pessoas, ao mesmo tempo em que disseminaram informações, por vezes inverídicas, de modo a influenciar nos rumos políticos de nações. Assim, proveniente desta sociedade digital, a liberdade de expressão restou amplificada a partir do acesso livre a plataformas multimídias, da mesma forma, a vida tornou-se, em grande medida, virtual. Paralelamente, a maior exposição ao meio digital é capaz de reduzir a privacidade do indivíduo de modo que, no campo do Direito,

---

145 Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP; mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP; master of Laws – LLM pela Brigham Young University (EUA; professor Universitário da Universidade de Araraquara – UNIARA e da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP; advogado.

146 Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP; mobilidade Internacional junto à Universidade de Coimbra – PT.

147 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP; mobilidade Internacional junto à Universidade do Porto – PT.

intensificou-se o tensionamento existente entre o direito à informação, à liberdade de expressão e o direito à proteção da intimidade.

Posto isto, o direito ao esquecimento representa o *status* da não disponibilização ao publico em geral de fatos pretéritos ocorridos na vida do indivíduo, como sendo uma forma de zelar pela dignidade da pessoa, tendo em vista que, em muitos casos, a exposição destes fatos ocasiona grave dano ao indivíduo, dano este que se eleva, principalmente quando o indivíduo já figurou no polo passivo em processos penais. Assim, deve-se ter a preocupação em conferir a "segunda chance" às pessoas, e também repelir a ideia de uma perpetuação "eterna" da pena, à luz do princípio da humanização das sanções estatais. O direito se apresenta também como um meio de proteger a privacidade de informações e dados pessoais de usuários.

Acerca desta matéria, a Suprema Corte brasileira se posicionou recentemente, o que gerou amplo debate. Não obstante, a polêmica permaneceu, uma vez que em certa medida o entendimento da Corte em certa medida contrasta com decisões proferidas em outros países. Teria a Corte respeitado o disposto no princípio da humanidade das penas, expressamente previsto no texto constitucional pátrio?

Diante de um aparente conflito de valores juridicamente protegidos, demonstra-se a necessidade da realização de uma reflexão crítica sobre o tema, de modo a contribuir para o debate e entendimento exarado pelo Pretório Excelso.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito de ser esquecido possui caráter dúplice, quais sejam, o direito ao esquecimento propriamente dito (*right of oblivion*) e do direito ao apagamento (*right of erasure*), mais relacionado aos dados pessoais (BELAY, 2016, p. 33). Outras nomenclaturas são igualmente utilizadas, como o *derecho al olvido* ou *the right to be let alone* (CORTÉS, 2016, p. 3).

O ordenamento jurídico brasileiro tem previsões relacionadas ao direito ao esquecimento – *lato sensu*, de modo a abarcar o direito ao apagamento – na medida em que a proteção de informações pessoais e o sigilo de dados, tais como o estabelecido no artigo 6º, inciso III da Lei nº 12.527/2011. Este prevê a obrigação dos órgãos públicos assegurar a pro-

teção de informação sigilosa e informação pessoal, devendo ser observada sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso. Da mesma forma, o artigo 24, § 1º, do referido diploma estabelece prazo máximo para restrição de acesso a certas informações relacionadas a assuntos estratégicos do Estado brasileiro, como por exemplo, 25 anos para documentos ultrassecretos (BRASIL, 2011). A doutrina também já se posicionou favoravelmente ao direito em questão, conforme Enunciado 531 da IV Jornada de Direito Civil, cuja dicção aduz: "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento" (CJF, 2013).

A limitação do acesso a certos tipos de informação decorre do potencial de dano que uma eventual obtenção poderia ensejar a seu titular. Em relação a assuntos estratégicos do Estado, há inquestionável necessidade. Por outro lado, *mutatis mutandis*, há de se realçar que a dignidade da pessoa humana poderá, em certas situações, demandar proteção semelhante. Assim, a Lei nº 13.709/2018, que versa sobre a proteção de dados, tem o intuito de proteger os dados pessoais e o seu tratamento, elenca no seu artigo 2º, dentre seus fundamentos, o direito à privacidade e a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem. Tal diploma legal possibilitou também que o titular dos dados pessoais, mediante requisição ao controlador, possa requerer o seu bloqueio ou eliminação (BRASIL, 2018). Todavia, não se enfrentou especificamente o direito ao esquecimento. Coube ao Poder Judiciário posicionar-se a respeito do tema, durante o julgamento do Recurso Extraordinário envolvendo. (BRASIL, STF, 2021).

2. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ) já havia reconhecido o direito ao esquecimento, ressalvado as particularidades do caso concreto. Observa-se, assim, o julgamento relacionado à "Chacina da Candelária" (BRASIL, STJ, 2013), que firmou o entendimento de que indivíduos que tenham sido condenados possuam o direito de "serem esquecidos", uma vez que a própria legislação pátria confere aos que já cumpriram a pena, o direito ao sigilo em folha de antecedentes; quanto mais aos absolvidos, como era o caso do recorrente, que teve seu nome exposto em rede nacional em programa televisivo que reacendeu o debate, causando grandes

transtornos junto à sua comunidade. Em outra ocasião, o STJ entendeu que o direito ao esquecimento não alcançaria acontecimentos de domínio público, tais como crimes tidos por "históricos", sob pena de tornar impraticável a atividade da imprensa. (BRASIL, STJ, 2013).

O entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) foi diametralmente oposto, de modo a concluir pela incompatibilidade do direito ao esquecimento ao texto constitucional (BRASIL, STF, 2021).

Ademais, esta questão foi enfrentada por tribunais estrangeiros, sendo imperioso trazer para debate o julgamento do caso "Mario Costeja González vs. Google Spain", que ganhou notoriedade no ano de 2010, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia deliberou sobre a causa, que se iniciou em 1998, quando os resultados provenientes da busca pelo nome completo de González na rede de pesquisas do Google na Espanha eram duas reportagens do jornal eletrônico *La Vanguardia,* sobre a venda de um imóvel pertencente à ele em hasta pública para pagamento de seus débitos com a seguridade social espanhola, entretanto, a informação estava desatualizada, pois a dívida já havia sido paga, e inverídica, uma vez que não houve qualquer venda de imóvel.

Como no ano de 2009, as notícias ainda constavam no site, González realizou solicitação ao jornal e, posteriormente, ao Google Spain, para ter seus dados pessoais retirados, o que lhe foi negado, fazendo-o ingressar com uma reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados – AEPD, que analisou o caso e decidiu que a empresa jornalística não estava quebrando nenhuma regra ao realizar a publicação, tendo em vista que estava apenas seguindo ordens do Ministério do Trabalho e Seguridade Social. Entretanto, em relação ao Google, determinou que a empresa deveria retirar os dados pessoais de González dos seus mecanismos de pesquisa, em razão da sua obrigação em seguir a legislação em vigor.

Irresignada, a plataforma de consultas *on-line* recorreu e, em julgamento, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE, estabeleceu que todo cidadão europeu pode realizar pedido para retirada de seus dados pessoais em listagens de ferramentas de buscas, por mais que sejam verídicos e lícitos, já que após um intervalo de tempo, aquela informação pode se converter em inoportuna e inconveniente para aquele que está vinculado. O motivo dessa resolução foi o entendimento de que os direitos à proteção de dados pessoais e à vida privada, garantidos pelo Regulamento

Geral da Proteção de Dados, aplicável desde maio de 2018 na União Europeia, tem peso maior do que o acesso comum a esse material e as vantagens financeiras e econômicas das empresas de tratamento de dados em deixá-los acessíveis abertamente (MENEZES, 2017).

Existem outros casos estrangeiros relacionados ao direito ao esquecimento que também são muito conhecidos, como "Lebach" na Alemanha, relativo a fatos ocorridos em 1973, quando um condenado por participação no crime de homicídio, ocorrido quatro anos antes, teve seu pedido acatado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, de proibir a publicação de um documentário de televisão sobre o crime, já que o mesmo estava entrando em liberdade condicional, o que foi compreendido pela corte, que decidiu que o homem já havia completado sua pena e a divulgação televisiva seria apenas mais uma forma de puni-lo, bem como, em razão do tempo passado desde o crime, o acontecido já não fazia mais parte de interesse da população com a mesma intensidade (SARLET, 2015).

Outro caso interessante é a "Decisão 15.549", julgado em 6 jan. 1995, pelo Tribunal Holandês, que tratou sobre o caso de três artigos publicados em jornal, que insinuavam que "V." teria sido autor do assassinato de um judeu durante a Segunda Guerra Mundial, entretanto, o mesmo já havia sido absolvido do crime em 1944 e, sendo dois anos depois consideradas como "atos de resistência". (BRASIL, STF, 2018, p. 23).

A Suprema Corte holandesa entendeu não se tratava de uma questão de imagem do autor, mas sim do seu direito de ser "deixado em paz" e não ser condenado "duplamente", diante de todas as agruras inerentes ao processo penal e, posteriormente, pela divulgação das notícias. Dessa forma, compreendeu que a mídia possui responsabilidade social quanto à gestão, o processamento e a disseminação das informações divulgadas, tendo garantido o direito de imprensa, contanto que não ultrapassasse os limites da vida privada do indivíduo, pois é indispensável que haja sensibilidade do setor midiático com a divulgação de informações.

Outro caso relevante é a decisão de 1983 do Tribunal de última instância de Paris, mencionada por François Ost, e que compreendeu o assunto da seguinte forma:

> [...] visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclu-

> sive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela. (OST, 2005, p. 161).

Ao enfrentar o tema, o Supremo Tribunal Federal, debruçou-se sobre o caso Aída Curi (RE 1.010.606/RJ), que já havia sido anteriormente julgada pelo STJ, ocasião em que – conforme já dito – entendeu-se que aos crimes de repercussão histórica se aplicava o direito ao esquecimento. O relator e Ministro Dias Toffoli, em seu voto, declarou que os crimes tão graves como os feminicídios ocorridos pelo Brasil, "não podem e nem devem ser esquecidos", enquanto a ministra Carmen Lúcia mencionou que "discutir e julgar o esquecimento como direito fundamental parece um desaforo jurídico para minha geração" (BRASIL, STF, 2021).

O voto divergente foi o do ministro Edson Fachin, que entendeu possível a aplicação do direito ao esquecimento, contanto que houvesse uma análise individual das demandas propostas, mas não o reconheceu para o caso concreto sendo discutido. Dessa forma, a referida decisão da Corte Suprema, considerada como repercussão geral, tornou-se orientação jurisprudencial para quaisquer ações similares que forem propostas nos diversos tribunais do país.

3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA HUMANIDADE DAS PENAS

O direito ao esquecimento acolhe uma gama de outros direitos singulares dentro de si, como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, além do seu principal fundamento, a dignidade humana, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Desse modo, a dignidade humana deve ser utilizada como forma de orientação diante das questões apresentadas ao Judiciário, não importando em qual esfera, sendo penal ou cível, de forma que a pessoa física que faça parte daquele processo seja devidamente tratada como ser humano, ou seja, como ser digno de respeito e que tenha o direito de ser protegido pelo Estado, em qualquer situação.

Trata-se, portanto, do nível de tolerância a ser aplicado na interpretação dos casos concretos, sempre visando o bem-estar dos envolvidos e protegendo seus direitos e a sua dignidade. Tais direitos estão previstos

no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, e entram em conflito com outro direito fundamental, que é o da liberdade de expressão.

O direito à liberdade de expressão assegura o direito do cidadão de manifestar seus pensamentos, não havendo qualquer tipo de controle ou censura prévia, de modo a possibilitar a exteriorização da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

A divulgação de ideias não tem liberdade absoluta, ou seja, deve respeitar os limites estabelecidos pelos outros direitos também previstos constitucionalmente, de forma que, havendo conflito entre eles, é necessário ocorrer uma reflexão para não estabelecer posição de superioridade entre um e outro, já que o exercício de todos é garantido pela Constituição.

Correlacionada a isto, está a liberdade de imprensa, que se determina por meio da verdade, já que existe a grande responsabilidade dos meios midiáticos em difundir apenas informações verdadeiras, principalmente, considerando a sua captação da atenção do público, que confia na veracidade das notícias sendo transmitidas. "A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito" (MORAES, 2008, p. 52).

É possível aplicar tal compreensão ao caso julgado pelo Supremo, pois se trata de um drama familiar trágico, que encaixa perfeitamente na descrição acima mencionada, que anos após o seu acontecimento, já não teria mais qualquer sinal de finalidade ao público ou caráter jornalístico para ser novamente divulgado. Tal propagação apenas incita maior dor para a família da vítima, que já teve que sofrer com o ato de violência em si, ocorrido anos atrás, e demorou tanto para se "curar", para a mídia vir abrir a ferida novamente, com a alegação de finalidade jornalística e exibição da matéria sem o consentimento dos familiares.

Esse tipo de invasão ao âmbito familiar, que eternamente se encontrará em processo de recuperação pela tragédia ocorrida, não pode ser justificado, tendo em vista a função social da vivência familiar, que deve ser respeitada, longe de restrições e intromissões, como declara Antônio Magalhães Filho (1997, p. 128):

> As intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em

> relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões.

Os direitos fundamentais possuem como característica o fato de não serem absolutos, podendo, portanto, relativizar a sua incidência a partir da técnica de ponderação de valores, de modo que, por meio dessa reflexão, seja possível chegar o mais próximo de uma adequada aplicação dos valores aparentemente conflitantes ao caso concreto, encontrando a solução mais satisfatória para o problema enfrentado. Assim, não pode ocorrer nenhum tipo de hierarquia entre os direitos fundamentais, de forma que um não pode se sobrepor a outro, situação que seria conflitante ao Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal brasileira.

Obviamente, não se excluem dessa análise as normas constitucionais que possuem proteção especial, como as cláusulas pétreas, mas é interessante reconhecer que os direitos fundamentais compartilham dessa tutela constitucional.

Em estudo acerca do tema, Coitinho e Coitinho (2017, p. 117) concluíram que a ponderação é, de fato, a medida mais apropriada para resolução desse problema, já que "a) confere a ambos a estatura constitucional devida; b) rejeita o formalismo na interpretação jurídica, adotando em seu lugar uma teoria argumentativa mais densa; e c) reconhece a complexidade e unidade do Direito, tornando a Constituição uma força ativa".

Ainda, Sarlet (1998, p. 401) entende que as hipóteses de colisão entre os direitos fundamentais de diversos titulares devem ser abordadas "buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um". Nesse sentido, surge a importante necessidade de uma intervenção completamente consciente do Judiciário e sua ampla responsabilidade diante do tema, visto que sua decisão terá efetiva e permanente repercussão na interpretação jurídica das normas constitucionais e dos conflitos provenientes de eventual divergência entre elas, como é o caso do direito ao esquecimento.

Além disso, não existe qualquer justificativa admissível para uma regulação que sobreponha um direito fundamental acima de outro, como aborda Barroso (2004, p. 28), ao esclarecer que:

> [...] uma lei que pretenda arbitrar uma colisão de direitos fundamentais de forma rígida e abstrata enfrentará dois óbices principais e interligados – a unidade da Constituição e a ausência de hierarquia entre os direitos, que levam à mesma consequência: a ausência de fundamento de validade para a preferência atribuída a um direito em detrimento de outro em caráter geral e permanente.

É de se realçar, portanto, a importância do princípio constitucional da humanidade das penas, como característica do Estado Democrático de Direito, ao garantir a todos os transgressores da lei, um tratamento humano durante a sua punição.

A pena tem suas principais finalidades, sendo elas, a sanção pelo crime cometido, que não deve passar em vão, mas também a prevenção da prática de novas infrações penais. Há, entretanto, diversas limitações para a aplicação dessas penas, que são estabelecidas em leis e tratados internacionais, relacionados aos Direitos Humanos, garantidos a todos os cidadãos, proibindo-se a agressão física ou emocional ao preso, protegendo-o de qualquer tipo de abuso.

O objetivo é não lesionar o princípio basilar constitucionalmente previsto da dignidade humana, tratado anteriormente no estudo, de forma que o mesmo seja devidamente respeitado e, para garantir isso, a responsabilidade de execução da pena é do Estado, que deve desempenhá-la de acordo com a sua respectiva legislação.

Nesse diapasão, Beccaria (1764, p. 92) enuncia acerca da dificuldade em se instituir o equilíbrio que deve existir entre os delitos e as penas ao declarar que "embora uma crueldade industriosa tenha multiplicado as espécies de tormentos, nenhum suplício pode ultrapassar o último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e a organização do corpo do homem". Compreende-se, entretanto, que tal idealização de um sistema penal tão eficiente e humanizado em um país tão socialmente desproporcional pode é quase uma utopia de tão incoerente com a realidade

brasileira, tendo em vista que a reinserção do preso na sociedade torna-se praticamente inviável, dada a falta de oportunidades para o mesmo.

Assim, quando sua condenação chega ao fim, o mesmo continua envolto pelo estigma social imposto à figura daquele que já cumpriu a pena privativa de liberdade, mesmo que não tenha sido condenado pela prática de crime violento, o que prejudica de diversas formas a sua readaptação à vida em sociedade, dificultando-lhe em diversos âmbitos, inclusive no profissional, visto que boa parte da população fica insegura em contratar alguém que já foi preso, o que reduz suas oportunidades. Esses obstáculos trazem inúmeros transtornos psicológicos e emocionais a pessoa condenada, muitas vezes, a levando de volta para a vida criminal e causando-lhe frustações (OLIVEIRA, 2014, p. 228).

O princípio da humanidade das penas tem grande relação com o direito ao esquecimento, visto que o condenado por um crime, mesmo após cumprir a sua pena e ser reinserido na sociedade, continua sendo constantemente relembrado do fato ocorrido, o que como exposto anteriormente, prejudica a sua ressocialização.

Fixada esta premissa, é certo dizer que seu retorno à sociedade é extremamente importante e só consegue se realizar através de um processo de humanização do preso, utilizando-se de todos os mecanismos disponíveis para isto, a fim de prepará-lo e torná-lo socialmente responsável. Nesse sentido, resume muito bem o pensamento de Assumpção (2010):

> Essa ação de ressocialização não pode, entretanto, se desenvolver senão por meio de uma humanização, sempre crescente, do novo direito penal que deverá fazer apelo a todos os recursos do indivíduo; buscará torná-lo confiante em si mesmo e restituir-lhe o sentimento de responsabilidade pessoal, ou, mais precisamente, talvez, de responsabilidade social, bem como senso dos valores humanos (ASSUMPÇÃO, 2010, p. 9).

Essa frequente recordação do crime, principalmente com as mídias sociais tão ativas atualmente, obsta a vida daquele que já foi preso, que goze de sua liberdade, tem a sensação de ainda estar privado, tendo em vista que fica impedido de seguir com a sua vida em condições normais, as quais deveriam ser garantidas a ele.

A aplicação desse princípio, por meio do emprego do direito ao esquecimento, não deve ser compreendida como um abrandamento da penalização do criminoso ou uma forma de impunidade ao mesmo, mas sim do cumprimento de seu direito legalmente previsto e do objetivo da aplicação de sua pena, devidamente empregada pelo Estado, que deve atingir sua meta de recuperar o criminoso e readaptá-lo ao convívio social.

O próprio Código de Processo Penal prevê a dispensa da menção das condenações anteriores do ex-condenado, prezando pela sua reabilitação, salvo através da requisição judicial em processos criminais.

Noutra perspectiva, remete ao esquecimento jurídico no âmbito penal é a própria prescrição, quando o Estado perde o seu poder-dever de punir (*jus puniendi*) por conta do transcurso do tempo previsto em lei para exercício dessa pretensão punitiva, o que acaba por gerar a extinção da punibilidade do condenado e, assim, de certo modo "esquece" sua penalização. Portanto, faz-se a conexão do princípio constitucional da humanidade das penas com o direito ao esquecimento, com o intuito de demonstrar a sua aplicabilidade como forma de garantir a efetiva observância do referido princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a facilidade de se encontrar informações pessoais na Internet, o direito ao esquecimento, isto é, de ter os seus dados removidos das páginas de buscadores, é uma forma de proteção à dignidade humana dos usuários da rede e dos cidadãos em geral, que podem ter sua honra comprometida com a exposição de seus dados pessoais e de notícias a seu respeito, sem qualquer forma de filtrar essas informações, realizar a verificação de sua veracidade ou estabelecer um limite de tempo para ficarem disponíveis, de maneira que possuem livre e desmedida circulação em um ambiente sem regras. Com isso, nasce a necessidade de intervenção do Estado para estipular limites a essa exposição e analisar as demandas surgidas, o que tem sido feito por meio do processo legislativo, ainda que de forma indireta, visto que não existe disposição específica em lei.

Quanto à responsabilidade de apreciar os casos concretos, cabe ao Judiciário realizar esta tarefa, o que tem gerado inúmeras discussões no

cenário jurídico, além dos entendimentos dos tribunais superiores se encontrarem em discordância. Assim, a decisão da Suprema Corte brasileira se revela incompatível com a experiência internacional estudada, que sustenta a viabilidade do direito ao esquecimento, considerando-o essencial em seus julgados, tendo em vista que a sua ausência resulta na transgressão de direitos fundamentais.

É necessário observar os princípios, garantias e direitos constitucionalmente previstos, e que entram em discussão ao abordar a possível exequibilidade do direito ao esquecimento, como o direito à honra, a imagem, a intimidade e a vida privada, além da liberdade de expressão e de imprensa, mas, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, ao ocorrer a colisão entre normas constitucionais, pelo fato de os direitos fundamentais não serem absolutos, torna-se necessária a adoção da técnica da ponderação de interesses pelo Judiciário, a fim de se encontrar a resposta mais adequada para a situação, que deve ser analisada individualmente. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal poderia estabelecer balizas que pudessem compatibilizar o direito à informação com maior proteção à dignidade da pessoa humana.

Ademais, o princípio constitucional da humanidade das penas deve ser profundamente considerado quanto ao direito ao esquecimento, ao passo que a recordação frequente pela mídia do crime cometido apresenta apenas consequências negativas para o condenado e a sua readaptação na sociedade, visto que, mesmo já tendo cumprido sua pena, continua sofrendo penalizações recorrentes, o que o impede de seguir em frente com a sua vida.

Assim, ao final deste estudo, compreende-se que o direito ao esquecimento tem sua pertinente aplicabilidade, como demonstrado pela jurisprudência internacional, e não possui o papel de cercear a liberdade de expressão e de imprensa. Tampouco deve ser considerado como uma espécie de censura, mas, sim, de um direito humano que exige respeito, dado que o indivíduo tem direito à proteção de sua imagem, identidade, intimidade e inviolabilidade de informações pessoais, que merece ser resguardado pelo Estado, o qual está lidando com vidas, e não com o mero tratamento de dados de Internet ou publicações midiáticas.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. **A humanidade das penas e a dignidade da pessoa humana em perspectiva da fuga de preso**. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 1, p. 63-79, abr. 2010. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/7568/6653. Acesso em: 30 mar. 2021.

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: R. Dir. Adm., 235: 1-36. Rio de Janeiro: 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 24 mar. 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas** – 2 ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BELAY, Raquel. O direito ao esquecimento e o regulamento geral sobre a proteção de dados: entre garantias e ameaça à liberdade de expressão. **Revista do Programa de Direito da União Europeia.** Rio de Janeiro, v. 6, p. 49-66, 2 dez. 2016. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68238/65864. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Lei de Acesso a Informação**, [*S. l.*], 18 nov. 2011.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). [*S. l.*], 14 ago. 2018.

_____. Senado Federal. **Constituição Federal**. [*S. l.*: *s. n.*]. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.334.097. **Diário Oficial da União**. Brasília/DF, 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.335.153. **Diário Oficial da União**. Brasília/DF, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Boletim de Jurisprudência Internacional – Direito ao Esquecimento**, Volume 5. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI5_DIREITOAOESQUECIMENTO.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 1.010.606/RJ. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2021.

COITINHO, Jair Pereira; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. Direito ao esquecimento na tensão entre privacidade e informação: análise e solução à luz do direito civil-constitucional. **Revista Paradigma**, a. XXII, v. 26., n. 1., p. 103-123. Ribeirão Preto: 2017. Disponível em: https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/831/pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Enunciado 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil** [*S. l.*], 2013..

CORTÉS, Carlos. Derecho al olvido: Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital. **Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acesso a la Información**, Palermo, 12 dez. 2016. Disponível em: https://www.palermo.edu/cele/cele/pdf/DerechoalolvidoiLEI.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENEZES, Victor Hugo T. **1 O Caso Google Spain vs. Mário Costeja González.** 2017. Disponível em: https://victorhugotmenezes.

jusbrasil.com.br/artigos/441755309/1-o-caso-google-spain-vs-mario-costeja-gonzalez. Acesso em: 25 mar. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis.** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/publico/MarciadeFreitasOliveiraOprincipiodahumanidade.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

OST, François. **O tempo do direito.** Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=-t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjIiKunrtnvAhVoKLkGHZUfCsQQFjAKegQIFBAD&url=https%3A%-2F%2Fonline.unisc.br%2Facadnet%2Fanais%2Findex.php%2Fsidspp%2Farticle%2Fdownload%2F13227%2F2271&usg=AOvVaw1IxZRgbfAHy6ejdlgm3151. Acesso em: 25 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados.** 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez. Acesso em: 25 mar. 2021.

VISÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS - VOL. 1

Aline Ouriques Freire Fernandes,
Ana Keuly Luz Bezerra, Carolina Bessa Ferreira de Oliveira,
Thaís Dalla Corte (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2021