VISÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

(VOL. 2)

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. 2)

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. 2; 786 p.

ISBN 978-65-89891-10-9

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

ARTIGOS.....17

O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO E A CARÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS ÀS MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL.....19
Pablo Martins Bernardi Coelho
César Augusto Zacheo

HISTÓRIA E CONTEMPORANEIDADE DA MIGRAÇÃO NO REINO UNIDO: CRÍTICAS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....38
Larissa Imperico

AS GARANTIAS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS OBREIROS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E NA CONVENÇÃO 95 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE SUA OBSERVÂNCIA NO ÂMBITO DO LABOR INTERMITENTE.....53
Pedro Júnior dos Santos Sá

O NAZISMO COMO "PANO DE FUNDO" DO FILME *A MENINA QUE ROUBAVA LIVROS* À LUZ DA REFLEXÃO ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS.....69
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO LIMITE À LIBERDADE CONTRATUAL.....80
Marina Cavalli Ribeiro da Silva
Luciana Lopes Canavez

ATIVISMO JUDICIAL: O IMPACTO DO EFEITO BACKLASH NA REGULAMENTAÇÃO DE PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO.....94
Maria Joaquina de Araújo Silva
Luana Neves Silva

ERA UMA VEZ... INFÂNCIA: O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM TEMPOS DE PANDEMIA.....113
Natália Maria Silva Luz
Thaizi Helena Barbosa e Silva Luz

O GREENING DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL ECOCÊNTRICO NA AMÉRICA LATINA.....126
Emilia Davi Mendes

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL, LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS NEGRAS NO BRASIL.....144
Dandara Amazzi Lucas Pinho

A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNO E INTERNACIONAL.....160
Matheus Pauletto Bisognin

A QUESTÃO DO TERCEIRO SETOR E O CENÁRIO DA PROTEÇÃO AO DIREITO HUMANO À SAÚDE NA PANDEMIA DE COVID-19 EM 2020-2021.....177
Abel Martins Filho
Durcelania da Silva Soares

UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA E A CIDADANIA ATIVA A PARTIR DOS CONFLITOS SOCIOESPACIAIS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO.....192
Vitor Fraga da Cunha

REFUGIADOS: UM OLHAR SOBRE A IMPORTÂNCIA DA REAFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COM VISTAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....207
Thiago de Souza Modesto
Maria Cristina Alves Delgado de Ávila

O POSICIONAMENTO DO BRASIL APÓS A CONDENAÇÃO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO JULGAMENTO DO CASO DE DAMIÃO XIMENES LOPES.....222
Patrícia Bortoluzzi Zago
Carina dos Santos

O EMPREGO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL EM CONTRAPONTO COM A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.....238
Adriane Luiza Sodré de Souza
Gabriela Perrelli de Melo

COLISÃO ENTRE OS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À PRIVACIDADE.....255
Isaura Raquel Castagnari
Joana Schwan Estrada
Verena Dias Barboza Munhoz

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: CONCEPÇÕES TEÓRICAS E UTILIZAÇÃO NA LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA EM DIREITOS HUMANOS.....269
Mariana Coelho Prado
Ana Luiza Gregorio Vidotti

ACESSO A RECURSOS GENÉTICOS E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL VERSUS INDEVIDA BIOPROSPECÇÃO.....288
Jamile Gonçalves Calissi
Renato Zanolla Montefusco

OBESIDADE, DIREITO ADMINISTRATIVO E POLÍTICAS PÚBLICAS: E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 308
Adriana Schier
Tais Martins

DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE POR MEIO DO TESTAMENTO VITAL E SUA REGULAMENTAÇÃO LEGAL 324
Henrique Lopes Dornelas
Rafael Tinoco Palatnic

O DIREITO AMBIENTAL E SUA NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO HUMANO....343
Timóteo Ágabo Pacheco de Almeida

PEQUENOS CRIADORES DE CONTEÚDO DIGITAL NO CONTEXTO DO TRABALHO INFANTIL.....360
Rafael Brasileiro Lima Montenegro Ramalho

A DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSTITUCIONALIZADOS E UM DIÁLOGO COM A PSICOLOGIA.....372
Aldenise Barreto de Albuquerque Silva

DIREITOS HUMANOS, ESTADO E GLOBALIZAÇÃO: MOTE OU MORTE?.....388
Caio Pacca Ferraz de Camargo
Taysa Pacca Ferraz de Camargo

HISTÓRIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO CASAMENTO CIVIL NO BRASIL: A CONTRIBUIÇÃO DO GABINETE DA CONCILIAÇÃO (1853-1856).....400
Daniel Machado Gomes
Yara Esteves Soares
Daniel Sant'Anna Lisbôa
Raphaela Abud Neves

A SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA DAS MULHERES NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS.....415
Carolina Arruda Costa Ferreira

A CRIMINALIZAÇÃO DA INFÂNCIA DESASSISTIDA NO CÓDIGO DE MENORES DE 1927.....430
José Ricardo Oliveira Mello
Elton Moreira Quadros

A CONSOLIDAÇÃO DA DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E AS AÇÕES REPRESSIVAS DA POLÍTICA DO MENOR.....442
José Ricardo Oliveira Mello
Elton Moreira Quadros

O TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO E OS VESTÍGIOS DA COVID-19.....456
Luiz Nunes Pegoraro
Juliana Losnake Pereira
Suelaine Cristiane Nogueira Miranda

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE.....473
Geovana Rios da Cruz

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: UM ESTUDO SOBRE A DINÂMICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO SISTEMA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRO.....491
Maria Neurilane Viana Nogueira
Juliana Wayss Sugahara
Vanessa Gomes Leite
Fátima Maria Félix da Silva

DIREITOS HUMANOS E SUAS FRONTEIRAS COM AS GRADES: A COVID-19 SERIA A TÃO SONHADA PENA DE MORTE?.....505
Tamyrys Nery

A NECESSÁRIA REINVENÇÃO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA PARA OS MORADORES DE ÁREAS IRREGULARES NO BRASIL EM RAZÃO DA INJUSTIÇA EM SEU ACESSO 518
Thaís Dalla Corte
Carlos Eduardo Malinowski

DIREITO À EDUCAÇÃO: DESAFIOS E PROPOSTAS PARA INCLUSÃO DE ALUNOS SURDOS EM CLASSES INCLUSIVAS.....535
Francine Pereira Fontainha de Carvalho

ACESSO A DIREITOS NA PANDEMIA: RESTRIÇÕES CAUSADAS PELA HIPOSSUFICIÊNCIA DIGITAL.....549
Gabriel Silva Pedreira
Luciana Silva Santos

PERSPECTIVA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM DENÚNCIA À ADOÇÃO DIRIGIDA ALIANÇADA AO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO.....563
Diogo Coimbra Queiroz
Marina Silveira

IMPLICAÇÕES DA LEI Nº 13.709/2018 (LGPD) NO DIREITO À INFORMAÇÃO PELO CONSUMIDOR BRASILEIRO.....581
Alan José de Oliveira Teixeira

"MAS QUE MULHER INDIGESTA, MERECE UM TIJOLO NA TESTA":
FEMINICÍDIO EM TEMPOS DE PANDEMIA..... .598
Ana Clara Ereira
Miquelly Barbosa da Silva

A PROTEÇÃO DE REFUGIADOS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS.....612
Ana Flávia Pedroso Silva

SEGURANÇA PÚBLICA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....624
Flavia J Bianchini

O CAMINHAR DOS 30 ANOS DO ECA – OLHAR DAS DOAÇÕES LEGAIS 634
Carlos Lopatiuk

O TRATAMENTO À VÍTIMA DE ESTUPRO NO DECORRER DA HISTÓRIA:
DA BAIXA IDADE MÉDIA AO INÍCIO DA IDADE CONTEMPORÂNEA.....650
Caroline Lopes Placca
Natalie Ghinsberg

A REGULAMENTAÇÃO DO USO PÚBLICO RELIGIOSO NAS UNIDADES DE
CONSERVAÇÃO TERRESTRES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....664
Valdevino José dos Santos Júnior

O TRABALHO DA AGÊNCIA ADVENTISTA DE RECURSOS ASSISTENCIAIS
E OS DESAFIOS DA CRISE HUMANITÀRIA VENEZUELANA PERANTE A
PANDEMIA SARS-COV-2 EM RORAIMA..... .683
Ivanez Pinheiro Prestes

RESUMOS.....703

A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E O DIREITO CONSTITUCIONAL
DE IR E VIR.....705
Ricardo Russell Brandão Cavalcanti

VISTA A MINHA PELE: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS SOBRE O RACISMO.....708
Yanna Raissa Brito Couto da Silva

A BAIXA SATISFAÇÃO DOS BRASILEIROS COM O SISTEMA DEMOCRÁTICO 713
Ana Carla Alves da Silva

BRINCOS EM RECÉM-NASCIDAS: UMA TENRA VIOLAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE.....717
Ângela Schwab Morrone

MULTICULTURALISMO E A VISÃO DO DIREITO SOBRE O SACRIFÍCIO DE ANIMAIS NOS RITUAIS DO CANDOMBLÉ.....722
Duan Francisco Santos dos Reis

EMPODERAMENTO FEMININO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESTADO E DE GOVERNO DESENVOLVIDAS NO BRASIL E NO ACRE 726
Carlos Costa Vale
Marliane de Souza Tamburini

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE PESSOAS TRANSEXUAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 732
Enéas Cardoso Neto
Gabriela Santos Lima

A CONTRIBUIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONCEPÇÃO GARANTISTA DO DIREITO PENAL.....736
Matheus Augusto Silva Dantas

SAÚDE E DIREITOS HUMANOS: PRECARIEDADE DA VIDA DO IDOSO EM TEMPOS DE PANDEMIA.....742
Marcelo Chaves Soares
Gustavo Campos Elbacha
Edmar Reis Thiengo

DEMOCRACIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA ESTIGMATIZAÇÃO DE SEUS SENTIDOS.....746
Camila de Mendonça Ribeiro Silva

DIREITO DOS REFUGIADOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....751
Danielly Novais do Rego

O PRAGMATISMO COMO MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL: O PAPEL DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO TEORIA DA DECISÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS 755
Ester Ramos Bitencourt

Edilaine Neves Fernandes

A ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO BRASIL.....760
Luisa Monteiro de Araújo
Francisco Geraldo Mattos

METODOLOGIAS PARTICIPATIVAS PARA AGENDAS 21 LOCAIS.....766
Heitor Menezes Gomes

DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: A NECESSIDADE DE ERRADICAR TODAS AS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA MENINAS.....771
Geovanna Barbosa de Almeida

ASPECTOS GERAIS SOBRE OS ELETRICISTAS À LUZ DOS DIREITOS À SEGURANÇA NO TRABALHO 776
Jamília Brito Gomes
Luci Mara Bertoni

ENCARCERAMENTO PELA ÓTICA DA ACADEMIA: ANÁLISE DO TRIÊNIO 2017-2019.....782
Monique H. A. Scudino Borges
Eduardo André de Aguiar Lopes

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.

ARTIGOS

O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO E A CARÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS ÀS MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL

Pablo Martins Bernardi Coelho [1]
César Augusto Zacheo[2]

INTRODUÇÃO

Na busca de demonstrar a importância do direito antidiscriminatório na proteção de minorias sexuais, o presente trabalho procura analisar como o processo de discriminação passou a ser positivado e utilizado no ordenamento jurídico internacional, vez que há diplomas legais de extrema relevância jurídica que foram os pioneiros no tratamento antidiscriminatório, bem como decisões judiciais que tornaram-se manifestamente importantes para que tal tutela jurídica se efetivasse na seara internacional.

Nesta sequência, tal escopo passa a verificar a influência destes dispositivos internacionais e a sua respectiva incorporação no ordenamento

1Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG - Unidade Frutal. Professor do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC/Uberlândia. Doutor em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP/Franca.

2 Bacharelando do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG - Unidade Frutal. Pesquisador no "Centro de Estudos Interdisciplinares de Direito e Inovação - CEINDI" (UEMG/Frutal).

jurídico brasileiro, tutelas essas que foram expressas na Constituição Republicana de 1988, bem como em tratados e convenções internacionais que incorporaram mandados antidiscriminatórios para grupos específicos existentes no país.

A evidente abordagem passa então às problemáticas que envolvem a devida garantia deste direito encartado constitucionalmente, bem como o julgamento do Supremo Tribunal Federal face à criminalização da LGBTIfobia, decisão esta que possibilitará a análise dos recentes casos de discriminação, bem como o descaso governamental em se efetivar políticas públicas antidiscriminatórias às minorias sexuais. Neste condão, será questionado ainda se apenas a criminalização da LGBTIfobia é capaz de erradicar as diversas formas de discriminação, questionamento este que será respondido com cuidado a fim de não desvalidar a decisão disposta, mas sim corrobar para o estudo do direito antidiscriminatório, bem como as suas diversas facetas que não se limitam apenas ao caráter criminalizador.

Por todo exposto, o último tópico se destinará à análise da carência das políticas públicas antidiscriminatórias existentes no país, além do ativismo judicial necessário para a salvaguarda de grupos minoritários, como os sexuais, que, ao serem afastados das proteções legiferantes, podem recorrer ao sistema jurídico na iminência de validar os seus direitos sociais fundamentais previstos constitucionalmente.

Por fim, cumpre ressaltar que este estudo se solidifica através do método de raciocínio dedutivo, atrelado ao aparato qualitativo, que parte de premissas gerais relacionadas com a relevância do direito antidiscriminatório, a fim de chegar às premissas específicas, sem colocar em risco a validade da conclusão, que observarão se o evidente direito tem sido efetivo ou não socialmente (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019), à luz do que se observa no estudo que se desenvolve a seguir.

1. A DEFINICAÇÃO TEÓRICA DE DISCRIMINAÇÃO E A SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL

Na busca de se discorrer sobre o direito antidiscriminatório, bem como seus reflexos na comunidade LGBTI+, o presente estudo observa

que se faz necessária, de caráter preliminar, a compreensão do que venha a ser a discriminação combatida por tal ramo do direito, uma vez que a pesquisa em tela não pode se iniciar com vícios sociais ligados à definição terminológica dos atos discriminatórios. Nesta perspectiva, destaca-se que o termo discriminar, diferentemente do difundido socialmente, não se limita apenas à arbitrariedade destinada a alguém de forma direta, uma vez que tal mecanismo possui uma pluralidade de significações que serão desenvolvidas nesta seara inicial.

Por este ângulo, faz-se necessário observar a definição jurídico-legal do que é o ato discriminatório, razão essa que será observada pelas contribuições do autor Roger Raupp Rios que, ao observar as Convenções Internacionais Sobre todas as Formas de Discriminação Racial (BRASIL, 1969) e contra a Mulher (BRASIL, 2002), apresentou a concepção jurídico-constitucional do termo em questão, na medida do que se desenvolve a seguir:

> Pode-se formular o conceito jurídico constitucional de discriminação como sendo "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer ramo da vida pública". (RIOS, 2008, p. 20).

Observa-se que a definição mencionada, trazida por convenções internacionais, menciona cinco verbos que são utilizados para discriminar e impedir o devido reconhecimento de determinados indivíduos ou grupos sociais, sendo estes os atos de distinguir; excluir; restringir ou preferir determinadas coletividades a fim de prejudicá-las socialmente, impedindo-os de acessar os seus direitos e liberdades básicas que são essenciais dentro de um Estado que se pauta como Social e Democrático de Direito. Não obstante, o estudo em destaque observa ainda que a definição sobre o ato discriminatório não deve ser pautada apenas nas disposições legais, uma vez que estar-se-ia fazendo uma compreensão terminológica em sentido *stricto* sem observar a pluralidade que norteia as diversas formas de discriminação.

Neste sentido, a fim de discorrer sobre o desenvolvimento da discriminação na atual conjuntura sócio-jurídico-política, o trabalho em destaque passa agora a analisar as exposições do autor Adilson José Moreira, demonstrando que a discriminação não se limita apenas a uma compreensão, mas se irradia sobre uma diversidade de ações, conforme se verifica a seguir:

> O vocábulo *discriminar* significa aqui categorizar pessoas a partir de uma característica ou situação jurídica para atribuir a elas alguma consequência. Contudo, a palavra discriminação tem também outro significado no mundo do Direito: ela indica que uma pessoa impõe a outra um tratamento desvantajoso a partir de um julgamento moral negativo. A palavra discriminação adquiriu sentidos ainda mais complexos em tempos recentes em função da percepção de que indivíduos são excluídos porque sofrem diferentes formas de tratamento desvantajoso que não expressam intencionalidade. (MOREIRA, 2017, p. 27).

Desse ponto de vista, percebe-se que o referido autor busca desmistificar o que venha a ser um ato discriminatório, já que demonstrou o seu significado social, atrelado à uma categorização de indivíduos na busca de atribuir uma consequência que na maioria das vezes é negativa; bem como alude ao seu posicionamento jurídico, imputando-se também um tratamento desvantajoso a fim de se realizar um julgamento moral negativo perante tal pessoa ou grupo social.

Sob este condão, estes atos discriminatórios começaram a ganhar espaço no mundo jurídico, especialmente no direito positivo, com os avanços conquistados pelos direitos civis e políticos existentes após a II Guerra Mundial, haja vista que buscou-se uma sociedade mais plural e diversa a fim de evitar as barbaridades existentes pelos regimes arbitrários existentes até então. (RIOS, 2020).

Com base nestas considerações, o artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos passou a destacar que: "Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação" (DUDH,

1948). Ou seja, este mandado antidiscriminatório erigido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 teve grande destaque internacional, seja pela relevância jurídica do referido diploma legal, bem como pela forma em que este lidou com a necessidade de um tratamento antidiscriminatório para a construção de uma sociedade plural e igualitária que visa incluir, em vez de discriminar, as minorias sociais e os grupos vulneráveis existentes no seio social.

Todavia, como o direito se perfaz sob uma ciência que não se fundamenta apenas com a lei, mas com todo o aparato jurídico-normativo existente, cumpre ressaltar que o direito antidiscriminatório, mesmo que ratificado, começou a destacar no direito norte americano, e em todo o continente europeu, com o julgamento do caso "*Brown vs. Board of Education*" julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954. (UNITED STATES COURTS, *on-line*).

Observa-se que o disposto caso se deu pela segregação das pessoas negras do ensino estadunidense, já que, mesmo podendo participar do âmbito escolar, este grupo ainda tinha bebedouros específicos e espaços delimitados nas salas de aula que diferenciavam e segregavam-as das pessoas brancas. Sob esse prisma, a judicialização se deu, pois este grupo étnico-racial estava sendo excluído e marginalizado dos setores escolares simplesmente pela sua característica racial.

Diante todos esses casos, bem como a realidade existente nas aludidas instituições, o julgamento do caso "*Brown vs. Board of Education*" fora emblemático, já que passou a lidar com um tratamento antidiscriminatório que visava corrigir as diferenciações que, mesmo após a abolição da escravidão, ainda continuavam a separar pessoas negras e brancas, ato arbitrário que não deve prosperar, sobretudo em face do direito à igualdade existente, bem como a ratificação da não discriminação no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Conforme exposto, a doutrina do "separados, mas iguais" não deve prosperar, uma vez que não basta promover apenas a igualdade formal entre grupos majoritários e minoritários, mas sim buscar, através da igualdade material, a devida diferenciação dos diferentes na iminência de equilibrá-los até chegar ao mesmo patamar. Além disso, tal relação se dá principalmente pelos direitos de segunda dimensão no qual o Estado, ao possuir um caráter prestacional, tem a função de auxiliar a construção de

uma sociedade mais plural e justa, não podendo ser aceito, sob essas razões, tratamentos discriminatórios contra grupos minoritários e vulneráveis como visto nesta seção.

Posto isso, passa-se agora a verificar a influência do direito antidiscriminatório no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tal disciplina se dá principalmente por tratados internacionais no qual o país é signatário como as Convenções Internacionais Sobre todas as Formas de Discriminação Racial (BRASIL, 1969); contra a Mulher (BRASIL, 2002) e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2009). Todavia, o grande apogeu do direito antidiscriminatório adveio com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, vez que ao objetivou, como princípio fundamental, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que vise promover o bem de todos sem quaisquer formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Neste condão, o artigo 3º, IV da Constituição Republicana é enfático ao disciplinar tal mandado antidiscriminatório, porém, as disposições deste direito não param por aqui, uma vez que o artigo 5º, inciso XLI da CRFB/88 trouxe também um mandado constitucional de criminalização antidiscriminatório no qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais" (BRASIL, 1988).

Por esse dispositivo, ao se configurar como uma norma de eficácia limitada, por carecer de uma lei para a sua devida efetivação, observa-se que é competência exclusiva do Congresso Nacional a criação de uma lei que vise criminalizar as condutas antidiscriminatórias no país. Sob esse viés, conforme já narrado, grupos como as mulheres, minorias étnico-raciais e pessoas com deficiência passaram a receber esta tutela jurídica por legislações específicas, mas principalmente por tratados e convenções internacionais que disciplinaram estas questões.

Entretanto, as minorias sexuais como a comunidade LGBTI+ passaram a sofrer com o descaso legiferante no tocante à sua proteção evidente na Constituição de 1988, vez que desde 2001 tramitam projetos de lei no Congresso Nacional que acabam por ser arquivados pela mera discricionariedade congressual, razão pela qual buscou-se a efetivação do direito antidiscriminatório pelo referido grupo através da via judicial conforme será evidenciado no tópico subsequente.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO E SUA PROTEÇÃO (IN)EFETIVA NA PROTEÇÃO DAS MINORIAS SEXUAIS

À luz do que se observou anteriormente, o direito antidiscriminatório não logra êxito apenas com a lei propriamente dita, mas também com a atuação judicial conforme disposto no caso "*Brown vs. Board of Education*". Sob esse viés, o direito antidiscriminatório, destinado principalmente às minorias sexuais, como a comunidade LGBTI+, também percorreu a mesma trajetória, uma vez que mesmo havendo as disposições dos artigos 3º, inciso IV e 5º, inciso XLI da CRFB/88, esse direito positivo não se demonstra capaz de erradicar todos os tratamentos discriminatórios vivenciados socialmente.

Além do mais, a carência de legislação específica também fora um grande fator para que esses direitos encartados constitucionalmente também viessem a ser observados como inefetivos, pois, tendo em vista que a Assembleia Constituinte dispôs apenas que a "lei punirá" os atos discriminatórios, esta não delimitou como seria a respectiva punição.

Por esse sentido, fora ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26[3], em face da inércia legiferante, além do MI 4733, que busca a regulamentação de direitos fundamentais previstos na Constituição que tornam inviáveis o exercício de direitos e liberdades fundamentais. Nesta decisão, o Supremo Tribunal Federal compreendeu pela criminalização da homotransfobia, tornando tal conduta análoga ao do racismo, até que o Congresso Nacional viesse a se debruçar sobre o referido mandado constitucional antidiscriminatório.

Desse modo, observa-se que o Supremo Tribunal Federal se utilizou da criminalização antidiscriminatória para a necessária proteção à comunidade LGBTI+ que sofre diariamente por essas condutas discriminatórias motivadas por preceitos machistas, sexistas e homofóbicos que denotam a alta violência contra o referido grupo existente no país conforme será destacado ainda no presente tópico.

3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Relator Ministro Celso de Mello, DJE nº 142, 28/06/2019).

Apesar desse grande ganho social, o presente estudo se questiona: criminalizar seria a solução para a erradicação destas discriminações? Em face desta indagação, fora observado que a pergunta em evidência não deve ser respondida de maneira taxativa ou meramente simplista, uma vez que há que se levar em consideração que tanto a sociedade brasileira, como os atos criminalizadores direcionados às discriminações, são organismos complexos que devem ser analisados com bastante atenção.

Nesta perspectiva, na busca de discorrer sobre os benefícios ou os malefícios da criminalização dos atos discriminatórios, necessário se faz verificar a atualização do sistema estatal brasileiro, bem como a sua correlação com o direito penal; a política criminal; a criminologia; a sociologia jurídica e a própria sociedade, vez que se está diante de um questionamento de extrema valia, mas que será respondido de maneira diversa a depender do tempo e do espaço em que se analisa o mandado criminal-sancionador.

Eis que, para além da necessidade, bem como exigência constitucional de uma ampla tutela penal, em que se defina hipóteses para uma certa delimitação do "merecimento do quantum da pena", há que se levar em conta a sua extrema necessidade de aplicação, além da sua viabilidade social, não podendo esse instituto ser utilizado de maneira desenfreada para criminalizar as mais variadas condutas sociais.

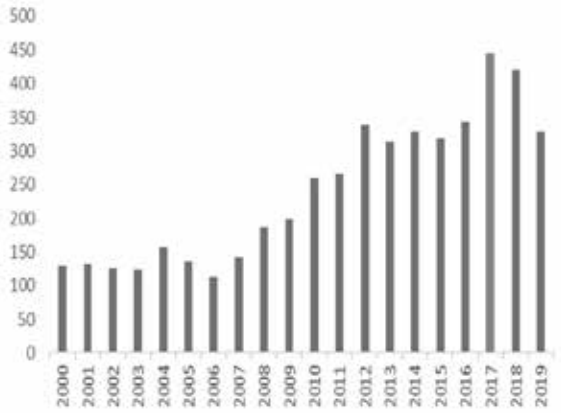
Por outro lado, torna-se necessária a análise empírica da danosidade social, que prevista sob a dicção do constituinte, reputa-se a existência de uma hierarquia entre os bens jurídicos penais tutelados, ou seja, quanto maior a ofensividade, maior a necessidade de atuação estatal no sentido de tutelar adequadamente tais bens e punir com maior rigor.

Com base nessas exposições, o estudo em tela fará a observância de alguns fatores essenciais que viabilizarão a conclusão sobre os benefícios ou não desses mandados constitucionais de criminalização destinados à comunidade LGBTI+, vez que se debruçará sobre relatórios anteriores e posteriores à criminalização da LGBTIfobia que evidenciarão o aumento ou a diminuição dessas discriminações. Por esse motivo, com base na ADO nº 26 e na sua criminalização dos atos LGBTIfóbicos, realizado em junho de 2019, a presente pesquisa verificará os relatórios anuais de morte de LGBTI+ antes de 2019, durante e após esse marco temporal, minerando esses dados quantitativos que demonstrarão o aumento ou não

das discriminações a partir da intervenção deste mandado constitucional de criminalização.

Nesta senda verifica-se, preliminarmente, o Relatório do Grupo Gay da Bahia do ano de 2019, que analisou as mortes violenta de LGBTs no Brasil no aludido ano, documento que evidenciou os índices de mortes do disposto grupo desde 2000 à 2019, trazendo as seguintes proporções:

Gráfico 1 – Mortes violentas de LGBT+ no Brasil, 2000 - 2019



Fonte: GGB, 2019.

À luz dessa exposição, extrai-se que o ano de 2017 fora o maior pico de mortes violentas destinadas às minorias sexuais e de gênero no país, entretanto, após esse período alarmante, 2018 e 2019 já começaram a ter uma diminuição, mesmo que tímida, nestes casos relatados. Por esse motivo, enquanto 2017 notificou 445 casos de mortes violentas, o ano de 2018 evidenciou uma baixa para 420 casos. (OLIVEIRA; MOTT, 2019).

Por esse panorama, 2019, o ano da criminalização da LGBTIfobia, notificou uma queda de 21,67% do ano anterior e 26,06% de 2017, motivo pelo qual, há sim que se comemorar a diminuição desses números e pontuar, conforme o Grupo Gay da Bahia, que essa redução é fruto também do julgamento da ADO 26, veja:

> Soma-se a redução no número de casos de mortes violentas, o alento do Supremo Tribunal Federal, em 2019, quando julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), ao reconhecer o crime de homofobia como prática de racismo e

> passível de ser aplicada a Lei nº 7.716/89. (OLIVEIRA; MOTT, 2019, p. 34).

No entanto, o Grupo Gay da Bahia ainda não disponibilizou o Relatório do ano de 2020, ou de seu primeiro semestre, para que a análise sobre as quedas destes atos violentos evidenciasse se eles diminuíram ou não. Por esse sentido, a investigação em tela recorre aos levantamentos da Associação Nacional de Travestis e Transexuais, ANTRA, que também mapeou essas mortes anuais que acometeram diretamente as travestis e transexuais antes e durante 2019, veja:

Autora: BENEVIDES, Bruna, 2020.

Ante esses dados, nota-se que o ano de 2019 também foi um período de diminuição dos assassinatos direcionados às travestis e transexuais, dados esses que se remetem à importância do julgamento e da criminalização da LGBTIfobia, bem como a contribuição deste mandado constitucional de criminalização que, apesar de possuir caráter explícito, continua em constante omissão pelo Congresso Nacional, tendo em vista que logrou seu êxito apenas pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, cabe ainda ressaltar os reflexos ulteriores deste julgamento de grande repercussão nacional, já que os índices de assassinatos em 2020 não têm sido tão benéficos como os dos dois anos anteriores. Nestes moldes, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais, ANTRA, evidenciou em seu boletim nº 04/2020, que: "O Brasil chegou a 129 assassinatos de pessoas trans nos oito primeiros meses de 2020, com

aumento de 70% em relação ao mesmo período do ano passado, e com mais assassinatos que em 2019 inteiro quando nesse último ano foram registrados 124 assassinatos" (ANTRA, 2020).

Neste caso, observa-se que mesmo sendo de extrema importância a concessão dos mandados constitucionais de criminalização destinados à comunidade LGBTI+, em virtude dos altos índices de assassinatos que acometem diariamente o grupo em observância, tornou-se evidente que este mecanismo foi sim importante e necessário, mas não tem sido suficiente para combater todas as atitudes discriminatórias que permeiam a sociedade brasileira.

Isto se dá porque apenas a criminalização não é a medida exclusiva que pode ser utilizada para uma intensa e eficaz modificação social, razão pela qual a análise recai sobre as estratégias promocionais de Direitos Humanos, previstas na seara internacional e demonstradas pela autora Flávia Piovesan, que pontuam que, apenas as estratégias punitivo-repressivas não são suficientes para o devido combate às discriminações:

> No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se duas estratégias: a) a estratégia repressiva-punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); e b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade). Na vertente repressiva-punitiva, há a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação. O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. É fundamental conjugar a vertente repressiva-punitiva com a vertente promocional. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. (PIOVESAN, 2008, p. 890).

Com base nisso, percebe-se que esses mandados constitucionais de criminalização são sim estratégias punitivo-repressivas que buscam a devida erradicação dos atos discriminatórios na busca de promover uma sociedade justa e solidária que viabilize o seu devido bem-estar social, principalmente às minorias sociais e aos grupos vulnerabilizados.

Todavia, esse instrumento, sozinho, não é capaz de fazer a devida modificação social, carecendo, sob essas razões, de instrumentos promocionais que devem ser elaborados pelo governo federal. Porém, cumpre frisar que a omissão e o distanciamento da atuação estatal face às minorias LGBTI+ não se dão apenas pela omissão do Congresso Nacional conforme já narrado, mas também encontram uma estrutura de subversão da atual gestão governamental, fatores esses que impedem a necessária justiça social destinada à comunidade LGBTI+.

Posto isso, tendo em vista o descaso governamental do legislativo e executivo em se efetivar as pautas das minorias sexuais e de gênero, denota-se que a criminalização dos atos LGBTIfóbicos fora sim um grande ganho para a comunidade em questão, todavia, a solução para essa problemática não é vislumbrada apenas com a efetivação desse mandado constitucional pelo poder judiciário, já que essas minorias também carecem de políticas promocionais que façam a sociedade compreender e respeitar a diversidade sexual.

3. A CARÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ENTRE O DESCASO LEGIFERANTE E A ATUAÇÃO JUDICIAL

Com base nestas considerações, ressalta-se, desde já, a definição de política pública, vez que esta é uma atuação administrativa que visa viabilizar os direitos sociais fundamentais caracterizados principalmente como normas de segunda dimensão e com cunho programático, que exteriorizam e solidificam os direitos sociais prestacionais, consoante ao que se expõe a seguir:

> Uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Vejamos essa definição em detalhe: uma política é uma orientação à atividade ou à passividade de alguém [...]. Uma política pública possui dois elementos fundamentais: inten-

> cionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante (SECCHI, 2013, p. 2 e 11).

Face esta definição teórica, observa-se que políticas públicas são essenciais para lidar com o direito antidiscriminatório por diversos fatores, podendo ressaltar, desde já, a importância desta política para a efetivação do direito antidiscriminatório que se perfaz sobre uma prestação estatal na busca que a sociedade preserve as peculiaridades de cada indivíduo e respeite a dignidade e diversidade de cada um. Há que se pontuar também que o alto índice de mortes violentas contra LGBTI+, caracterizadas principalmente pela discriminação direta, remete-se à um problema entendido como coletivamente relevante que deve ser revertido com ações governamentais.

Por todo exposto, não há que se falar que o direito antidiscriminatório, especialmente o destinado à comunidade LGBTI+, não deve ser efetivado através de políticas públicas, vez que estar-se-ia contrariando o caráter prestacional da Constituição de 1988, bem como tornando o referido diploma legal obsoleto, o que deve ser veementemente rechaçado pelo Estado que se pauta como Sscial.

Assim, questiona-se, quem seria capaz de promover essas políticas? Não seria mais uma forma de proliferação da omissão legislativa? Sob essas indagações, como exposto, as políticas públicas não se limitam apenas à existência de uma lei específica, razão pela qual tais ações não precisam ser realizadas apenas pelo Poder Legislativo que possui a função típica de legislar. Ademais, importante frisar também que, à luz do que já fora pontuado, o legislador queda-se inerte no tocante à proteção e promoção dos direitos sociais fundamentais destinados à comunidade LGBTI+, seja pelo conservadorismo que permeia o referido meio ou pela discriminação institucional (MOREIRA, 2017) que se enraíza no Congresso Nacional.

Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, observa-se que tal órgão judiciário, ao receber a competência contramajoritária que deve pautar suas decisões na proteção da Constituição e dos grupos minoritários e vulnerabilizados (BAHIA; VECCHIATTI, 2013), tornou possível compreender que tal órgão é plenamente legitimado para a cria-

ção e incorporação de políticas públicas sociais, principalmente quando o órgão competente para a criação de tal ação se omite conforme exposto no presente caso.

Assim sendo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF de nº 45 de 2004, mesmo tratando de assuntos relacionados à saúde pública, é uma decisão de extrema relevância para a demonstração da competência judicial no tocante às políticas públicas, bem como os limites que devem ser respeitados para a sua subsequente incorporação, à luz do que se observa na ementa a seguir:

> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, 29/04/2004).

Sob esta análise, torna evidente que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, é plenamente competente para a implementação de políticas públicas, competência esta que poderia ser utilizada

como uma alternativa para a resolução de toda a problemática destacada no presente estudo.

Há que se verificar que tal função atípica não deve ser utilizada de maneira desenfreada, vez que deve observar limites para a sua incorporação na medida em que a harmonia e independência entre os poderes não seja colocada em xeque. Observa-se que o binômio "razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado" deve ser observado para a implementação das políticas públicas de cunho social e de segunda dimensão, vez que, por ser uma prestação pecuniária, o Estado deve observar os seus recursos a fim de que outras políticas já existentes continuem a ser efetivas. Por esse exposto, o Estado, face a necessidade das políticas públicas, não pode se esquivar da sua obrigação constitucional afirmando que não há reserva suficiente para a criação das evidentes ações.

Ressalvadas essas considerações, necessário se faz discorrer que embora o Supremo Tribunal Federal ser competente para a criação destas políticas, mesmo que subsidiariamente, deve-se atentar que tal conduta será realizada apenas em casos excepcionais e que houver disposições específicas da Constituição em se implementar essas políticas públicas. Nota-se que o tratamento antidiscriminatório disposto constitucionalmente não é uma faculdade do legislador, dotada de oportunidade e conveniência, mas sim uma obrigação vinculante, vez que se constituem como objetivo da República estas ações, bem como há previsões concretas da necessidade de legislação ordinária antidiscriminatória.

Com todas essas considerações, bem como a omissão legiferante problematizada, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal tem competência constitucional para a criação de políticas públicas antidiscriminatórias destinadas às minorias sexuais, vez que esse estado de omissão constitucional é completamente inconstitucional e carece de medidas alternativas, como a judicialização, para tutelar grupos inobservados pelo legislador federal.

Verifica-se que o Supremo Tribunal é um órgão governamental de extrema importância capaz de promover a necessária tutela antidiscriminatória destinada às minorias sexuais, já que estas necessitam da proteção estatal na busca da reversão dos numerosos casos de violência destinados a este grupo.

Por fim, não há que se falar em uma sociedade democrática e pluralista enquanto LGBTI+ diariamente tem derramado o seu sangue pelos chãos de todo o território nacional, haja vista que um Estado que se pauta como Social e Democrático de Direito não deve se pautar apenas nos anseios das maiorias, seja elas sociais ou políticas, mas também resguardar as necessidades das minorias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificadas todas as exposições, restou evidente que a discriminação perpassa uma análise simplista e se delimita através de posicionamentos arbitrários que podem ser realizados de diversas formas, seja ela direta ou indireta, que acaba deslegitimando e vulnerabilizando um determinado grupo ou segmento social.

Face a isto, tornou-se visível que o direito antidiscriminatório fora positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e ganhou notoriedade no caso "*Brown vs. Board of Education*" julgado pela Suprema Corte Norte Americana, irradiando os seus efeitos no ensino estadunidense que parou de segregar pessoas negras e brancas nestas instituições.

Na sequência, foi observado ainda que no Brasil, o direito antidiscriminatório se positivou pela Constituição Republicana de 1988, além de tratados e convenções internacionais que disciplinam tal matéria. Todavia, a tutela das minorias sexuais, especialmente a comunidade LGBTI+, restou verificada com o julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4733/2019.

Pontuado tal julgamento, problematizou-se a modificação social advinda com tal decisão e fora destacado que houve sim alterações sociais significativas, todavia, esse julgado não era suficiente para continuar os seus efeitos em longa escala, razão pela qual se carecem de políticas públicas efetivas na iminência de se promover o direito antidiscriminatório às minorias sexuais. Assim, a última seção se debruçou sobre o que são políticas públicas e quais entes competentes para a sua respectiva elaboração, vez que estas não precisam ser criadas apenas por leis específicas, mas também pela atuação judicial como a do Supremo Tribunal Federal que deverá observar a reserva do possível caracterizada pela razoabilidade da pretensão e a disponibilidade financeira do Estado.

Por fim, ante a todos os levantamentos, percebe-se que o direito antidiscriminatório é um instrumento de extrema relevância para a justiça social na busca pela emancipação e tutela das minorias sociais, dentre elas as sexuais, todavia, mesmo com a carência de sua efetivação, nota-se que essas políticas ainda são metas programáticas que até o momento não foram devidamente garantidas. Assim, nota-se que o Estado Social e Democrático tem-se esquivado de sua responsabilidade constitucional de atentar às necessidades das minorias e promover seu devido amparo, problema este que fora buscado de ser solucionado, ao menos do ponto de vista formal, através da judicialização destas políticas que ainda necessitam da sua iminente positivação.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. Assassinatos contra Travestis e Transexuais brasileiras em 2020. **Boletim nº 04/2020**, 2020. Disponível em: https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/09/boletim-4-2020-assassinatos-antra-1.pdf. Acesso em: 2 set. 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277-Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 1, p. 65-92, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

_____. **Decreto nº 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e

seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. **Decreto nº 65.810**, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF, 8 dez. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26.** Constitucional. Art. 5º, XLI e XLII, da Constituição da República. Criminalização da homofobia e da transfobia. Não conhecimento do pedido de indenização por danos a vítimas de homofobia. Mandado de criminalização da homofobia. Configuração de racismo. Lei nº 7.716/1989. Conceito de raça. Interpretação conforme a constituição. Mora legislativa. Fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar. Relator Ministro Celso de Mello, 28 de junho de 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45.** Questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Relator Ministro Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

MARTIN, Andreia Garcia; ZACHEO, César Augusto. A extinção dos conselhos de políticas públicas e o silenciamento da participação democrática da comunidade LGBTI+ no Brasil. **Anais do Seminário Internacional dos 30 anos do direito achado na rua.** Brasília, 2020.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil, 2019:** Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador, Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Estudos feministas**, p. 887-896, 2008.

RIOS, Roger Raup. **Direito da antidiscriminação:** discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2008.

RIOS, Roger Raup. Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 2, p. 1332-1357, 2020.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas:** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

UNITED STATES COURTS. **History – Brown v. Board of Education Re-enactment.** Disponível em: https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment. Acesso em: 30 nov. 2020.

HISTÓRIA E CONTEMPORANEIDADE DA MIGRAÇÃO NO REINO UNIDO: CRÍTICAS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Larissa Imperico[4]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intuito analisar a situação dos imigrantes no Reino Unido e o resguardo da sua proteção dos seus direitos humanos fundamentais pelo governo britânico.

O Reino Unido se tornou, nos últimos anos, um dos centros mundiais de interesse de imigrantes do mundo todo. Pessoas buscam desde encontrar melhores oportunidades acadêmicas até escapar de realidades precárias do seu país por falta de opção. No cenário atual, o Reino Unido se vê, portanto, gerindo refugiados, asilados políticos, europeus, familiares de europeus, imigrantes irregulares, estudantes, trabalhadores e investidores dentro das mesmas leis de imigração. Leis e regulações que se tornaram, com o passar dos anos, vagas e complicadas para o público em geral.

4 Advogada com mais de seis anos de experiência no setor público e privado na área de proteção aos imigrantes e pessoas vulneráveis no Reino Unido. Mestranda em Direitos Humanos pela Birkbeck University of London.

Essa explosão de imigrantes no território britânico resultou em uma onda de preconceito, discriminação e uma série de regras e leis dificultadoras para a regularização de imigrantes no país. O departamento do governo responsável pelo controle de imigrantes tomou uma série de medidas para garantir maior rigidez com relação a imigrantes recém-chegados no país. Tais medidas que causaram controvérsia nas grandes mídias, inclusive incluindo acusações de racismo e xenofobia. O governo foi acusado também, de tomar uma série de medidas para negar aplicações para visto, aumentar as taxas para as aplicações, criar sistemas de difícil acesso e negar pedidos legalmente válidos. No entanto, é importante analisar a história do Reino Unido nesse contexto, para entender as raízes dessas acusações e como se solidificou o atual o sistema de proteção aos imigrantes.

Ao estudar o passado recente do Reino Unido, somos capazes de entender as origens do sistema de imigração atual e suas questões mais problemáticas, o que será o ponto central da discussão deste artigo. Iremos abordar e entender como se construiu o sistema de controle de imigrantes no Reino Unido e como a mentalidade em torno desse tema foi construída e reforçada ao longo dos anos.

1. HISTÓRIA E CONTEXTO MIGRATÓRIO NO REINO UNIDO

É sabido que o Reino Unido foi um dos maiores colonizadores e apoiadores do escravagismo no mundo por muitos anos. A criminalização da escravidão de povos de origem afro-americana e a ilegalidade quanto a mercantilização de imigrantes aconteceu somente no século XIX, com a abolição da escravatura.

Desde então, o Reino Unido, assim como muitos outros ex-impérios, se comprometeu com a onda crescente de proteção a direitos humanos e cooperação internacional nos movimentos pós-Primeira e Segunda Guerra Mundial. Assinou, por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção da ONU Contra o Crime Organizado, a Convenção da ONU para Refugiados de 1951, o Protocolo de Refugiados da ONU de 1967, os Protocolos da ONU Contra o Tráfico de Pessoas e a Convenção Europeia De Direitos Humanos.

Com a assinatura dos tratados de direitos humanos e a Convenção Internacional dos direitos humanos no pós-guerra em 1948, não só o Reino Unido, mas diversos países ex-colonizadores se comprometeram a conceder a independência a suas colônias e abrir mão definitivamente do trabalho escravo.

A independência de muitas colônias foi uma conquista do ponto de vista legal, mas uma catástrofe do ponto de vista político. Incluindo todas as tragédias da Segunda Guerra Mundial e crises por ela geradas, os países subdesenvolvidos que adquiriram independência do dia para noite, na maioria dos casos não tinham estrutura, organização e capacidade de se autogerir. Com históricos majoritariamente corruptos e acostumados com a constante exploração de seus recursos, a maioria dos países passou por grandes dificuldades ao ganhar a tão almejada independência formal. Por esse motivo, houve uma onda de pobreza, desigualdade e miséria em muitos países ex-colonizados, o que levou muitos de seus cidadãos a buscar uma vida melhor em países desenvolvidos do outro lado do globo. Nas palavras de Talton (2020): "o legado da dominação europeia permaneceu evidente nas fronteiras, nas estruturas políticas, nos sistemas de educação, na língua, na economia e nos acordos comerciais de cada nação ex colonizada".

Com o crescimento do capitalismo nessa época em função da Guerra Fria, o Reino Unido necessitava de mão de obra trabalhadora, preferencialmente barata, para garantir seu crescimento econômico. Por esse motivo, realizou um convite formal a cidadãos de varios países para virem à Inglaterra, prometendo melhores condições de vida e ofertando aos imigrantes não só esperanças de uma vida melhor, como também a todos os nacionais de ex-colônias o direito ao *status* permanente no país, ou seja, essas pessoas não estariam sujeitas a nenhum tipo de controle de imigração e receberiam o tratamento igual ao dado aos nativos britânicos (MW48, 2019). Dentre os países que fizeram parte desse convite, podemos citar: Jamaica, Trinidade Tobago, Barbados, Guadalupe, Porto Rico e demais ilhas do Caribe. Essa oferta gerou uma imensa onda de imigrantes para o país. Estima-se que entre 1948 e 1970, em torno de meio milhão de pessoas se mudaram das regiões do Caribe para a Inglaterra.

Essa onda específica de imigração foi chamada de *geração Windrush* pelos britânicos e o termo foi utilizado para se referir às pessoas que vieram

dessas regiões nesse período. Foi institucionalizado no país, nessa época, o *British Nationality Act de 194,* que concedeu aos recém-chegados o direito de morar e viver no país. A chegada dos imigrantes, contudo, gerou desconforto na sociedade inglesa local e posterior onda de preconceito jamais vista, já que a Inglaterra estava habituada a explorar o trabalho de povos diversos, mas nunca a conviver com esses trabalhadores. Por esse motivo, os povos especialmente de pele escura e imigrantes começaram a ser taxados de criminosos e exploradores dos recursos da Inglaterra (MALCOLM, 2004, p. 98). Em meados de 1962, houve uma mudança nas leis de imigração, e regras mais rígidas começaram a se impor para os imigrantes, todavia o fluxo de imigrantes das antigas colônias continuou (MW437, 2019).

Vale ressaltar que, naquele momento, não só os negros imigrantes eram afetados, mas também qualquer povo que fosse considerado diferente do tradicional britânico, assim como pessoas vindas da Índia, africanos, judeus, europeus e até os ciganos, que tipicamente vivem como nômades. Esse movimento evidenciou diversos sinais de preconceito e racismo na sociedade e mídia britânica da época, pois a maioria dos afetados eram de pele escura, imigrantes e vinham de países economicamente desfavorecidos.

Na década de 1990 em diante, os índices de imigrantes chegando ao país cresceram de forma exorbitante, e o convívio dos ingleses com imigrantes se tornou algo permanente, recorrente e inevitável nas principais capitais do país. Em 2010, com a candidatura e consequente eleição de membros conservadores no parlamento inglês, a política anti-imigrantista se tornou uma das principais pautas e slogans, e o movimento anti-imigrantista ganhou cada vez mais força nas mídias nacionais. Em 2012 foi instituído o *ambiente hostil* a imigrantes no Reino Unido, onde o governo expôs que faria tudo a seu alcance para limitar o acesso de imigrantes irregulares a trabalho, moradia, saúde e demais serviços (YEO, 2018).

Uma das situações mais problemáticas que ocorreu logo após a posse de governos conservadores foi o escândalo *Windrush*, quando os filhos e netos da *geração Windrush* que haviam nascido e crescido no país como britânicos (filhos de residentes permanentes conforme garantido pelo governo britânico na época) foram expulsos do país. Principalmente por não possuírem em sua maioria, provas do seu *status* de imigração (pois seus

pais e avós haviam vindo de navio na década de 60 ao país com garantias de direitos automáticos com relação ao *status* migratório) o governo fez um movimento de deportação em massa dessas pessoas para o seu "país de origem" sem chance de contraditório ou defesa legal. O governo localizava essas pessoas e enviava a eles cartas oficiais informando que deveriam fazer a devida comprovação da sua nacionalidade britânica, ou sair do país imediatamente. Dentre essas pessoas havia milhares de idosos, professores, enfermeiros, médicos, servidores públicos e trabalhadores no geral, que haviam vivido normalmente até então no Reino Unido.

Esse movimento desumano foi trazido a mídia britânica em 2017, contando com jornais internacionalmente famosos como o *The Guardian.* Tendo sido inclusive escrita uma obra sobre o ocorrido chamada "A traição Windrush" (GENTLEMAN, 2019, p. 8), que expôs a realidade da implantação do *ambiente hostil* de imigrantes no Reino Unido. Após a publicação dessa obra, houve grande pressão para as autoridades pararem com a deportação e legalmente compensarem as famílias deportadas.

1.1. PROBLEMAS ATUAIS

Após a década de 1990 o número de imigrantes vindos para o Reino Unido aumentou exponencialmente, como informado acima. As crises econômicas ao redor do mundo, a força da moeda e a abrangência de oportunidades de trabalho no Reino Unido são alguns dos fatores que colaboraram para o ocorrido. O *Immigration Statistics Quarterly Report* de 2019 estimou que cerca de 283.000 imigrantes entraram no Reino Unido somente em 2019, e todos os a intenção de fazer residência permanente no país (BLAKE, 2019), e o último levantamento do *Labour Force Survey (LSF),* de 2018, e o *Annual Population Survey (APS),* de 2017, mostraram que a força de trabalho no Reino Unido atualmente é enorme, com cerca de 60% dos trabalhadores tendo nascido fora do país (FERNANDEZ--REINO, 2021). As estatísticas acima são impressionantes, e elas nem sequer incluem os imigrantes irregulares.

Mas nem todos os imigrantes chegados no Reino Unido tem a condição – seja econômica, intelectual ou estrutural – de resolver a sua situação migratória ao chegar no país, o que acarretou novos tipos de imigrantes e problemas relacionados a imigração. A barreira da língua, a falta de in-

formação e ignorância quanto aos próprios direitos, resultou, por exemplo, em uma onda de pessoas orientando legalmente imigrantes de forma errônea e descabida, piorando a situação de pessoas que ja viviam uma vida degradante no país. Essa foi uma das razões que levou à instituição de novas leis de imigração para protegerem imigrantes. Dentre elas, vale destacar o *Human Rights Act de 1998*, que incorporou a convenção europeia de Direitos Humanos na lei doméstica britânica, instituindo direitos humanos básicos no país, e o *Immigration and Asylum Act em 1999* que teve como objetivo proteger imigrantes contra pessoas indevidamente qualificadas dando orientações de imigração ou preparando aplicações para visto no país. Esta lei tornou, inclusive, crime o ato de aconselhar legalmente qualquer pessoa com relação ao seus *status* migratório, sem estar registrado em um dos orgãos regulatórios do governo.

Um grande marco positivo dessa conquista foi a criação da instituição *OISC – Office of the Immigration Services Commissioner*, orgão regulatório do governo criado única e exclusivamente com o objetivo de avaliar, fiscalizar e monitorar quem orienta imigrantes no país no que tange a suas aplicações para visto, como também proteger os imigrantes com relação aos seus direitos migratórios. Entretanto, mesmo com reais avanços no campo da proteção de imigrantes, certas categorias de imigrantes ainda se encontram sem a devida proteção legal e com dificuldades de acessar seus direitos fundamentais básicos, como veremos a seguir.

1.1.1.IMIGRANTES IRREGULARES, ASILADOS E REFUGIADOS

Dentre os problemas modernos de imigração, vale ressaltar principalmente a questão da imigração irregular e dos refugiados. Aqui colocamos como problema não porque esses grupos representem um problema em si, mas porque o próprio Estado ainda não conseguiu administrar a situação e resolver as brechas na lei que possibilitam a regulamentação desses grupos de forma a proporcionar a estes real proteção no que tange aos seus direitos humanos básicos.

Apesar de juridicamente serem dois grupos distintos, os imigrantes irregulares e os refugiados têm uma situação bem parecida com relação as suas condições de vida no país. Os imigrantes irregulares, popularmente

conhecidos como ilegais[5], geralmente se mudam para o país sozinhos ou com família e se utilizam de formas não legalizadas para trabalhar – geralmente fazendo trabalhos casuais, recebendo o pagamento em dinheiro ou utilizando o documento de um trabalhador legal para sua atividade laboral. Os imigrantes irregulares não têm direito de alugar uma casa no mercado convencional, abrir uma conta no banco, pagar os seus impostos, receber beneficios do governo, se registrar no serviço de saúde nacional gratuito (NHS) ou viajar internacionalmente. A maioria dos imigrantes nessa situação vive em constante medo de ser descoberto pelo governo, evitando inclusive, situações em que legalmente poderiam usufruir de direitos e não o fazem. Alguns exemplos são: o acesso a educação que é garantido a todas as crianças, independentemente do *status* migratório dos país (direito garantido pelo artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), o uso de serviços de saúde em caso de emergência e o ato de chamar a polícia em casos de crime. Todos esses direitos são regularizados e cabíveis aos imigrantes irregulares e suas famílias, todavia, muitas vezes o acesso não ocorre devido ao medo de irem para as prisões de imigração ou da deportação.

A forma que a maioria dos imigrantes irregulares tem de se regularizar, de acordo com as leis e regulações britânicas de imigração, seria fazer uma aplicação de direitos humanos por tempo de moradia no país (20 anos no caso de imigrantes irregulares), ou caso o imigrante tenha tido filhos que tenham morado no país por um número significativo de anos desde criança.[6] As aplicações de visto baseadas em direitos humanos, conhecidas como *Further Leave to Remain*, foram se tornando cada vez mais complexas ao longo dos anos, agregando cada vez mais perguntas ao formulário[7] e taxas de pagamento. No ano de 2020 por exemplo, uma aplicação de direitos humanos só poderia ser feita de forma *on-line*, em inglês e no site do governo e com um custo de £2,052.90 (POLICY PAPER, 2018) por aplicante (£1,000 de taxa para o acesso a saúde e £1,052.90 de taxa de

5 A ONU indicou o uso do termo "imigrantes irregulares" ao invés de "imigrantes ilegais", para evitar a estigmatização de pessoas.

6 Aqui estao excluídos os pedidos por casamento e parentesco por motivos explicativos.

7 O último formulário impresso deste tipo de aplicação possuía 100 páginas, hoje em dia o formulário é completamente *on-line*, mas possui número equivalente de requisitos e perguntas.

aplicação). O que faria uma família de quatro pessoas, por exemplo, gastar em torno de £8,200.00 para tentar regularizar a sua situação migratória, sem ter direito trabalhar legalmente. Além disso, o visto de direitos humanos, se concedido, tem validade de 30 meses somente e deve ser renovado três vezes antes de o aplicante ter direito ao visto permanente ou *Indefinite Leave To Remain*, o que totaliza um gasto médio de £10,000 por aplicante, sem contar os honorários legais.

Em função da falta de informação, dificuldades financeiras e condições precárias de vida, o que acontece na prática é que muitos imigrantes não conseguem regularizar a sua situação e acabam vivendo a vida inteira a margem da lei com suas famílias. Os refugiados por sua vez, vem ao país geralmente sem o *status* de refugiado e sim como aplicantes de asilo político do ponto de vista legal. Em termos práticos a maioria dessas pessoas se encontram em situação de extrema vulnerabilidade, fugindo da miséria, da guerra, de perseguições em seus países e geralmente não possuem capacidade – física, emocional, intelectual e financeira – de se inteirar de todas as leis de imigração antes de ingressar no país, o que facilita muito uma recusa por parte das autoridades britânicas.

Um exemplo clássico disso é o fato de que, caso o aplicante de asilo polítio tenha entrado em um outro país antes de vir ao Reino Unido ou demorado algumas semanas para aplicar para o asilo, ele geralmente não é considerado alguém que necessite de ajuda emergencial e seu pedido provavelmente será recusado. Contudo, na prática, é sabido que os refugiados recém-chegados estão geralmente preocupados em encontrar abrigo, comida e suporte financeiro e não possuem a informação de que precisam aplicar para o asilo político ao ingressar no país.

As aplicações para asilo político são gratuitas e teoricamente as autoridades britânicas têm seis meses para proferir uma decisão. Todavia, na prática, o processo é complicado, exaustivo e complexo para quem não possui advogado. Envolve um formulário em inglês (o que por si só já é uma barreira para muitos asilados) onde, na maioria dos casos, respostas muito específicas são esperadas pelas autoridades britânicas. O aplicante, por exemplo, deve provar ter sofrido uma perseguição de impacto nacional, caso contrário, será informado que seu pedido foi recusado e uma simples relocação de cidade resolverá a situação.

Além disso, o prazo de seis meses geralmente não é cumprido pelo governo, deixando os aplicantes em uma situação muito vulnerável. Lembrando que não há direito a trabalhar legalmente concedido aos aplicantes enquanto aguardam uma decisão, o que significa que, enquanto não receberem uma decisão do governo os refugiados não poderão entrar no mercado formal de trabalho (GOWER, 2021), e serão forçados a viver nos abrigos do país, com o auxílio do governo de £5 por dia (valor menor do que o salário-mínimo nacional pago por hora a um trabalhador comum).

As mídias do país chamaram atenção também para o fato de que, após a instalação do *ambiente hostil* a imigrantes, as autoridades começaram a negar pedidos legalmente válidos a pessoas que tinham direito a ajuda humanitária ou apelar contra decisões legítimas (TAYLOR, 2018). Além disso, vale ressaltar que as prisões de imigração no país também recebem críticas por não darem aos detentos o devido acesso a acessoria jurídica e defensoria pública (DEMBOUR; KELLY, 2011, p. 166).

1.1.2.BREXIT E O IMIGRANTE COMO INIMIGO – O QUE LEVOU O REINO UNIDO A SAIR DA UNIÃO EUROPEIA?

Em 2016, o Reino Unido votou e legalizou oficialmente a saída da União Europeia, movimento que ficou conhecido mundialmente como *Brexit*. A campanha de saída da União Europeia foi principalmente motivada pelas frentes conservadoras do país e pela onda de rejeição a imigrantes.

Como se sabe, o país decidiu sair da União Europeia com 51,9% dos votos – em sua maioria vindos de pessoas brancas, classe alta e moradores das cidades do interior do país. Após o *Referendum*, começou o movimento do governo para a saída e os acordos com a União Europeia em torno do assunto. Ficou claro, todavia, para quem acompanhava a situação de dentro do país que as pessoas que fizeram campanha para a saída da União Europeia não possuiam um plano de ação e nem seus argumentos eram baseados em dados reais. Nem mesmo os primeiros-ministros que lidaram com o assunto conseguiram entregar propostas coerentes para união europeia ou sustentar determinadas medidas no parlamento inglês.

O prometido pelo *Brexit* era que o país iria poupar dinheiro para o sistema nacional de saúde (NHS) ao sair da União Europeia, mas não se contou que grande parte dos trabalhadores do NHS são imigrantes e

sustentam o sistema. Não se levou em consideração também que muitas companhias iriam fechar, falir ou se mudar das capitais britânicas após essa decisão. Companhias como Dyson, Honda, Ford, Barclays, Lloyds, HSBC, Toyota e Panasonic fecharam suas filiais em Londres, faliram ou sofreram perdas econômicas antes mesmo da saída total da união europeia (MAHMOUD, 2019). Ademais, com a saída de empresas e fechamento de filiais, milhares de empregos foram perdidos, o que resultou na saída de muitos imigrantes, principalmente europeus[8], que voltaram para o seu país de origem ou buscaram outro local com maiores oportunidades.

As novas leis de imigração, implementadas pós-*Brexit*, são restritas no que tange a imigrantes entrando no país; o Reino Unido tem a intenção de somente aceitar imigrantes qualificados e com oferta de emprego de alto nível. Qualquer aplicante terá que passar por um sistema de pontos, no qual serão avaliados sua qualificação profissional, nível de escolaridade, competência profissional e a oferta de trabalho recebida.

Após 2021, portanto, fica oficialmente encerrada a livre circulação de pessoas que antes imperava com a União Europeia. As novas leis de imigração desconsideram, contudo, os imigrantes que hoje sustentam a economia britânica – os trabalhadores dos serviços básicos, como cozinheiros, garçons, limpadores de rua, faxineiros, lavadores de prato, entregadores, obreiros, cuidadores etc. Todos esses trabalhos simples são essenciais e hoje sustentam o grosso da economia inglesa. Aqui fica a questão: se não haverão mais oportunidades para ocupar esses trabalhos, quem irá fazê-los? Com muitos imigrantes europeus, que eram a principal massa de trabalho regularizado, indo embora do país, quem irá ocupar esse lugar? Os imigrantes que já estão no país? Os imigrantes irregulares? Estaria o governo britânico empurrando mais imigrantes para a margem da lei ao implementar essas regras?

Além das complicações trazidas pelo *Brexit*, a pandemia também teve um impacto significativo nos imigrantes que não têm sua situação migratória resolvida. As condições vulneáveis do trabalho ilegal, o não acesso a ajuda financeira do governo e o não acesso a vacinas e hospitais colocam os imigrantes em situações mais delicadas do que nunca.

8 A principal fonte de mão-de-obra trabalhadora legalizada do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, fica clara a inacapacidade do Reino Unido para lidar com as situações migratórias problemáticas de grande escala na atualidade, o que resulta em milhares de imigrantes em uma situação de ilegalidade e inacesso a direitos humanos fundamentais. A política das punições, as regras de migração em demasia, o excesso de taxas e a burocracia juntamente com o preconceito ainda existente contra os imigrantes, empurra muitos imigrantes para a margem da lei e dificulta inclusão dessas pessoas na sociedade britânica.

A cidadania e os vistos são utilizados como formas de controle, mas também ferramenta excludente de direitos fundamentais básicos, dentre eles: o direito ao voto, o direito a trabalhar, acessar o sistema de saúde gratuito nacional (NHS), acessar educação,[9] receber ajuda financeira do governo (como seguro-desemprego, auxílio-doença, auxílio para deficientes, auxílio-moradia, auxílio para o sustento de crianças, entre outros), alugar moradia ou viver em abrigos, viajar e retornar ao país, direito a aposentadoria e pensão, direito de abrir conta no banco, direito a comprar uma casa, direito ao voto, direito a dirigir, direito ao passaporte e à cidadania britânica.

O Reino Unido irá enfrentar uma fase sem precedentes de desrespeito a direitos humanos no país. O efeito das novas leis de imigração não só reforçou as dificuldades já existentes, como empurram ainda mais muitos grupos de pessoas imigrantes para a margem da sociedade. Fica claro que o não acesso a direitos humanos básicos ainda ocorre em função da defesa da ideia de direitos para determinados cidadãos, ao invés de direitos humanos para todos, o que, nas palavras de Ballin: "tornam a cidadania uma ferramenta de demarcação e exclusão" (BALLIN, 2011).

É cabível e aceito como norma de direito internacional, que estados soberanos tenham regras que controlem quem entra e sai do país e quem irá acessar determinados benefícios em seu território. A partir de 2013 por exemplo, houve mudanças com relação ao sistema de benefícios no Reino

9 O acesso a educação básica por crianças filhos de ilegais se tornou obrigatório após a assinatura da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Todavia, as escolas podem informar o governo a qualquer momento sobre o status de imigração dos pais das crianças e o acesso à educação somente é garantido até os 18 anos de idade.

Unido, limitando vários imigrantes (principalmente os desempregados) a receberem ajuda financeira, isso ocorreu com o intuito de proteger a receita do governo contra gastos excessivos, além de exigir mais provas para o pedido de auxílio, protegendo os cofres públicos contra pessoas que burlaram o sistema para tirarem proveito financeiro. Essa medida foi por exemplo, perfeitamente cabível e necessária. Logo, não se defende aqui um sistema completamente aberto e sem regras, mas algo razoável, que leve em consideração os problemas atuais de direitos humanos e os tratados internacionais de direitos humanos já assinados pelo país.

Tratados estes que garantem, em teoria, a proteção de direitos humanos a todos, mas na prática há um enorme *gap* entre a lei e a aplicação (DEMBOUR; KELLY, 2011, p. 166), pois a garantia de direitos humanos ainda fica sujeita as decisões dos atuais governos sobre quem pode e merece acessar e ter garantida a proteção com relação a esses direitos. No caso do Reino Unido, a garantia de total acesso a direitos básicos é dada pelo *status* de imigração, que, conforme visto acima, acabou se tornando um processo elitista, complexo e de difícil acesso.

Urge ao país utilizar-se das mesmas ferramentas que usou no passado para quebrar precendentes e promover direitos. Como ocorreu por exemplo na ampla proteção a direitos das mulheres no país, com campanhas extensivas para o pagamento igual de salários a homens e mulheres, a proteção contra violência doméstica, os benefícios financeiros dados as mães solteiras, a proteção contra assédio sexual e instituição de organisações específicas de proteção a mulheres; ou na proteção e combate ao preconceito contra pessoas homosexuais, que hoje também é algo amplamente aceito e naturalisado na sociedade britânica, sendo inclusive referencia mundial no que tange a igualdade de tratamento a pessoas homosexuais e LGBT+.

Os exemplos acima mostram que o país conseguiu com êxito, educar e combater a discriminação de diversas formas, com o intuito de ajudar grupos excluídos a terem o seu local de reconhecimento na sociedade, acessarem direitos e serem aceitos.

A experiência de imigrantes no país, na maioria das vezes, também se resume a isso: serem aceitos. Poder colaborar com a sociedade em que vivem e terem reconhecida a sua condição de seres humanos e consequentemente, protegida a sua diginidade e direitos mais primários como

o de ir e vir, ter moradia, trabalhar, estudar, votar ou acessar serviços de saúde quando necessário. Os imigrantes não se diferem de grupos excluídos nesse quesito, pois na verdade, precisam antes de qualquer concessão de direitos, do reconhecimento de que existem perante o sistema – não no sentido de um problema a ser combatido como acontece hoje em dia, mas existirem como seres humanos em condições precárias de vida que merecem proteção.

O Reino Unido é, sem dúvida, não só uma grande potência mundial, mas também um país com grande poder de influência do ponto de vista global, e pode fazê-lo positivamente, como nos exemplos acima citados. Cabe, portanto, um último passo no que tange à real superação dos resquícios racistas e escravagistas da sua história, garantindo, de fato, direitos humanos básicos para todos, independentemente do seu *status* migratório.

REFERÊNCIAS

BALLIN E, **Citizens' Rights and the Right to be a citizen.** Boston: Brill Nijhoff, 2011.

BLAKE, Ann. Migrant statistics quarterly report. **Office for National Statistics**, 2019. Disponível em: https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/populationandmigration/internationalmigration/bulletins/migrationstatisticsquarterlyreport/february2019. Acesso em: 15 nov. 2019.

DEMBOUR, M.; KELLY, T, **Are Human Rights for Migrants? Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States.** London and New York: Routledge, 2011.

FERNANDEZ-REINO, Marina. Migrants in the UK Labour Market: An overview. **The Migration Observatory at the University of Oxford**: 2021. Disponível em: https://migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/briefings/migrants-in-the-uk-labour-market-an-overview/ Acesso em: 7 jan. 2021.

GENTLEMAN A, **The Windrush Betrayal: exposing the hostile environment.** London: Guardian Faber, 2019.

GOWER, Melanie. Asylum seekers: The permission to work policy. **UK Parliament**: 2021. Disponível em: https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn01908/#:~:text=The%20policy%20restricting%20asylum%20seekers,are%20not%20allowed%20to%20work.&text=they%20have%20waited%20over%2012,further%20submission%20for%20asylum%3B%20and. Acesso em: 21 mar. 2021.

MAHMOUD, Basit. All the companies that have collapsed or moved abroad since Brexit. **Metro**: 2019. Disponível em: https://metro.co.uk/2019/09/23/companies-collapsed-moved-abroad-since--brexit-10795029/. Acesso em: 13 mar. 2021.

MALCOLM Sargeant, **Discrimination Law.** Middlesex: Pearson Longman, 2004.

MW437. The history of migration to the UK. **Migration Watch UK**: 2019. Disponível em: https://www.migrationwatchuk.org/briefing--paper/437/the-history-of-immigration-to-the-uk. Acesso em: 28 mar. 2021.

MW48. A summary history of immigration to Britain. **Migration Watch UK**: 2019. Disponível em: https://www.migrationwatchuk.org/briefing-paper/48/a-summary-history-of-immigration-to-britain. Acesso em: 10 mar. 2021.

Policy Paper. Home Office Immigration and Nationality fees. **UK Government**: 2018. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/visa-regulations-revised-table/8-october-2018. Acesso em: 10 dez. 2019.

TALTON. The Challenge of Decolonization in Africa. **The New York Public Library**: 2020. Disponível em: http://exhibitions.nypl.org/africanaage/essay-challenge-of-decolonization-africa.html. Acesso em: 20 abr. 2020.

TAYLOR, Diane. Home Office loses 75% of its Appeals against immigration rulings. **The Guardian**: 2018. Disponível em:https://www.

theguardian.com/uk-news/2018/sep/03/inhumane-three-quarters-of-home-office-asylum-appeals-fail. Acesso em: 12 fev. 2021.

YEO, Colin. Briefing: what is the hostile environment, where does it come from, who does it affect? **Free Movement**, 2018. Dospinível em: https://www.freemovement.org.uk/briefing-what-is-the-hostile-environment-where-does-it-come-from-who-does-it-affect/. Acesso em: 12 mar. 2021.

AS GARANTIAS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS OBREIROS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E NA CONVENÇÃO 95 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE SUA OBSERVÂNCIA NO ÂMBITO DO LABOR INTERMITENTE

Pedro Júnior dos Santos Sá[10]

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, há várias modalidades de labor humano; uma delas é o trabalho intermitente, no qual o obreiro que presta serviços de forma subordinada, pessoal, habitual e onerosa, porém, sem jornada laboral fixa, podendo haver períodos de inatividade longos alternados com prestações de serviços no curso do mesmo contrato de trabalho. Verifica-se que os requisitos da relação empregatícia estão presentes no citado pacto, ganhando destaque o elemento diferenciador, que é a descontinui-

10 Especializando em MBA em Gestão Tributária, Contabilidade e Auditoria na Faculdade Estratego, Belém/-PA.

dade na prestação de serviços do operário, sem invalidar o requisito essencial da não eventualidade.

O trabalhador intermitente exerce papel importante na dinâmica laboral atual, que visa adequar os empregos às novas demandas de fornecedores e consumidores, e até mesmo aos novéis institutos legais, que também são alterados visando à citada conformidade. Destacam-se como algumas das pretensões do labor descontínuo: maiores resultados para os empregadores e a geração de novos postos de trabalho, possibilitando ao empregado prestar serviços a vários empregadores.

As implicações sociais provenientes da inserção de uma nova modalidade laboral afetam o indivíduo (empregado), em diversos aspectos, seja individual ou em sua relação familiar, através de seu progresso econômico. Isto é, será que o ganho financeiro proveniente do emprego de sua força laboral é capaz de atender a suas necessidades básicas, possibilitando ou não seu progresso social? Tais fatos refletem no meio social e econômico como um todo, pois a quantidade de empregos não significa a qualidade nestes.

Retomando o argumento anterior, um aumento no oferecimento de empregos traz indagações sobre as condições em que a relação laboral se dará quanto aos direitos fundamentais como dignidade do trabalhador, tutela ao salário, observação a normas de saúde e segurança do trabalho, permitindo um trabalho humanizado e em condições dignas. Desse modo, indaga-se: o modelo contratual de trabalho intermitente respeita as garantias coletivas dos obreiros previstas no art. 7º da CRFB/1988?

Sendo assim, é oportuno averiguar quais os direitos previstos no contrato de labor intermitente, de que modo eles são concedidos, se as possibilidades de negociações respeitam ou não a hipossuficiência do trabalhador ou servem como instrumento de abusos de direitos. Para proceder a aludida análise, faz-se necessário em um primeiro momento conhecer os direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores na Constituição Federal de 1988, para posteriormente se verifeicar as disposições normativas relativas ao labor intermitente e os efeitos decorrentes da observância ou não dos direitos fundamentais dos obreiros.

Somando-se a isso, é oportuno destacar as garantias fundamentais previstos em normas internacionais, em especial a convenção nº 95 da Organização Internacional do Trabalho, (OIT), que versa sobre garantias

inerentes a tutela do salário. Neste prisma, inicialmente será demonstrado como ocorrem à aplicação de leis internacionais no Brasil e o que é e como funciona controle de convencionalidade das leis. Doravante, proceder-se-á a investigação permenorizada sobre a observância nas relações de labor intermitente das normas da citada convenção.

1. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE À LUZ DAS GARANTIAS E PRINCÍPIOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDEREAL DE 1988.

Desde a criação e entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais relacionados à relação de trabalho ganharam considerável destaque em seu texto, sendo promovidos ao nível de garantias fundamentais, dada sua relevância para a sociedade. Esses instrumentos de tutela estatal já haviam sido previstos em âmbito nacional desde a Constituição de 1934. São considerados direitos de terceira dimensão, isto é, demandam um agir por parte do Estado para efetivá-los (DEVECHI, 2012).

Nesse contexto, é imperioso ressaltarmos o positivismo, que foi uma teoria jurídica que dava elevada importância ao caráter formal das normas, isto é, o atendimento ao rigor procedimental na elaboração das normas lhe concedia legitimidade, pouco importando a análise crítica de seu conteúdo através de uma perspectiva social. Tal entendimento sobre as normas jurídicas possibilitava certos arbítrios por parte do ente Estatal, uma vez que nem toda norma legal é legítima do ponto de vista moral e ético, ou seja, leis que expusessem os trabalhadores a condições indignas de labor seriam consideradas válidas. (LEÃO, 2016).

Sendo assim, devido à formalidade excessiva do positivismo, surgiu o jus positivismo, com o intuito de possibilitar uma nova forma de pensar o direito, seus ideais, sua função social, entre outros pontos. Nesta ordem jurídica, haveria princípios e regras que se interligam, buscando dar maior unidade ao sistema jurídico. Desse modo, a análise puramente abstrata das leis em um caso concreto daria espaço para uma averiguação mais aprofundada no que diz respeito aos efeitos práticos de uma decisão judicial, ao considerar os princípios como normas de valor, que buscam concretizar as finalidades previstas na Constituição do país (LEÃO, 2016).

Em vista disso, tivemos o pós-positivismo, conhecido também como Neoconstitucionalismo, que foi um movimento que visava resgatar a importância do texto constitucional, a supremacia da Constituição, possibilitando um diálogo maior com os ramos do direito. Nessa conjuntura, houve a renovação da teoria das fontes, isto é, uma teoria que prestigia os princípios como fontes de direito, além disso, surgiu o método da ponderação, que consiste em avaliar de forma racional, proporcional e razoável, qual princípio deve prevalecer em um caso concreto, não podendo separar Constituição de direitos, havendo desse modo, uma atuação fortalecida do Poder Judiciário (NUNES JR, 2020).

Nessa esteira, com um respaldo constitucional somando-se às previsões infraconstitucionais, houve considerável avanço na regulamentação desses direitos, possibilitando relações trabalhistas mais concisas, onde empregado e empregador sabiam claramente de seus direitos e deveres. Nesse contexto social, infere-se que com a CRFB/1988 houve um balanceamento das relações de emprego, fazendo com que o obreiro contasse com meios abeis para resolução de controvérsias e violações de suas garantias sociais.

O primeiro ponto a se analisar no que concerne à constitucionalidade do pacto intermitente, é a dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 1º, inciso III: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana". Por essa razão, verifica-se que o Poder Constituinte Originário se preocupou de tal forma com esse princípio que o consagrou como um dos fundamentos da ordem Constitucional. Esse entendimento é exaltado também em outros dispositivos Constitucionais como os artigos: Art. 5º, inciso III, e art. 170, incisos III, VII e VIII:

> Art. 5º [...] III- Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano e degradante;
>
> 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:

> III- função social da propriedade.
>
> VII- redução das desigualdades regionais e sociais.
>
> VIII- a busca do pleno emprego.

O labor intermitente não possui horário de trabalho pré-estabelecido, sendo garantido ao trabalhador o recebimento do salário pelo tempo em que efetivamente esteve laborando. Além disso, o empregado não sabe o período em que será convocado para prestar serviços a seu empregador, o que gera uma considerável insegurança para aquele, haja vista que suas dívidas possuem prazos determinados para serem quitadas, assim como a compra dos itens essenciais para seu sustento e de sua família (BRASIL, 2017).

A realidade brasileira é de salários baixos, empregos informais, com poucos direitos garantidos aos operários; isto é, os vínculos de emprego não seguem na maioria dos casos o que determina a legislação trabalhista. Dados esses pontos, levando em consideração a reduzida remuneração paga ao intermitente e os longos períodos de inatividade, afetam a dignidade humana do trabalhador, impossibilitando este de ascender social e economicamente, contribuindo para a desigualdade social e precarização das relações trabalhistas.

Outro ponto a ser averiguado diz respeito ao direito fundamental ao salário-mínimo. Sobre a tutela desse direito, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 7º, Caput, incisos IV, V, VI, VII E X (BRASIL, 2019):

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:
>
> [...] IV- Salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes anuais, que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
>
> V- piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho;

> VI- irredutibilidade do salário, salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva;
>
> VII- garantia do salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
>
> X- proteção do salário na forma da lei.

No pacto intermitente, pelo fato de o obreiro receber apenas pelo período laborado, ocasiona uma percepção de valores muito a baixos do valor do salário-mínimo, tendo em vista que nesta modalidade há respeito apenas ao valor mínimo hora do instituto em análise, o que não se mostra suficiente para alcançar a finalidade da citada garantia fundamental, pois, com ganhos reduzidos e em meses em que nem contraprestação receberá devido à inatividade, o intermitente não gozará do mínimo para o seu sustento.

O pacto intermitente ofende também alguns princípios constitucionais, como o da valorização social do trabalho e da função social da propriedade. A violação quanto ao primeiro refere-se à transferência do risco da atividade econômica ao operário, uma vez que nesta modalidade de trabalho, o empregado fica submisso à convocação de seu patrão o que depende de certa demanda que este tem por seus produtos ou serviços, fato este, que não ocorrendo o obreiro não será convocado e consequentemente não receberá (LARAIA, 2018).

É importante salientar que os riscos do negócio devem ser suportados pelo empregador, de acordo com o art. 2º Caput da CLT, não podendo o obreiro intermitente arcar com os prejuízos advindos de um período de baixas demandas da empresa em que trabalha, por exemplo, deixando-o em inatividade e sem receber qualquer remuneração. A partir do momento em que o empregador transfere tal responsabilidade a seus subordinados, ele possibilita a violação das garantias citadas do art. 7º da CRFB/1988.

Por tal razão, mostra-se indispensável à averiguação do caráter forfetário do salário. Como anteriormente explanado, o empregado em regra, não compartilha com os riscos da exploração, do empreendimento. Sendo assim, o salário é devido a despeito da situação econômica ou financeira do empregador, ou seja, é independente da prosperidade da empresa. Seguindo esse raciocínio, verifica-se que no âmbito do labor intermiten-

te não há observância dessa característica salarial, uma vez que devido às prerrogativas desproporcionais dos patrões, estes podem convocar seus empregados e pagá-los de acordo com as demandas da empresa, podendo haver períodos sem convocação e sem pagamentos aos obreiros (MUNIZ, 2010).

Pelos argumentos acima explanados, há nítida violação ao princípio da valorização social do trabalho, tendo em vista, que este possui por escopo assegurar a todos a existência digna de acordo com os ditames da justiça social, art. 170 da CRFB/1988. Não se pode falar em justa medida, razoabilidade e proporcionalidade em uma relação de trabalho marcada por longos períodos de inatividade, baixos salários e considerável insegurança econômica para o obreiro. Essa espécie desvaloriza o trabalho digno que é reconhecido como um dos pilares da ordem social.

Com relação ao princípio da função social da propriedade, art. 170, III da CRFB/1988, ele é violado, haja vista que o empregador que possui seu estabelecimento, onde exerce atividade econômica em que se almejam resultados como lucro, crescimento e credibilidade no ramo de atuação entre outros, se ver dependente da mão de obra dos trabalhadores. A Constituição Federal de 1988 estabelece que a propriedade deva contribuir para o progresso econômico e social do país, o que não ocorre no labor intermitente, haja vista a desvalorização que este causa aos trabalhadores, sendo que nesse caso a propriedade desvia-se da finalidade instituída pela Constituição, que seria a de contribuir para o bem-estar social. (LARAIA, 2018).

Somando a isso, constata-se que o instituto em estudo ofende os direitos do trabalhador de receber algumas verbas trabalhistas que estão intimamente ligadas ao período de prestação de serviços e o valor de sua remuneração. Trata-se do seguro-desemprego, aviso prévio e um terço constitucional de férias, como o trabalho intermitente não garante o recebimento de salário todos os meses e valores abaixo do mínimo legal, essas vantagens também serão pagas em valores bastante reduzidos.

Com referência ao terço constitucional de férias, além de o trabalhador intermitente receber o valor reduzido de forma proporcional, este o percebe após cada período de prestação de serviços, conforme inciso II, do § 6º do art. 452-A da CLT, e não à dois dias antes do início das férias. Desse modo, há violação ao direito de gozo de férias com valor de um ter-

ço a mais do salário-mínimo e o período em que este direito é concedido. (LARAIA, 2018).

Em decorrência, percebe-se que o pacto intermitente repercute de forma negativa até mesmo em um dos períodos mais esperado pelos trabalhadores, que são as férias do emprego. O recesso não remunerado nesta modalidade laboral desregulamenta os direitos constitucionalmente assegurados à classe trabalhadora, provocando um total desprestígio do trabalho humano, desvalorizando os direitos ao longo da história do país conquistados. Além do mais, tal violação contribui para a baixa produção dos empregados, uma vez que o labor em condições indignas não traz satisfação ao operário, e o obreiro insatisfeito não produz em termos de quantidade e qualidade o mesmo que produziria em condições dignas de labor.

Assim, levando-se em consideração as explícitas violações às garantias fundamentais dos trabalhadores, foram ajuizadas inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal, em 2018, em face do instituto em estudo. Uma delas, a ADI nº 5.806/DF, traz a seguinte argumentação (BRASIL, 2018, Fls 3):

> ADI nº 5.806/2018, Página 4: Aduz que essa modalidade contratual viola os direitos fundamentais sociais elencados nos incisos IV, VII e XXIV do art. 7º da Constituição, na medida em que a submete o trabalhador a absoluta imprevisão de sua jornada e de sua remuneração, sem garantia de jornada mínima e de recebimento do correspondente salário-mínimo mensal, frustrando a contribuição previdenciária contínua necessária à aquisição do direito à aposentadoria.

Pelo fato de os direitos fundamentais configurarem cláusulas pétreas na atual ordem constitucional, conforme art. 60, §4º, IV da CRFB/1988, eles não podem sofrer alterações tendentes a delimitá-los ou extinguí-los, mas sim para ampliá-los, ou seja, aumentar seu âmbito de incidência. À vista disso, percebe-se o completo desrespeito do nóvel contrato em face das garantias constitucionais dos obreiros, configurando um instrumento de retrocesso social.

No tocante ao âmbito previdenciário, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 808/2017, que regulamentou a Lei nº 13.467/2017. O prazo de vigência daquela se encerrou em 23 de abril de 2018, uma vez que não foi votada pelo Congresso Nacional. Doravante, o Ministério do Trabalho publicou no Diário Oficial da União a portaria nº 349, que reproduziu em seu texo grande parte do que havia no texto da aludida Medidade Provisória. (BRASIL, 2017).

A Portaria nº 349 dispõe, em seu art. 6º, sobre a possibilidade de recolhimento complementar da contribuição previdenciária do obreiro intermitente, uma vez haverá meses em que receberá valores abaixo do salário-mínimo não se alcançando o valor mínimo de contribuição, e que não será convocado, nesta última hipótese ele prórpio deverá contribuir de forma integral para a previdência. Tal fato viola o art. 195 da CRFB/1988, que diz que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, inclusive os empregadores (ADI 5826/2017). Além disso, como haverá baixos salários nas relações de labor intermitente há grandes chances que o obreiro não realize a complementação e muito menos a contribuição integral, o que acaba resultando na não contagem do tempo de contribuição para fins de aposentadoria. Destarte, o afastamento do trabalhador do sistema de proteção social viola o direito fundamental a aposentadoria, previsto no art. 7º, XXIV da CRFB/1988. (ADI 5826/ 2017).

Em essência, conclui-se que o contrato de trabalho intermitente não é compatível com as normas e princípios destacados, uma vez que frustra todas suas finalidades. Sendo assim, a manutenção de um modelo pactual no ordenamento jurídico pátrio que vai de encontro à Constituição Federal de 1988 mostra-se extremamente prejudicial, não apenas à classe trabalhadora, como também para toda sociedade, devido ao retrocesso econômico e social causado pelo instituto.

2. O TRABALHO INTERMITENTE E A DESOBEDIÊNCIA AOS PRECEITOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS REFERENTES À PROTEÇÃO DO SALÁRIO (CONVENÇÃO Nº 95 OIT)

Inicialmente, antes de se proceder à análise sobre a compatibilidade do pacto intermitente e a Convenção nº 95 da OIT, devemos saber o que

se entende por controle de Convencionalidade das leis. Trata-se de uma técnica pela qual se invalidam normas internas menos benéficas à luz das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado. (MAZZUOLI, 2018).

De acordo com o art. 7º, IV da CRFB/1988, o salário-mínimo é considerado direito humano fundamental. À vista disso, a Convenção nº 95 da OIT, que traz disposições sobre tutela do salário, é parâmetro de controle de Convencionalidade, devendo haver compatibilidade entre as leis internas e o aludido diploma internacional, sob pena de revogação da norma interna que o viola.

A Organização Internacional do Trabalho, organismo internacional, vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU), tem por objetivo central a universalização da justiça social. Para alcançar a citada finalidade, ela elabora normas internacionais referentes a todos os aspectos de trabalho humano, como erradicação do trabalho forçado, condições de trabalho dignas, proteção do salário entre outras. As citadas normas se converterão em convenções, que funcionarão como paradigma jurídico internacional para regulação das relações laborais nos Estados-Membros que a aprovarem (BEZERRA LEITE, 2019).

À vista disso, sobre o processo de incorporação de normas internacionais, uma vez ratificada a convenção pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Presidente da República, entra em vigor em âmbito interno, deixando de ser uma simples recomendação e tornando-se uma norma cogente, isto é, um diploma legal de observância obrigatória para todos. Nesse sentido, há a supervisão por parte da OIT, acerca da aplicabilidade das convenções ratificadas pelos Estados-Membros. (MAZZUOLI, 2018).

No ano de 1949, a OIT realizou a adoção da convenção nº 95, tendo por conteúdo a proteção do salário. Houve a aprovação pelo Congresso Nacional 29/05/1956, através do Decreto Legislativo nº 24, foi ratificada pelo Brasil na data de 25/04/1957, sendo promulgada em 25/06/1957, pelo Decreto nº 41.721, entrando em vigência nacional em 25 de abril de 1958. Dessa forma, o Brasil tornou-se signatário do aludido diploma internacional, assumindo a obrigação de observar as disposições acerca dos mecanismos de tutela salarial. (MACHADO, 2019).

Tomando por ponto de partida, a ideia de salário trazida pela convenção nº 95 da OIT, consta em seu artigo 1º:

> Art. 1 — Para os fins da presente Convenção, o termo "salário" significa, qualquer que seja a denominação ou o modo de cálculo, a remuneração ou os ganhos suscetíveis de serem avaliados em espécie ou fixados por acordo ou pela legislação nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devam ser prestados.

A Convenção nº 95 da OIT traz uma ideia abrangente e aberta sobre o salário, classificando como tal remunerações e ganhos percebidos pelo obreiro. Em contraste, a CLT, em seu art. 457, aduz que salário é uma espécie de remuneração do operário, ou seja, um entendimento mais fechado. Por fim, os pontos em comum dos dois diplomas referem-se ao salário como a contraprestação suscetível de avaliação em espécie, devida ao trabalhador por este ter cedido sua força de trabalho ao empregador.

Similarmente, outro importante dispositivo da Convenção nº 95 da OIT, é o art. 4º, alínea b, segue sua reprodução:

> Art. 4 — 1. A legislação nacional, as convenções coletivas ou as sentenças arbitrais podem permitir o pagamento parcial do salário em espécie nas indústrias ou nas profissões em que esta forma de pagamento seja de uso corrente ou conveniente em razão da indústria ou profissão em causa. O pagamento do salário sob forma de bebidas alcoólicas ou de drogas nocivas não será admitido em caso algum.
>
> 2. Nos casos em que o pagamento parcial do salário em espécie é autorizado, serão tomadas medidas apropriadas para que:
>
> a) as prestações em espécie sirvam para o uso pessoal do trabalhador e de sua família e lhes tragam benefício;
>
> b) o valor atribuído a essas prestações seja justo e razoável.

Depreende-se, da dicção do citado dispositivo, que a retribuição do empregador ao empregado que sede sua força de trabalho deve ser razoável e justa, isto é, não se pode desvalorizar o labor executado pelo obreiro, devendo haver um balanceamento nesta relação. Ao se averiguar a dinâmica de pagamento de salário no pacto intermitente, infere-se que não há razoabilidade, uma vez que o pagamento será proporcional ao labor efetivamente prestado. Portanto, haverá valores reduzidos, sequer alcançando os valores do salário-mínimo, o fato de não haver fixação de um valor mínimo pelo labor prestado não traz equilíbrio algum para relação empregatícia, depreciando, dessa forma, a força de trabalho cedida pelo obreiro.

A Convenção em análise aplica-se a todas as pessoas às quais um salário é pago ou pagável, isto é, o trabalho intermitente deve adequar-se aos preceitos da referida norma. O art. 6º da Convenção 95 da OIT é de fundamental relevância para avaliação da compatibilidade do objeto de pesquisa com a citada convenção, o mencionado artigo assim dispõe: "Fica o empregador **proibido** de **restringir** a liberdade do trabalhador de dispor de seu salário da maneira que lhe convier".

Neste ponto, o pacto intermitente distancia-se muito do determinado na convenção 95 da OIT, uma vez que uma de suas características é o pagamento do salário pelo serviço efetivamente prestado, essa regra privilegia o empregador desta relação trabalhista, uma vez que goza de uma prerrogativa desproporcional de convocar o empregado apenas nos casos em que tiver demandas de serviços ou até mesmo manipular o quanto este operário irá receber. Portanto, no âmbito do trabalho intermitente, o patrão possui faculdades exacerbadas que lhe permitem restringir o obreiro de dispor de seu salário.

Analisando outro artigo da convenção relativo ao aspecto temporal do pagamento do salário, preceitua o art. 12-1:

> Art. 12 — 1. O salário será pago em intervalos regulares. A menos que haja outras combinações satisfatórias que assegurem o pagamento do salário com intervalos regulares, os intervalos nos quais o salário deve ser pago serão prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral.

Fica claro o escopo protecionista ao obreiro, tendo em vista que havendo pagamento regular do salário, haverá uma maior segurança jurídica e econômica ao sujeito que fornece sua força de trabalho. Quando se afirma que o aludido pagamento será prescrito pela legislação nacional ou fixado por convenção coletiva ou sentença arbitral, a interpretação do artigo como todo, traz a ideia que o preceito internacional deve nortear as normas nacionais relativas à matéria, isto é, a legislação pátria deve prevê o adimplemento do salário em períodos uniformes.

No âmbito do pacto intermitente, é explícito o desrespeito ao retro citado mandamento internacional, uma vez que não há jornada laboral pré-fixada, ocasionando períodos curtos de prestação de serviços quando comparados com os longos períodos de inatividade. Como o pagamento do salário é proporcional ao labor efetivado, os meses em que o empregado não é convocado não são remunerados, ou seja, não há um recebimento de salário de modo regular pelo trabalhador, deixando-o extremamente vulnerável economicamente, pois não gozará de renda fixa mensal, reduzindo consideravelmente seu poder de compra, e juridicamente, haja vista, que a própria legislação resguarda tal violação a garantia fundamental de recebimento do salário, estando o obreiro de "mãos atadas".

Por fim, vale mencionar as disposições do art. 15 da convenção nº 95 da OIT:

> Art. 15 — A legislação que tornar efetivas as disposições da presente convenção deve:
>
> a) ser levada ao conhecimento dos interessados;
>
> b) indicar as pessoas encarregadas de assegurar sua execução;
>
> c) prescrever as sanções apropriadas em caso de infração;
>
> d) estabelecer, em todos os casos previstos, registros em dia, segundo forma e método apropriados.

Desse modo, entende-se que o Estado-membro deve seguir as orientações do diploma internacional, inclusive fazer a previsão de sanções nos casos de descumprimento delas. Infelizmente, o labor intermitente não segue os parâmetros averiguados, fato este que desprestigia o Estado Brasileiro em suas relações com a OIT, e com o mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos argumentos expostos, constata-se que o contrato de trabalho intermitente surgiu em um contexto de grave crise econômica e social do país. Por tais razões, o nóvel modelo visava solucionar esta crise, de tal modo que o empresariado nacional propôs a Reforma Trabalhista. Esta foi apresentada como uma solução para a profunda crise que se instalou no país, tendo por objetivo a geração de mais empregos. Todavia, os reais objetivos eram os de tornar as relações trabalhistas mais maleáveis aos interesses empresariais.

Sendo assim, aprovou-se a Lei nº 13.467/2017, Reforma Trabalhista, que trouxe o pacto intermitente. Com isso, tornou-se possível o labor sem jornada fixa, remuneração variável e baixa, devido o pagamento ser proporcional ao labor prestado, não havendo segurança para o empregado, e muito menos balanceamento na relação de emprego, por conta das exacerbadas prerrogativas patronais, sendo possível ao empregador manipular o quanto pagará aos seus subordinados.

Conclui-se que o contrato de trabalho intermitente não possui compatibilidade com as normas relativas a princípios e garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal de 1988, trazendo enormes prejuízos à classe operária e influenciando de forma negativa no meio social, pois precariza as relações trabalhistas, devido à desregulamentação de direitos fundamentais sociais. No prisma internacional o desrespeito aos parâmetros estabelecidos na convenção nº 95 da OIT, é explícito, fato que corrobora para o desprestígio do país e da classe operária no mundo.

A convenção nº 95 da OIT tem por finalidade a tutela do salário, sendo este considerado direito humano fundamental, o que torna o citado diploma internacional apto a servir de parâmetro no controle de convencionalidade das leis. O labor intermitente viola vários dispositivos da Convenção nº 95 da OIT, uma vez que não há razoabilidade no pagamento dessa contraprestação, transformando o trabalhador em um mero instrumento de aferição de lucros ao empregador.

Dessa forma, o contrato de trabalho intermitente configura um retrocesso social, uma vez que não assegura as garantias fundamentais essências para uma relação laboral equilibrada e harmônica, em que o trabalhador possui os meios para alcançar o progresso econômico e social através de seu

emprego, além de prover o sustento próprio e de sua família. Em suma, o pacto intermitente não pode ser mantido no ordenamento pátrio, devido a seus graves efeitos negativos. Deve haver alterações nas disposições legais que o regulam, visando ao respeito e adequação aos direitos fundamentais insculpidos na CRFB/1988 e os preceitos da Convenção nº 95 da OIT.

REFERÊNCIAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho – 11. Ed.** Saraiva Educação, São Paulo, 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto Lei nº 5.452/1943.

_____. Ministério do Traballho. Gabinete do Ministro. **Portaria** nº 349, de 23 de maio de 2018. Disponível em: <PORTARIA Nº 349, DE 23 DE MAIO DE 2018 – Imprensa Nacional (in.gov.br)>. Acesso em: set. 2020.

_____. Reforma Trabalhista, **Lei nº 13.467,** de 13 de julho de 2017. Disponível em: <L13467 (planalto.gov.br)>. Acesso em: set. 2020.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,** 1988.

DEVECHI, Antonio. **Constituições do Brasil 1824-1988: documento histórico**. Juruá Editora, 2012.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno e o Contrato De Trabalho Intermitente.** 2018. 249 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

LEÃO, Semírames de Cássia Lopes. O Direito do Trabalho no Pós-Positivismo. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 2, n. 2, p. 1191-1207, 2016.

MACHADO, Herminegilda Leite. **Convenção n. 95 da OIT: proteção ao salário**, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MUNIZ, Mirella K. de C. Bifano. **O direito fundamental ao salário-mínimo digno: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. LTr, 2010.

NUNES JR, Flavio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva Educação, 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 95/1958**: proteção do salário. Disponível em: <C095 - Proteção do Salário (ilo.org)>. Acesso em: set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5806/DF**, Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5303585. Acesso em: set. 2020.

_____. **ADI 5826/DF**, Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748231633&prcID=5317595>. Acesso em: set. 2020.

O NAZISMO COMO "PANO DE FUNDO" DO FILME *A MENINA QUE ROUBAVA LIVROS* À LUZ DA REFLEXÃO ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[11]

INTRODUÇÃO

O filme *A Menina que Roubava Livros* conta a história de Liesel, uma menina que, apesar de todas as adversidades de sua vida, amava livros, conseguindo encontrar neles uma forma de saciar sua sede de conhecimento. Liesel era filha de comunistas, sendo ela e o irmão separados de seus pais e encaminhados a uma família adotiva. Contudo, durante o trajeto, seu irmão morre tragicamente, causando-lhe ainda mais dor.

Cumpre ressaltar que esses dois fatos causaram grandes traumas na infância da protagonista. E ao lado desse drama, seu autor, Markus Zusak, deixa evidente a responsabilidade de Hitler e do regime nazista.

Hitler foi um personagem histórico do século XX que ainda desperta interesse e curiosidade. Ele passava a maior parte do tempo com ocultistas e extremistas dos dois lados do espectro político, e acredita-se que isso foi fundamental

11 Professora do Centro Universitário Unifaminas. Mestra em Direito Processual, Efetivação da Justiça e Direitos Humanos pela UCP. Pós-graduada em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Autora de diversos artigos jurídicos. Advogada.

para o desenvolvimento do seu ódio pela classe média e principalmente, pelos judeus. Desta forma, a Alemanha passava por uma grande transformação social. O colapso da monarquia e da economia propiciaram o crescimento de filosofias extremistas, do comunismo ao nazismo. Assim, o Nazismo é a todo tempo abordado no filme, através de personagens que apoiavam e seguiam fielmente Hitler, e por outros que discordavam de suas ideias e, que apesar de todo temor, conseguiam mesmo que secretamente, se opor a ele.

Liesel, a menina que roubava livros, por sua vez, tinha uma visão negativa de Hitler, em virtude de tudo que havia sofrido, bem como das atrocidades presenciadas com os judeus. Vale mencionar que alguns recursos utilizados por Hitler são evidenciados no filme, como o uso das palavras, o contraste entre o feio e o belo das ações humanas. Ele era um excelente orador e tinha o poder de mover multidões e disseminar os ideais nazistas.

Os nazistas, cientes da importância das palavras, queimavam livros e materiais de autoria judia, comunista, ou qualquer outro que não considerassem dignos para a população alemã. E isso, fica claro no filme. Este não faz referência apenas aos judeus, que foram as maiores vítimas de violação dos Direitos Humanos do regime de Adolf Hitler, mas também aos direitos de todos os alemães.

O governo de Hitler disseminava a ideia de uma raça pura, de humanos melhores que outros a quem todos os direitos estavam reservados inclusive de vida ou morte sobre os inferiores. Também aqueles que pensassem diferente do estabelecido eram vistos como inimigos, como era o caso dos comunistas, e qualquer pessoa que discordasse do governo implantado poderia sofrer algum tipo de restrição, sem que houvesse qualquer respeito ou mínima garantia aos direitos que todos deveriam dispor pelo simples fato de serem humanos.

Assim, o objetivo do presente trabalho é demonstrar o autoritarismo do regime nazista, sua influência negativa não apenas na vida dos judeus, como também na vida de Liesel, a menina que roubava livros, em uma nítida violação aos direitos humanos. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em referências bibliográficas, filmes e documentários.

1. HITLER E A ALEMANHA NAZISTA

Hitler nasceu no dia 20 de abril de 1889. Em 1907, Hitler se candidatou à Academia de Belas Artes de Viena, pois almejava ser artista. Contudo,

em 1908 teve seu pedido recusado. Com o início da Primeira Grande Guerra (1914-1918), Hitler foi rejeitado no Exército austríaco, mas conseguiu se alistar no Exército alemão. Com sua bravura, conseguiu obter a Cruz de Ferro. No entanto, com o fim da Primeira Guerra Mundial, não conseguiu emprego.

A Alemanha passava por uma grande transformação social. O colapso da monarquia e da economia propiciaram o crescimento de filosofias extremistas, do comunismo ao nazismo. Nessa época, Hitler viajou para Munique, onde se tornou um dos primeiros membros do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, conhecido como nazista.

Em 1929, o mundo vivenciava uma grave depressão econômica e os nazistas se aproveitaram disso para realizar avanços políticos no descontente eleitorado alemão. Aos poucos, eles passaram a ser reconhecidos como um legítimo partido político, e Hitler, que era um orador brilhante, logo se destacou, recebendo vários apoios. Hitler reafirmava seus interesses territoriais na Europa e sua intenção de rearmar militarmente a Alemanha.

Em 1938, ele anexou a Áustria à Alemanha e em 1939 suas tropas tomaram o controle da Tchecoslováquia. Não obstante a oposição da Inglaterra e França, elas não tomaram nenhuma iniciativa para evitar uma guerra. Mais tarde, a Alemanha assinou um pacto de não agressão com a União Soviética, mas, desferiu um ataque sobre a Polônia. Indignadas, Inglaterra e França declararam estado de guerra, e, assim, iniciava-se a Segunda Grande Guerra.

A dominação total de Hitler na Europa durou cerca de quatros anos (1941-1944). O espírito de Hitler era de um otimismo invencível. E para realizar seu sonho de um *Reich* racialmente puro, o ditador criou crematórios para a execução em massa de judeus, ciganos e todos os outros povos, que fossem considerados por ele como indesejáveis.

2. O NAZISMO COMO "PANO DE FUNDO" DO FILME A MENINA QUE ROUBAVA LIVROS

2.1 DO RESUMO DO FILME "A MENINA QUE ROUBAVA LIVROS"

A Menina que Roubava Livros conta o drama de Liesel, uma menina que, apesar de todas as adversidades do regime totalitarismo, amava livros,

conseguindo encontrar neles uma forma de saciar sua sede de conhecimento. Ela era filha de comunistas, e junto com o irmão foram separados de seus pais e encaminhados a uma família adotiva. Contudo, durante o trajeto seu irmão morre tragicamente. É notório que esses dois fatos causaram grandes traumas na infância da garota.

A protagonista do filme em análise foi adotada por Rosa e Hans Hubermann, um casal pobre que vivia em Munique. Rosa, uma mulher ríspida, rude, lavava e passava para as famílias ricas da cidade. Hans era pintor e acordeonista, homem bom, carinhoso, pelo qual Liesel desenvolveu um afeto especial desde o momento em que o conheceu. Em pouco tempo, Liesel despertou a amizade e a paixão do seu vizinho Rudy, um garoto maluco, que se pintava de preto, dizendo ser Jesse Owens. Eles passavam horas brincando e conversando.

Um certo dia, Max, um jovem judeu, foi levado para refugiar-se na casa de Liesel. Seu pai, Hans, o levou para o porão e lá a menina ficava lhe contando as histórias de seus livros furtados, enquanto isso, Max imaginava-se lutando com Hitler todas as noites. Liesel e Max tornaram-se grandes amigos. E o judeu, ao ver o entusiasmo da menina por livros, a presenteou com dois.

Liesel roubava livros em situações adversas, geralmente para simbolizar alguma situação. O seu primeiro livro roubado representou a última vez que viu sua mãe irmão. Contudo, a protagonista também roubava livros pela simples oportunidade, como o fez com o seu segundo livro, ao furtá-lo de uma fogueira por acreditar que ninguém estava lhe observando. Liesel amava os livros e, principalmente as suas palavras.

O pai adotivo de Liesel, não obstante sua simplicidade, foi seu grande incentivador. Ele lia, constantemente para a menina e colocou na parede de sua casa um grande quadro para que nele Liesel fosse colocando todas as palavras novas que aprendesse.

Liesel, com um total de sete livros furtados mais alguns outros que recebeu de presente, ganhou um livro em branco para escrever sua própria história. Desta forma, começa a escrevê-la antes que a guerra lhe tirasse tudo e todos. Essa foi a terceira e a última vez que a morte cruzou seu caminho em vida.

Nas últimas cenas do filme, Liesel acorda de um estrondo e encontra seus pais adotivos mortos. Um pouco à frente, a garota ficou aliviada ao

ver seu amigo Rudy ainda com vida. Mas para sua tristeza, ele acabou falecendo. Contudo, mesmo diante de tanta dor, a menina consegue resgatar para si mais um livro, que ela esconde com todo cuidado para que ninguém o veja.

2.2 O NAZISMO E LIESEL, A MENINA QUE ROUBAVA LIVROS

O Nazismo é o tempo todo abordado no filme, através de personagens que apoiavam e seguiam fielmente Hitler. Outros, que discordavam de suas ideias e, apesar de todo temor, conseguiam mesmo que secretamente, se opor a ele. Vale lembrar a cena do filme que Liesel ao fazer a entrega das roupas na casa do Prefeito, fica encantada com sua biblioteca gigante. Liesel passa, então, a visitar a biblioteca todas as vezes que ia entregar as roupas.

No entanto, quando o Prefeito descobre, ele expulsa a garota imediatamente de lá. Isso demonstra sua atitude tirana, em consonância com o regime totalitário da época, que proibia a leitura.

"A Menina que Roubava Livros", por sua vez, tinha uma visão negativa de Hitler, em virtude de tudo que havia sofrido, bem como das atrocidades presenciadas com os judeus. Em uma cena do filme, Riesel e seu amigo Rudy gritam inúmeras vezes, em tons expressivos "eu odeio Hitler".

De acordo com Zusak:

> O movimento nazista é abordado a todo momento na estória, mostrado por personagens que apoiavam e seguiam fielmente Hitler; outros que discordavam de suas ideias e, apesar de todo temor, conseguiam, mesmo que secretamente, se opor a ele. A própria visão da protagonista sobre o *Führer* vai mudando durante o decorrer da obra. Ainda no começo da história ela o enxergava como um líder poderoso e respeitável, digno de admiração, discursando com magnitude e exercendo fascínio sobre ela. Sempre o fascínio pelas palavras. Porém, com o passar dos acontecimentos, sua visão se transformou. O fato de ter de esconder Max em seu porão e viver temendo que o descobrissem, ou a descoberta de algumas

> atrocidades como a marcha de judeus para Dachau, presenciando a violência com que estes eram maltratados por oficiais nazistas, foram elementos incontestáveis para transformar sua admiração por Hitler em forte repulsa (ZUSAK, 2007, 156).

Alguns recursos utilizados por Hitler são evidenciados no filme, como o uso das palavras, o contraste entre o feio e o belo das ações humanas. Trata-se de recursos que não possuem apenas a finalidade de provar à morte, narradora, que a espécie humana tem razões existenciais que vão além da destruição, mas também para chamar a atenção do leitor para esses contrastes.

Segundo Hitler, "a palavra falada, por motivos psicológicos, é a única força capaz de provocar grandes revoluções" (COUTO, 2007). Ele era um excelente orador e tinha o poder de mover multidões e disseminar os ideais nazistas. Os nazistas, cientes da importância das palavras, queimavam livros e materiais de autoria judia, comunista, ou qualquer outro que não considerassem dignos para a população alemã.

Ratifica-se o aludido com a cena do filme em que Riesel furta da fogueira um livro judeu e o esconde dentro de sua roupa, demonstrando, mais uma vez, o autoritarismo do regime nazista.

3. NAZISMO E A ANÁLISE DO FILME A MENINA QUE ROUBAVA LIVROS À LUZ DA REFLEXÃO ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS

A menina que roubava livros não faz referência apenas aos judeus, que foram as maiores vítimas de violação dos Direitos Humanos do regime de Adolf Hitler, mas também aos direitos dos próprios alemães. É comum que em abordagens sobre a Segunda Grande Guerra a vida da população alemã não seja lembrada, haja vista que os judeus e outras minorias foram as grandes vítimas do holocausto. Porém, Zusak, em seu livro que deu origem ao filme de mesmo título, teve cuidado para que isso não acontecesse.

O primeiro contato que se tem no filme com a discriminação das minorias aparece nas primeiras cenas com a mãe de Liesel levando seus filhos para um lar adotivo. Contudo, a protagonista demora a entender o motivo

de tal separação. A mãe entrega seus filhos para uma família adotiva, em que a mãe é muito rude e o pai muito sorridente.

Ao longo de todo o drama, vai se entendendo o porquê da mãe de Liesel, a menina que roubava livros, ter que abrir mãos de seus filhos. Isso se torna claro pelo fato de eles serem comunistas e desejarem preservar a segurança dos filhos.

O governo de Hitler disseminava a ideia de autoritarismo, de uma raça pura, de humanos melhores uns os que outros, a quem todos os direitos estavam reservados inclusive de vida ou morte sobre os inferiores. Todos aqueles que pensassem diferente do estabelecido eram vistos como inimigos, como era o caso dos comunistas. Assim, qualquer pessoa que discordasse do governo implantado poderia sofrer algum tipo de restrição, sem que houvesse qualquer respeito ou mínima garantia aos direitos que todos deveriam dispor pelo simples fato de serem humanos.

O autor do filme "demonstra nitidamente que no regime autoritarista os direitos eram suprimidos. O governo censurava emissoras de rádio, músicas, teatros, livros, o que vem a justificar o nome do filme. Vale lembrar que outra minoria que sofreu uma segregação foram os negros. O filme aborda isso por meio da história de Rudy, que pelo seu gosto por corridas, tem como principal inspiração o corredor negro Jesse Owens. Quando Rudy resolve se pintar com carvão para imitar seu ídolo, ele é julgado severamente por toda a vizinhança, que lembra para sempre do ocorrido, e acaba sendo censurado por seu pai, que apesar de não concordar com Hitler, se preocupa com o bem-estar do filho.

Zusak narra também o tratamento que Owens recebeu ao se consagrar vitorioso nas Olimpíadas. A reação, até mesmo dos mais racistas, revela a não naturalidade ou a artificialidade da discriminação racial:

> Jesse Owens acabara de completar o revezamento 4X100 e conquistara sua quarta medalha de outro. A história de que ele era subumano, por ser negro, e da recusa de Hitler a lhe apertar a mão foi alardeada pelo mundo afora. Até os alemães mais racistas ficaram admirados com os esforços de Owens, e a notícia de sua proeza vazou pelas brechas (ZUZAK, 2007, p. 53).

Vale lembrar também que uma das humilhações sofridas pelos judeus, retratada no livro, era quando esses eram forçados a desfilar nas ruas da cidade indo em direção aos campos de concentração, sofrendo castigos dos soldados. Liesel presencia alguns desses desfiles (ZUSAK, 2007, p. 341):

> Quando eles chegaram de vez, o barulho de seus pés pulsou sobre a rua. Seus olhos eram enormes, nos crânios esfaimados. E a sujeira. A sujeira moldava-se neles. As pernas cambaleavam, à medida que eles eram empurrados pelas mãos dos soldados — alguns passos trôpegos de corrida forçada, antes do lento retorno a um andar desnutrido. Hans os observava por sobre as cabeças da plateia que se aglomerava. Tenho certeza de que tinha os olhos prateados e tensos. Liesel olhava pelas brechas ou por cima dos ombros. Os rostos sofredores de homens e mulheres esgotados estendiam-se para eles, implorando não tanto ajuda — já haviam ultrapassado essa fase —, mas uma explicação. Apenas alguma coisa que diminuísse aquela perplexidade. Seus pés mal conseguiam erguer-se da terra. Havia estrelas-de-davi coladas em suas camisas, e a desgraça prendia-se a eles como que por designação. "Não te esqueças de tua miséria..." Em alguns casos, crescia neles como uma videira. A seu lado, os soldados também passavam, dando ordens para eles se apressarem e pararem de resmungar. Alguns desses soldados eram apenas meninos. Tinham o Führer nos olhos.

Nesse mesmo desfile, Hans tenta ajudar um idoso judeu que está muito fraco, dando-lhe um pedaço de pão. Essa atitude tem repercussões para Hans e também resulta em uma punição imediata para o judeu, que é açoitado.

Por fim, essas minorias abordadas na obra de Markus Zusak tiveram seus direitos, inerentes ao fato de se caracterizarem como seres humanos, violados das mais diversas formas. Porém, outras minorias, infelizmente, também sofreram, como os homossexuais, os ciganos e os que possuíam alguma deficiência, além de alemães discordantes do regime, que apesar de se enquadrarem no ideal racial de Hitler, vivenciaram situações complicadas e de violação de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filme *A Menina que Roubava Livros* conta o drama de Liesel, uma menina que, apesar de todas as adversidades do regime totalitarismo, amava livros, encontrando neles uma forma de saciar sua sede de conhecimento. Liesel vivia em um país marcado pelo Nazismo, regime totalitarismo, em que se proibiam o acesso aos livros, com a finalidade de que as pessoas só tivessem acesso àquilo que fosse conveniente ao governo. Não obstante, a protagonista do filme começa a roubar livros como forma de fugir daquele regime autoritário.

O Nazismo é, a todo tempo, abordado no filme, através de personagens que apoiavam e seguiam fielmente Hitler e de outros, que discordavam de suas ideias e, apesar de todo temor, conseguiam mesmo que secretamente, se opor a ele. A menina que roubava livros, por sua vez, tinha uma visão negativa de Hitler, em virtude de tudo que havia sofrido, bem como das atrocidades presenciadas com os judeus.

Cumpre ressaltar que em uma cena do filme Liesel e seu amigo Rudy gritam em alto e bom tom: "Eu odeio Hitler! Eu odeio Hitler!". Desta forma, o filme conta o drama de uma garota, que é desde cedo, separada dos pais biológicos e do irmão, vivenciando diversas atrocidades oriundas do Nazismo. O filme não faz referência apenas aos judeus, que foram as maiores vítimas de violação dos Direitos Humanos do regime de Adolf Hitler, mas também aos próprios alemães.

O autor do filme demonstra nitidamente que no regime autoritarista os direitos eram suprimidos. O governo censurava emissoras de rádio, músicas, teatros, livros, o que vem a justificar o nome do filme. As minorias abordadas na obra de Markus Zusak tiveram seus direitos inerentes ao fato de se caracterizarem como seres humanos, violados das mais diversas formas. Porém, outras minorias, infelizmente, também sofreram, como os homossexuais, os ciganos e os que possuíam alguma deficiência, além de alemães discordantes do regime, que apesar de se enquadrarem no ideal racial de Hitler, vivenciaram situações complicadas e de violação de direitos.

Assim, a finalidade do autor Markus Zusak foi criticar o Nazismo de Hitler, demonstrando como esse regime influenciou negativamente a vida

de muitas pessoas, colocando-o como "pano de fundo" do drama envolvendo a "Menina que Roubava Livros".

REFERÊNCIAS

ALÉCIO, Manuela Campos Machado. **A Menina que Roubava Livros: Influência da Segunda Guerra Mundial no Comportamento Feminino.** Disponível em: https://uniandrade.br/revistauniandrade/index.php/ScriptaAlumni/article/view/314/201. Acesso em: 18 jul. 2019.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal Parte Geral.** 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

COUTO, Sérgio Pereira. **Dossiê Hitler.** São Paulo: Universo dos Livros, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal. Estudos, pareceres e crônicas.** 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LENHARO, Alcir. **Nazismo "o triunfo da vontade".** São Paulo: Editora Ática, 1986.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado.** 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

OROSCO, Juliane. **Resenha livro: A mente de Adolf Hitler – Walter C. Langer.** Disponível em: https://juorosco.blog/2019/03/31/resenha-livro-a-mente-de-adolf-hitler-walter-c-langer/. Acesso em: 12 jul. 2019.

OROSCO, Juliane. **Resenha doc.: Hitler – Uma carreira (Joachin C. Fest e Christian Herendorfer).** Disponível em: https://juorosco.blog/2017/02/22/resenha-documentario-hitler-uma-carreira-joachin-c-fest-e-christian-herendorfer/. Acesso em: 28 jul. 2019.

SÁ, Roecson Valadares. **Os Direitos Humanos na Ótica da Morte e da Menina que Roubava Livros.** Disponível em: fi-

le:///C:/Users/Windows/Downloads/260-Texto%20do%20artigo-1080-1-10-20140811%20(2).pdf. Acesso em: 10 fev. 21.

SILVA, Caroline Patrícia Parra Gomes da; RIBEIRO, Maria Augusta Hermengarda Wurthmann. **Experiências de leitura do texto literário em A menina que roubava livros: abertura, escuta e inquietude.** Disponível em: http://revistas.pucsp.br/fronteiraz/article/view/22750/17065. Acesso em: 17 jul. 2019.

SILVA, Caroline Patrícia Parra Gomes da. **A Menina que Roubava Livros e a Aprendizagem da leitura.** Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/138557/000860810.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 jul. 2019.

SILVA, Igor Luiz Pereira e. **Princípios Penais.** 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

SILVA, Gabriela. **A Menina que Roubava Livros – A Morte pede a Palavra.** Disponível em: http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/XI-SemanaDeLetras/pdf/gabrielasilva.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

UTICHI, Joe. **A menina que roubava livros – Entrevista com Markus Zusak, 2014.** Disponível em: <http// intrínseca.com.br entrevista-com-markus-zusak>. Acesso em: 22 jul. 2019.

ZUSAK, Markus. **A Menina que Roubava Livros.** Rio de Janeiro: Intrínseca, 2007.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO LIMITE À LIBERDADE CONTRATUAL

Marina Cavalli Ribeiro da Silva[12]
Luciana Lopes Canavez[13]

INTRODUÇÃO

No contexto atual, marcado pelo constante avanço tecnológico e pelo desenvolvimento da chamada economia digital, ganhou destaque um novo modelo de negócio, voltado para um fluxo cada vez maior em torno de bases de dados pessoais, os quais, quando agrupados, se transformam em uma informação de elevado valor que, por sua vez, é utilizada pelo mercado como forma de definição de estratégias para, dentre outros objetivos, obtenção de poder. O impacto da divulgação desses dados na privacidade de seus titulares é muito grande e pode resultar em danos a

12 Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2021). Pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal (2020). Pós-Graduada em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2019).

13 Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2004) e Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (2012). Professora Assistente Doutora de Direito Civil e Propriedade Intelectual da Universidade Estadual Paulista – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP/Franca.

muitos de seus direitos fundamentais. Assim, principalmente por conta dessa dependência do mercado e de outros agentes – inclusive públicos – pelos dados pessoais dos indivíduos, bem como pela supervalorização da informação à nível global, houve a necessidade de se pensar em medidas para a regulação e para a proteção de dados pessoais, a fim de poder contornar os perigos que um tratamento inadequado ou excessivo de dados poderia resultar aos seus titulares (PINHEIRO, 2020, p. 12).

Nesta perspectiva, tem se notado uma mudança de paradigma das próprias instituições democráticas, sobretudo do Poder Judiciário, que tem buscado responder às demandas da sociedade da informação e trazer, por meio de sua jurisprudência, um compromisso ainda maior na garantia e na tutela do direito à proteção de dados.

Como exemplo desta mudança de comportamento das instituições, nos deparamos com a decisão inovadora proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos dias 6 e 7 de maio de 2020 no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, a qual, em síntese, legitimou a necessidade de se tutelar expressamente um direito fundamental à proteção de dados.

1. DO RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, para a compreensão da problemática em discussão – direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental –, neste texto, adota-se a concepção de direitos fundamentais trazida por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 19), no sentido de que:

> Constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Importante, primeiramente, contextualizar, de forma resumida, o caso que gerou a decisão do STF. No dia 17 de abril de 2020, o governo

federal editou a Medida Provisória nº 954 de 2020 a qual, em seu art. 2º, caput, obrigava as empresas de telecomunicações a compartilhar com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) o nome, número de telefone e endereço de seus consumidores.

Inconformados com esta Medida Provisória, o Conselho Federal da OAB e alguns partidos políticos – PSB, PSDB, PSol e PCdoB – impetraram Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, nas quais alegaram que a MP impugnada contrariou os requisitos formais impostos pela Constituição Federal- CF, em seu art. 62, para adoção de medidas provisórias e, ainda, violou alguns dos direitos fundamentais tutelados pela CF, como o da dignidade da pessoa humana, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o direito à autodeterminação informativa, motivo pelo qual a medida provisória referida deveria ser declarada como inconstitucional (MENDES; JÚNIOR, 2021, p. 62).

Em 24 de abril de 2020, a Ministra Relatora, Rosa Weber, suspendeu liminarmente a Medida Provisória, sob o seguinte argumento:

> Não se subestima a gravidade do cenário de urgência decorrente da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento. O seu combate, todavia, não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 12).

Após, com 10 votos favoráveis, o Plenário do STF referendou a Medida Cautelar concedida pela ministra Rosa Weber, mantendo a suspensão da Medida Provisória. O Plenário ressaltou que a proteção de dados pessoais é fundamental para uma proteção efetiva da dignidade da pessoa humana e da personalidade dos indivíduos, os quais, desprovidos de uma tutela adequada e específica à nível constitucional, estarão cada vez mais expostos a sofrer riscos e lesões (MENDES; JÚNIOR, 2021, p. 65).

Hoje, diante da sociedade da informação, o STF entendeu que não existem dados insignificantes e desprovidos de valor, pois todo e qualquer dado ao possibilitar a identificação dos indivíduos aos quais se referem, pode ser utilizado para construir perfis na rede, proporcionar ofertas de produtos e serviços, direcionar políticas públicas, entre outros. A relatora,

ministra Rosa Weber, ainda ressaltou que o uso de dados pessoais pelos agentes de tratamento, como o poder público e outras empresas, deve ser feito de forma legítima, consideradas a necessidade, a adequação e proporcionalidade entre a finalidade do tratamento, a forma de utilização e os dados efetivamente coletados

Analisando a decisão proferida, verifica-se que o STF inovou ao propor uma interpretação constitucional aos dados pessoais, reconhecendo que estes, da mesma forma que outros direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, merecem tutela jurídica. A proteção proposta pelo STF se diferencia do direito à inviolabilidade da esfera íntima e da vida privada, já consagrados na Constituição, pois é voltada especificamente para o tratamento de dados pessoais, englobando desde a coleta, processamento, compartilhamento, entre inúmeros outros tratamentos que podem ser realizados com os dados pessoais.

O Plenário reconheceu, portanto, uma autonomia do direito à proteção de dados pessoais, com contornos próprios, voltados para a proteção do titular dos dados (MENDES; JÚNIOR, 2020, p. 03).

A doutrina verifica os efeitos dessa inovação, que inclui o direito à proteção de dados como um direito fundamental, e conclui que, como consequência, é possível verificar a oposição de dois deveres ao Estado:

> De um lado, essa proteção se desdobra como liberdade negativa do cidadão oponível perante o Estado, demarcando seu espaço individual de não intervenção estatal (dimensão subjetiva). De outro lado, ela estabelece um dever de atuação estatal protetiva no sentido de estabelecer condições e procedimentos aptos a garantir o exercício e a fruição desse direito fundamental (dimensão objetiva) (MENDES; JÚNIOR, 2020, p. 3).

A partir desta noção, verifica-se que o reconhecimento do direito à proteção de dados impede que o Estado interfira na liberdade do titular em relação aos seus dados pessoais e ameace seus direitos da personalidade e, de modo paralelo, impõe que se criem mecanismos de proteção e salvaguarda desse direito fundamental, bem como medidas para que o próprio titular tenha controle do fluxo de informações que envolvem seus dados.

No mais, partindo da compreensão de que os direitos fundamentais são garantias constitucionais universais, os valores irradiados por eles devem orientar toda a ordem jurídica, produzindo efeitos não só sob o Poder Público, mas, inclusive, nas relações existentes entre sujeitos particulares, onde também há um elevado tratamento de dados pessoais, com o objetivo de restaurar o equilíbrio e a igualdade entre as partes (SARLET, 2007, p. 6).

Por esse motivo, a decisão do STF, ao reconhecer o direito à proteção de dados como um direito fundamental também trouxe reflexos nas relações privadas, exigindo que estas respeitem e garantam o direito à proteção de dados pessoais, nos termos da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

2. TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nas relações envolvendo tratamento de dados pessoais, não há dúvidas de que existe uma assimetria de poderes entre o titular e os agentes responsáveis por esse tratamento. Hoje, a ameaça e a violação do direito à proteção de dados pessoais advêm não apenas do poder público, mas também de atores privados. Inclusive, a maioria dos tratamentos envolvendo dados pessoais é realizada por grandes empresas e corporações, dotadas de poder econômico, político e social, as quais atuam como controladores e operadores de dados pessoais (SARLET, 2021, p. 22). Por outro lado, os titulares se encontram constantemente em situação de vulnerabilidade, tanto em razão dos termos abstratos e complexos utilizados nos contratos firmados, nos quais há coleta de dados pessoais, quanto por conta da falta de transparência dos agentes em relação ao tratamento que será realizado com estes dados.

Tal fato gera um enorme desequilíbrio nas relações jurídicas que envolvem dados pessoais. Assim, a decisão do STF, reconhecendo a tutela do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental, traz também implicações nas relações entre particulares, exigindo mudanças nos contratos, com o intuito de se respeitar esse "novo" direito (MENDES; FONSECA, 2021, p. 81). Isso porque não se pode admitir que a

esfera privada atue completamente indiferente em relação aos direitos fundamentais.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é chamada por parte da doutrina de "eficácia horizontal dos direitos fundamentais", uma vez que é aplicada em uma relação na qual os dois polos são, ao mesmo tempo, titulares de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, como valores que transcendem as preferências individuais, passam a poder ser exigidos pelo indivíduo em suas relações interpessoais.

Cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não contemplou expressamente a hipótese da vinculação dos particulares aos preceitos de direitos e garantias fundamentais. Porém, ela inovou ao tratar a questão dos direitos fundamentais com relevância, estando disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Os atores privados, portanto, também devem tomar todas as medidas necessárias para evitar as violações de direitos fundamentais, limitando a autonomia privada e a livre autodeterminação, que passam a estar subordinadas, nesta hipótese, ao respeito e à tutela do direito fundamental à proteção de dados.

A problemática, nesta situação, seria de como e em que medida ocorreria a incidência do direito à proteção de dados na seara do direito privado, tendo em vista que, diferentemente do Estado, os atores privados são essencialmente livres, sendo que sua autonomia e sua liberdade também são consideradas direitos fundamentais, protegidos pela Constituição.

3. O CONCEITO DE AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

Historicamente, conforme esclarece Sarmento (2010, p. 39), no direito privado, responsável por disciplinar as relações entre sujeitos supostamente iguais, prevalecia o princípio da autonomia da vontade, consistente na possibilidade de os sujeitos livremente governarem sua esfera jurídica e suas relações jurídicas. Prevalecia, portanto, a vontade pura do indivíduo.

Esse destaque ao princípio da autonomia da vontade estava ligado ao próprio modelo econômico da época, que valorizava a mão invisível do mercado para promover o desenvolvimento econômico e social, bem

como incentivava que os particulares regessem suas ações e criassem obrigações conforme seus próprios interesses. Assim, a autonomia da vontade norteava todo o Direito Privado, como um princípio sagrado e intocável. Prevalecia aquilo que fosse estabelecido contratualmente, –supostamente- os contratantes, no exercício de sua autonomia- acordaram sobre o que lhes era melhor.

Não obstante, com o advento do Estado de bem-estar social, trazendo novas tarefas ao Estado, consistentes em prestações positivas por parte deste, de garantia de direitos, atreladas à difusão de valores como justiça, igualdade e solidariedade, promoveu uma redefinição dos contornos da autonomia da vontade (BAEZ; LIMA, 2016, p. 118). Isto porque o interesse social passou a se sobrepor ao individual, causando uma interferência cada vez maior do Estado na liberdade dos indivíduos, tendo como principal objetivo proteger seus direitos fundamentais.

Essa interferência ocorreu principalmente nas relações privadas, que passaram a estar subordinadas aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Assim, a consequência imediata desta mudança foi a mitigação da autonomia da vontade e da liberdade dos sujeitos de contratar, que deixaram de ser um dogma absoluto, principalmente diante de situações de iminente vulnerabilidade das partes, onde percebeu-se que o princípio da autonomia da vontade não apresentava mais soluções satisfatórias aos conflitos.

A autonomia da vontade, portanto, passou a estar limitada pelo respeito às garantias fundamentais previstas na Constituição e pela dignidade da pessoa humana, com o intuito de integrar todas as liberdades coexistentes, preservando o convívio humano e evitando o abuso de direitos por parte dos particulares (BAEZ, 2016, p. 119). Nesse contexto, é que começou a se falar em autonomia privada – e não mais autonomia das vontades- a liberdade de escolha, antes totalmente livre, segundo a vontade dos sujeitos, passou a dar lugar para uma liberdade condicionada aos limites interpostos pelos valores do Estado e da sociedade.

Percebe-se que a autonomia privada inova pelo fato de que, além de promover a disciplina, pelo indivíduo, de suas relações, passou a ter a função de promover valores constitucionais do Estado Democrático de Direito, focando não apenas nos interesses individuais, mas nos gerais, de toda a coletividade.

Os contratos, principal expressão da autonomia privada, compreendidos como um acordo de vontades que cria, modifica ou extingue obrigações para as partes, deixaram de ser um campo livre e exclusivo de atuação da autonomia e passaram a estar vinculados às regras e preceitos constitucionais.

Acerca desta problemática, Baez e Lima esclarecem que os limites impostos à autonomia privada variam caso a caso, a depender de quais são os direitos envolvidos, se são de caráter patrimonial ou existencial, sendo que estes últimos terão mais proteção e, consequentemente, promoverão maior limite à autonomia privada. Do mesmo modo, a essencialidade do bem em discussão também contribuirá para definir a intensidade de proteção. Havendo isonomia entre os particulares, a autonomia privada deve prevalecer.

Essa atenção se justifica pelo fato de que os particulares, embora vinculados aos direitos fundamentais, também são titulares de direitos.

4. OS IMPACTOS DA DECISÃO DO STF NA AUTONOMIA PRIVADA: AS LIMITAÇÕES NOS CONTRATOS

No tocante à decisão do Plenário do STF, verifica-se que um dos principais reflexos na autonomia privada, especificamente na elaboração de contratos, é a limitação da vontade dos contratantes ao respeito e à garantia do direito à proteção de dados nos próprios contratos, de modo que os dados pessoais ali coletados e tratados não poderão ser utilizados de forma ampla e sem respaldo legal.

Os contratos são um dos instrumentos civilistas que mais coletam e tratam dados pessoais, necessários, principalmente, para qualificação das partes. Em outros casos, podem ser utilizados para registro de informações bancárias, aspectos relacionados à saúde, entre inúmeros outros registros.

A partir do momento em que o particular também se vincula aos direitos fundamentais, significa que ele, além de não poder intervir indefinidamente na liberdade do titular dos dados pessoais, deverá, nas relações contratuais, pensar em alternativas que permitam ao titular a fruição deste direito. Os contratos, portanto, passam a ser orientados por esse valor maior, de respeito ao direito à proteção de dados pessoais, trazendo novas obrigações às partes.

Um dos principais exemplos desta limitação, inclusive disposta na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais- Lei nº 13.709/2018, é a exigência de base legal para justificar e legitimar a ocorrência do tratamento de dados pessoais. Ou seja, os contratos, além de definir as disposições contendo as vontades das partes e as estipulações em relação ao próprio negócio celebrado, passam a trazer de forma expressa a previsão legal a fim de justificar a razão pela qual um dos contratantes (controlador ou operador) está tratando dados pessoais do outro (titular dos dados). A coleta, utilização, armazenamento, entre outras medidas, de dados pessoais nos contratos passa a estar condicionado à definição da base legal de tratamento.

A LGPD é considerada por muitos doutrinadores como uma lei de governança, pois suas previsões consistem em cláusulas gerais, que trazem preceitos e orientações para uma efetiva proteção de dados (SANTOS; RAMOS, 2020, p. 18). Inclusive, a LGPD definiu uma base legal específica para quando o tratamento for meramente a execução do contrato (inc. V do art. 7º)

Outra interferência na autonomia privada pode ser verificada nas situações em que há tratamento de dados pessoais sensíveis, onde a autonomia é limitada pela exigência do consentimento do titular em relação ao tratamento que será realizado com seus dados, não bastando a mera alegação de coleta de dados para a execução do contrato.

Os dados sensíveis, conforme esclarecido por Bioni (2020, p. 19), são uma espécie de dados pessoais que, embora também tragam um elemento identificador de uma pessoa, se diferenciam dos dados pessoais em sentido lato, em razão de o seu conteúdo oferecer uma especial vulnerabilidade e poderem gerar discriminação ao titular, dependendo do modo pelo qual são utilizados. Assim sendo, por meio deste tipo específico de dados pessoais, é possível identificar individualidades mais sensíveis das pessoas, tais como orientação sexual, raça e estado de saúde.

Em razão disso, nos contratos, as partes passam a ter que deixar claro quais dados pessoais estão coletando e, principalmente, a verificar se estes dados são classificados ou não como sensíveis, situação em que, por o risco de violação no uso dos dados ser maior, as partes, além de terem que elaborar todo o contrato, terão que obter o consentimento específico, destacado e expresso do titular para seu tratamento, que pode ser feito por uma cláusula no próprio contrato ou na forma de aditivo.

A influência do direito à proteção de dados nas relações privadas exige que os contratantes se atentem aos dados ali tratados, trazendo todas as medidas adequadas e necessárias para sua proteção. Atrelado a esta exigência, outra consequência é a exigência de uma disposição clara nos contratos contendo a finalidade do tratamento de dados pessoais naquela situação. A finalidade é um dos princípios que fundamentam a própria Lei Geral de Proteção de Dados, nos termos do inc. I do art. 6º:

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
>
> I - Finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

Cabe aos contratantes, neste contexto, trazer os motivos pelos quais estão tratando dados pessoais naquela minuta. Além disso, devem se atentar para respeitar os demais princípios previstos na Lei, os quais, embora não estejam necessariamente expressos no contrato, deverão pautar a relação contratual, tais como, o princípio da adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas (CAPACIDADOS, 2021).

Além das implicações diretas na autonomia das partes contratantes, o direito fundamental à proteção de dados, ao ampliar a esfera de proteção do titular e impor novos deveres àquele que trata os dados, também traz consequências no âmbito da responsabilidade civil contratual. Surge a obrigação, para a parte que está tratando os dados – inclusive para ambas as partes se estas, simultaneamente, atuarem como titular e como agente de tratamento – de respeitar os deveres atinentes à proteção dos danos antes, durante e após a relação contratual. Nesse sentido, qualquer uso abusivo, inadequado dos dados pessoais coletados naquele contrato, poderão gerar o dever de indenização por parte do agente violador (SCHREIBER, 2021, p. 323).

A esse respeito, o art. 42 da LGPD estabelece que a responsabilidade por danos causados em razão da atividade de tratamento de dados pode ser imputada tanto ao controlador, quanto ao operador de dados ou, ainda, de

forma solidária entre os agentes. Em razão disso, é essencial que, durante a elaboração dos contratos, se tragam cláusulas específicas, que delimitem claramente a função de cada parte no tratamento e, em consequência, a responsabilização de cada uma no caso de eventual tratamento indevido. Ou seja, além das responsabilidades e obrigações relativas ao próprio objeto do negócio, surgem novas responsabilidades às partes contratantes, atreladas à proteção de dados pessoais. Ademais, abre-se a possibilidade de as partes incluírem no contrato algumas penalidades para infringência das determinações relativas à proteção de dados pessoais.

Em síntese, quanto maior o risco que pode ser gerado pelo uso indevido ou inadequado dos dados pessoais, maior a necessidade de se definirem cláusulas contratuais sobre a temática, evitando abusos e violações. A autonomia privada, portanto, se limita à exigência de inclusão, nos contratos, de mecanismos de tutela do direito à proteção de dados, tanto por meio de disposições gerais, como as que trazem a qualificação das partes (controlador, operador e titular), base legal, a finalidade, as obrigações, quanto por outras mais específicas, feitas de acordo com a vontade e com as medidas que as próprias partes contratantes consideram essenciais para proteger os dados tratados.

Por todas as razões acima expostas, como ressaltado na decisão do STF, qualquer tratamento ou, ainda, na eventual necessidade de limitação do direito fundamental à proteção de dados, deverão ser acompanhados por medidas de segurança, técnicas e administrativas que evitem os riscos do tratamento e a responsabilização do agente, o que, mais uma vez, reflete nos contratos, cujas cláusulas também deverão conter padrões e exigências mínimas de segurança da informação, deixando claro todas as práticas utilizadas pelo contratante em relação à proteção de dados (MENDES; JÚNIOR, 2020, p. 3-4).

CONCLUSÕES

Nos dias atuais, no contexto da sociedade informacional, caracterizada pela evolução tecnológica e pelo compartilhamento de dados em massa, que, por sua vez, são utilizados como fonte de poder e de informação, nos deparamos com violações frequentes dos dados pessoais dos indivíduos, que estão tendo cada vez menos controle sobre o tratamento daqueles.

Diante das considerações acima expostas, pudemos verificar que o julgamento – histórico – do Supremo Tribunal Federal trouxe reflexos imediatos na autonomia privada, ao exigir que as partes contratantes, ao elaborar seus negócios jurídicos, respeitem o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

O papel desempenhado pela vontade é de fundamental importância para o Direito Privado. É por meio dos contratos que as partes exercem sua autonomia, definindo direitos e obrigações. Não obstante, hoje, não há dúvidas de que a vontade e a autonomia das partes não são mais tão ilimitadas, como se propunha outrora, devendo ser analisada de acordo com os princípios e valores predominantes no Estado Democrático de Direito, representados, sobretudo, pelos direitos considerados fundamentais.

Destaca-se que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, como norma geral e principiológica, não trouxe uma disposição expressa sobre quais são os requisitos que os contratos deverão seguir, ficando à cargo da autonomia das partes elegerem as condições que consideram mais adequadas para tutelar o direito à proteção de dados em suas relações.

Uma das principais consequências da decisão do STF – e da LGPD – que tem se notado na autonomia privada foi a estipulação de cláusulas específicas sobre a base legal e a finalidade da coleta e do tratamento dos dados, bem como a atribuição de responsabilidades às partes contratantes (controlador e operador) no tocante à proteção destes dados, inclusive com a previsão de penalidades em razão de seu uso indevido ou inadequado. Hoje, verifica-se que ainda há muita dificuldade na questão de estabelecer limites à responsabilização de cada uma das partes, motivo pelo qual é fundamental que nos contratos tudo esteja bastante claro.

Além das cláusulas mais gerais de proteção de dados, é permitido às partes disporem algumas cláusulas mais específicas, de acordo com sua vontade e com o risco de violação dos dados que são ali tratados.

Em síntese, o reconhecimento pelo STF do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental implica que qualquer limitação a esse direito, por meio da autonomia privada, deve estar sempre clara ao titular, assim como acompanhada dos devidos procedimentos de segurança e de eventuais mecanismos para que o titular possa se proteger, não podendo, portanto, haver uma vontade irrestrita, afastada do contexto social e jurídico no qual está inserida.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves. **Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional**. Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016.

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: 25 fev. 2021.

_____. **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm>. Acesso em: 25 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6387.** Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 24.04.2020, DJe 28.04.2020. p. 12.

CAPACIDADOS. **LGPD nos contratos: aprenda a construir as cláusulas ideais.** Disponível em: <https://www.sympla.com.br/lgpd--nos-contratos-aprenda-a-construir-as-clausulas-ideais__1103197>. Acesso em: 6 fev. 2021.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de Dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: BIONI, Bruno et al. (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 73-95

MENDES, Laura Schertel; JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: BIONI, Bruno et al. (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 61-71.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais - Comentários à Lei nº 13.709/2018** (LGPD). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SANTOS, Mariana Vieira; RAMOS, Taciana Cecília. A criação da ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados) em um contexto de hiper presidencialismo no Brasil: uma ameaça à democracia? In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo; PATZ, Stéfani Reimann; PIAIA, Thami Covati (Orgs.). **Inteligência artificial, proteção de dados e cidadania**. Cruz Alta: Ilustração, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang**.** Direitos fundamentais e direito privado: Algumas considerações sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 7, n. 668, nov. 2007.

_____. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: BIONI, Bruno et al. (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-59.

SARMENTO, Daniel**. Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: BIONI, Bruno et al. (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 320-338.

ATIVISMO JUDICIAL: O IMPACTO DO EFEITO BACKLASH NA REGULAMENTAÇÃO DE PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO

Maria Joaquina de Araújo Silva[14]
Luana Neves Silva[15]

INTRODUÇÃO

Com a ascensão do neoconstitucionalismo e sobretudo com a expansão da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário vem ganhando destaque no âmbito da organização política do Estado, por meio da elaboração de decisões com postura progressista, o que fez emergir uma força política contraria à atuação do judiciário (MARMELSTEIN, 2016). Nesse sentido, é notório, no Brasil, que com a Constituição Federal de 1988 houve a constitucionalização de diversos direitos relativos a questões políticas, o que fez com que a ampliação da atuação jurisdicional possibilitasse a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial (SOUZA; GERVASONI, 2012).

---

14 Discente do quinto semestre do Curso de Graduação em Direito pelo Centro Universitário FG-UNIFG. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Público.

15 Discente do quinto semestre do Curso de Graduação em Direito pelo Centro Universitário FG-UNIFG. Membra do grupo de pesquisa CIDEP-BA pertencente ao curso de Mestrado da UNIFG. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Público.

> Sendo assim, preceitua-se que o ativismo judicial é compreendido atualmente como uma forma de participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização das normas constitucionais, gerando maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes Políticos (BARROSO, 2012). Nesse ínterim, emergiu o efeito backlash, visto que, algumas decisões judiciais, em decorrência da sua natureza política não agradam alguns setores da sociedade (ZAGURSKI, 2017), coadunando com reações divergentes. Sob tal perspectiva, tal fenômeno esteve presente na ADI 3510, onde foi julgada a constitucionalidade da regulamentação do uso das células tronco em pesquisas cientificas, arguindo questões éticas, sociais, técnicas e cientificas.

Assim, elaborou-se o seguinte questionamento: quais foram os principais reflexos políticos do efeito *backlash* para com a decisão do STF que reconheceu a regulamentação de pesquisas com células-tronco?

> Neste contexto, o presente estudo objetiva verificar os impactos dos contra-ataques a decisões proferidas pelo STF sobre a regularização das pesquisas com células tronco no Brasil. Para mais, este artigo tem o intuito de discorrer sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo e o seu reflexo no protagonismo do Judiciário, em especial de decisões proferidas pelo Supremo, assim como refletir sobre a conceituação do efeito backlash e os seus reflexos no ativismo judicial. Por fim, visa analisar os desdobramentos judiciais sobre a possibilidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, bem como discutir a respeito do antagonismo político à ADI 3510.

O presente trabalho utiliza o método de pesquisa descritiva, baseado fundamentalmente em revisão bibliográfica de considerações teóricas, legislativas e jurisprudências relevantes para a compreensão da temática estudada. Para tanto, o texto foi dividido em três tópicos e dois subtópicos centrais. Na primeira parte, foi analisado o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial do poder judiciário. Na segunda, foi estudado as bases conceituais do efeito *backlash*, reproduzindo as teorias que direta ou indiretamente refletem sobre o termo. Ao final, foi discutida a regulamentação das pesquisas com células-tronco e a ação direta de inconstitucionalidade

que recaiu sobre essa legalização, assim como foram analisadas as reações populares à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3510.

Nesse sentido, o tema se justifica pelo evidente destaque vivenciado pelo Poder Judiciário desde o surgimento do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, o que fez com que o órgão jurisdicional adotasse uma postura protagonista, culminando, muitas vezes, em uma atuação ativista que vem gerando reações contrárias no seio da sociedade civil e política. Sob tais considerações, é imprescindível compreender e analisar os fenômenos do ativismo judicial e do efeito *backlash*.

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

> Considerando a evolução histórica do Constitucionalismo, Ingo Sarlet (et al, 2017) diz que as revoluções sociais ocorridas no decorrer dos séculos XVII e XVIII, como a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, sem deixar de ressaltar a importância das contribuições inglesas, foram importantes para firmar o constitucionalismo moderno como um movimento jurídico-social caracterizado pela limitação dos poderes dos governantes, pela garantia de direitos individuais e pela compreensão da Carta Constitucional como norma hierarquicamente superior.

Ocorre que a partir da segunda metade do século XX, pós-segunda Guerra Mundial, houve a necessidade da criação de um novo direito constitucional, o que deu início ao neoconstitucionalismo. Com o fim da guerra em 1945, marcada pelas atrocidades causadas pelo nacional-socialismo praticado pelo governo de Adolf Hitler na Alemanha, a Europa passou a viver um período de reconstitucionalização, cenário no qual prescindia de uma nova forma de organização política, que passou a ser designada como, dentre outras nomenclaturas, Estado Democrático de Direito, tendo como principal referência a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949 (BARROSO, 2005).

Somado a isso, deve-se ressaltar que:

> O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência

> das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (BARROSO, 2005, p. 5).

O positivismo jurídico, considerava o Direito como uma ciência pura, desprovida de valorações morais e independente das outras áreas do conhecimento; além disso, o juiz deveria atuar como mero aplicador do Direito (KELSEN, 1994). Assim, o direito positivo foi utilizado durante a 2º Guerra Mundial para justificar as condutas arbitrarias dos nazistas, sendo este um dos motivos do surgimento do pós-positivismos, pois percebeu-se que "se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei" (MARMELSTEIN, 2008, p. 10), o que fez com que o Direito Constitucional ganhasse maior carga principiológica, sendo um meio de interpretação valorativa da Constituição e instrumento garantidor dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, de acordo com o Min. Luís R. Barroso (2005), o neoconstitucionalismo é marcado pelo reconhecimento da força normativa da constituição, pela hermenêutica constitucional e, principalmente, pela expansão da jurisdição constitucional. Dando maior ênfase a esta última elementar, salienta-se que antes de 1945 o Poder Legislativo gozava de maior supremacia em relação ao Poder Judiciário.

Todavia, após o fenômeno da constitucionalização dos direitos no pós-guerra, com a expansão da jurisdição constitucional, a proteção de tais garantias passou a incumbir ao Judiciário, o qual, com o advento da criação de inúmeros Tribunais Constitucionais, responsáveis pelo controle de constitucionalidade das leis, passou a ter um maior papel de destaque como poder político (Ibidem, 2005, p.8). Dito isto, deve-se preceituar que o protagonismo do Judiciário se justifica porque:

> [...]em países de tradição democrática [...], cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e

> os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional (Ibidem, 2005, p. 51).

No caso do Brasil, a CRFB/1988 foi a responsável pela elevação de inúmeros direitos ao *status* constitucional, fazendo com que o Judiciário atuasse como ente tutelador desses direitos, o que vem galgando a ele o protagonismo no cenário nacional. Nesse tocante, vê-se que:

> A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos (BARROSO, 2005, p.26).

Para culminar, a CRFB/1988 elenca como direito fundamental o acesso à justiça. Desse modo, nos termos do art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988). Nesse sentido, a simplificação do acesso ao Poder Judiciário, sobretudo pela criação dos juizados especiais, foi um fator que fez com que os cidadãos buscassem a efetivação dos seus direitos por meio da prestação jurisdicional (CAMBI, 2008).

Nota-se, portanto, que o a expansão da jurisdição constitucional promovida após a Segunda Guerra Mundial, com o neoconstitucionalismo, possibilitou ao Judiciário a ocupação de uma posição de destaque, a qual anteriormente era ocupada pelo Poder Legislativo. Essa supremacia do Judiciário é tendência na maioria dos Estados Nacionais democráticos e, no que tange ao Brasil, ganhou relevo a partir da CRFB/1988.

1.1 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL E A ATUAÇÃO PROATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É notório que com a Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário ganhou maior destaque nacionalmente com a constitucionalização

de diversos direitos relativos a questões políticas, morais e sociais, o que fez com que a ampliação da atuação jurisdicional possibilitasse a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial (SOUZA; GERVASONI, 2012). Inicialmente, cumpre diferenciar a judicialização da política do ativismo, para posteriormente analisar a ocorrência deste no STF.

A judicialização da política é resultado do neoconstitucionalismo, sendo, portanto, algo historicamente recente, tendo como marco o pós-guerra mundial, como já foi apresentado nesta presente pesquisa. Nesse sentido, deve-se compreender que a expansão da jurisdição constitucional fez com que o judiciário se tornasse o centro de debate de conflitos de natureza política (BARROSO, 2012). Nessa perspectiva, o Min. Luís R. Barroso (2012, p. 3) afirma:

> *Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

No Brasil, um dos fatores que ocasionou a judicialização foi a redemocratização do país após o fim do período ditatorial em 1985, tendo como principal referência a Constituição Federal de 1988, a qual, além de ampliar a demanda por acesso à justiça, também recuperou as garantias inerentes à magistratura, garantido aos juízes a prerrogativa de serem capazes de agir com um verdadeiro poder político, sem receios de confrontar com o Legislativo e Executivo (Ibidem, 2012). Ademais, é oportuno acrescentar que uma outra causa:

> [...] foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós

> com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. [...]. (Ibidem, 2012, p. 3-4).

Ao passo que a judicialização é um fenômeno resultante do neoconstitucionalismo, ou seja, é fruto do Estado Democrático Constitucional, o ativismo judicial envolve "[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" (BARROSO, 2012, p. 6). Essa conduta ativista envolve, por exemplo, a aplicação dos preceitos constitucionais em situações não expressamente previstas no texto constitucional (Ibidem, 2012, p. 6).

De acordo com André Koerner (2013), o termo "ativismo judicial" foi utilizado pela primeira vez, em 1947, por Arthur Schlesinger, em uma pesquisa publicada na Revista Fortune, sendo utilizado, desde então, em produções acadêmicas e decisões judiciais. Nesse sentido, ressalta-se que origem desse fenômeno está nas jurisprudências da Suprema Corte norte-americana, a qual, por meio de uma atuação proativa, embora conservadora, decidiu no caso Dred Scott v. Sanford, em 1857, que pessoas negras escravizadas e seus descendentes, escravos ou não, não estavam protegidos pela constituição, o que deu amparo para a política de segregação racial nos EUA, tendo o órgão jurisdicional posteriormente adotado postura progressiva em outras situações envolvendo direitos fundamentais e pessoas negras, como no caso Brown v. Board of Education, em 1954 (BARROSO, 2012).

No Brasil, o ativismo judicial é utilizado para "apreciar decisões do STF que ampliaram o alcance e o impacto da jurisdição constitucional e se distanciaram de suas formas consagradas de atuação" (KOERNER, 2013, p. 70). Diante disso, analisando a ocorrência da postura ativista no Supremo, tem-se como exemplo o caso em que, pelas ações declaratórias de inconstitucionalidade nº 3999 e 4086, o STF realizou:

> [...] aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em

> nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional (BARROSO, 2012, p. 7-8).

Outra questão envolvendo o ativismo no âmbito de atuação do STF é a imposição de condutas ou omissões ao Poder Público, sobretudo no que tange à exigência de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos por meio de decisões judiciais (BARROSO, 2012). Nota-se, portanto, a presença do ativismo no Supremo, pois o deferimento, dentre outras situações, de prestações voltadas para a efetividade do direito à saúde, não raras vezes, não leva em consideração o fator econômico, relacionado ao orçamento público, o que faz com que o Poder Público seja obrigado a cumprir com tal exigência.

2. O CONCEITO DO EFEITO BACKLASH E O EFEITO BACKLASH COMO UMA REAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL

Backlash, tem a sua origem no caso *Roe versus Wade*, julgado em 1973, no qual se discutiu a legalização do aborto. Nesse entender, por versar sobre a vida, o julgamento mobilizou muitos grupos sociais contra a decisão. Antecipe-se, aqui, que os primeiros estudos sobre o *backlash* começaram no sistema constitucional americano (ZAGURSKI, 2017).

Oportuno destacar que, o termo *backlash* é "utilizado na esfera pública para designar a reação negativa e violenta a condutas, omissões ou decisões, sobretudo de autoridades públicas, mas que pode ser aplicado a pessoas privados também" (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p.126). Em apertada síntese, configura-se como uma objeção da sociedade a um novo evento ou mudança no meio social, como aquelas provocadas pelas decisões judiciais.

Ademais, com o ativismo judicial e a judicialização, o Poder Judiciário adquiriu um papel mais ativo, já quequestões que antes eram resolvidas pelo poder Executivo e Legislativo, agora seguem para o Poder Judiciário que decide no lugar desses poderes em virtude da sua omissão, além disso,

o poder legislativo passa por uma crise de credibilidade. Assim, surgem questionamentos acerca da legitimidade dessas decisões, visto que, o legislador é o representante da vontade do povo (ZAGURSKI, 2017). Sob tal perspectiva, o poder judiciário vem emitindo decisões sobre direitos fundamentais, provocando grande repercussão. Para tal:

> [...] parece previsível que o backlash se intensifique, num cenário de ampliação crescente do universo temático sobre o qual recaem as manifestações judiciais – do Supremo Tribunal Federal inclusive. Decidir mais não significa necessariamente decidir melhor; e decidir mais em matérias sensíveis como o são as grandes questões morais e os temas que envolvem diretamente a proteção a direitos fundamentais, importa em adentrar firmemente em terreno sujeito a grandes controvérsias – portanto, férteis à reação, inclusive creditada à insuficiência na transformação empreendida pela nova conformação das coisas desenvolvida pela ordem judicial (VALLE, 2013 apud ZAGURSKI, 2017, p. 92-93).

Infira-se que, ao tratar das bases conceituais do efeito *backlash*, conta-se com três importantes teorias, as quais buscam exemplificar as características do termo aludido. Destaca-se, aqui, a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, a do minimalismo de Cass Sunstein e o constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel.

Ronald Dowrkin aborda os direitos, igual respeito e juízes, levantando na sua teoria que "o Poder Judiciário possui um papel central como instituição protagonista na proteção dos ideais de integridade e de justiça como equidade em uma democracia constitucional" (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 127).

Sob tal constante, Dworkin ao elaborar a sua teoria política e teoria do direito, ressalta a importância da igualdade, a qual deve ser evidenciada nos tratamentos dos cidadãos. Entretanto, o autor em comento, não tratou especificamente da questão do *backlash*, apresentando uma discussão indireta na sua abordagem sobre as decisões dos juízes em casos difíceis, na qual revela que em "uma democracia constitucional pode e deve contar com a atuação do Judiciário para a resolução de questões difíceis e para a

proteção de minorias sistematicamente excluídas" (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 130). Portanto, Dworkin defende que:

> [...] ainda que a estabilidade política seja importante, o Judiciário é responsável por assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, os quais, muitas vezes, serão trunfos contra a maioria, a despeito das possíveis reações contrárias à decisão. Em outras palavras, para o juiz dworkiniano, este não pode se guiar por receios de reações violentas (backlash) e ultrajantes, pelo contrário, deve justamente reafirmar o compromisso da comunidade com a justiça e o igual respeito a cada cidadão (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p.131).

Conforme o exposto, Ronald Dworkin, desenvolveu a teoria do direito como integridade, onde a sua discussão sobre o efeito *backlash* não é central, mas reforça que na tutela jurisdicional não se pode negligenciar a proteção a direitos por mera complexidade ou por medo da reação social. Neste seguimento, Cass Sunstein emerge com a teoria do minimalismo judicial, onde sugere o encolhimento do papel do judiciário, principalmente nos assuntos controversos, em virtude do seu apoio a democracia como autogoverno coletivo e com a democracia deliberativa (Ibidem, 2018).

Partindo desse pressuposto, Cass Sunstein chega a reconhecer que os juízes não deveriam levar em consideração a reação popular nas suas decisões, mas posteriormente adota posicionamento contrário, levando em consideração motivos consequencialistas e epistêmicos. Por fim, o autor aludido, destaca que existem poucos e casos excepcionais que os juízes devem considerar a reação popular, consubstanciando na ideia de que quando a decisão levar a uma reação violenta, ela deve ser evitada (CHUEIRI; MACEDO, 2018).

Noutro vértice, Robert Post e Reva Siegel, defendem o constitucionalismo democrático, no qual ressaltam a autoridade da Constituição. Sustenta-se que, Siegel e Post criticam as duas teorias progressistas abordadas anteriormente sustentadas por Dworkin e Cass Sunstein, de modo que, "o foco da teoria constitucional progressista não é nem pode estar na Jurisdição constitucional, na figura do juiz virtuoso ou do juiz silencioso, mas em uma interessante articulação entre o direito e a política numa sociedade plural e heterogênea" (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p.138).

A seu turno, Robert Post e Reva Siegel consideram que o efeito *backklash* é negativo para o constitucionalismo democrático, no entanto, ao movimentar a opinião popular ele suscita o ideal democrático, constituindo um viés positivo para o direito (ZAGURSKI, 2017). A partir dessa abordagem conceitual do termo *backlash*, torna-se efetivo estudar a sua incidência na regulamentação de estudos com células-tronco no Brasil, questão submetida por meio de ação direta de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal.

3. A REGULAMENTAÇÃO DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI 3510)

As células tronco, são células que possuem elevada potencialidade de proliferação e auto-renovação, além de responder a estímulos externos e poder dar origem a espécies celulares mais especializadas (PEREIRA, 2008). Ademais, são células que se subdividem em duas espécies, a saber, células-tronco adultas e células-tronco embrionárias.

Infere-se que, as células-tronco adultas são encontradas na medula-óssea[16]. Para mais, "na medula óssea, encontram-se CTs hematopoiéticas, que podem dar origem a todos os diferentes tipos de células do sangue (linfócitos, hemácias, plaquetas etc.)" (PEREIRA, 2008, p.8). Já as células-tronco embrionárias, são originadas através da fecundação ou da clonagem (BARBOSA et. al, 2013, p.89).

Neste deslinde, são células que a partir da multiplicação em laboratório poderiam formar células especificas para regenerar órgãos doentes que precisam de um transplante (PEREIRA, 2008). Por tudo isso, muitos estudos vêm sendo aplicados para a aplicação dessas células, no entanto, nem todos os países permitem pesquisas com células-tronco embrionárias. No Brasil, a regulamentação das pesquisas com células-tronco embrionárias ocorreu com a aprovação da Lei Federal **n° 11.105 de 2005, sendo que o**

16 "A medula óssea tem a função de hematopoeise, ou seja, a formação de glóbulos brancos, glóbulos vermelhos e plaquetas, onde as células-mãe se autorrenovam ou se diferenciam e passam por diversos estágios de maturação antes de passarem para o sangue" (INCA, 2010 apud CORGOZINHO; GOMES; GARRAFA, 2012, p. 38).

seu art. 5°, autorizou expressamente a utilização desse tipo de célula em pesquisas e terapias.

Cabe aferir que o dispositivo foi alvo de intensos debates até a sua aprovação em 02 de março de 2005, uma vez que ocorrerão audiências públicas, reuniões que envolveram toda a sociedade civil, especialistas, além de outras pessoas que participaram através de e-mails e cartas (SANTOS, 2009). Não obstante, políticos e grupos organizados participaram ativamente do processo legislativo da lei de biossegurança.

É conveniente, ainda, apontar as divergências em torno dessa regulamentação, a qual se evidencia em grupos sociais. Incialmente, conta-se com os grupos religiosos e representantes da Igreja Católica, os quais são contrários a tal prática, visto que, defendem que a vida começa desde a concepção. Assim, argumentam que ao utilizar um embrião nas pesquisas ocorrerá a destruição de uma vida humana, contrariando os princípios religiosos e morais, pois transforma a vida humana em um meio para atingir um determinado fim (SOUZA, 2011).

Em contrapartida, os cientistas, pacientes e familiares de pessoas que necessitam de transplantes são favoráveis as pesquisas com células-tronco, aguçando os debates acerca dessa regulamentação. A seu turno, argumentam que:

> [...] não podemos atribuir o mesmo valor à vida de um embrião que aquele que concedemos a pessoas já nascidas e que enfrentam sofrimentos e dramas por conta de doenças graves, letais e incuráveis. Sendo assim, o uso dos embriões congelados em clínicas de fertilização que não foram implantados não apenas é permissível, mas é mesmo um ato humanitário (SOUZA, 2011, p.159-160).

Sob tal constante, foi questionada a constitucionalidade do art.5°, da lei de biossegurança, conjugando na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, em 30 de maio de 2005, a qual foi proposta pelo procurador-geral da república, Cláudio Fonteles. Para mais, Fonteles (2005, n.p.) destaca que "a tese central desta petição afirma que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação", assim, pediu que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 5° e a realização de uma audiência pública.

É oportuno salientar que, dentre os cinco votos a favor da inconstitucionalidade do artigo, dois apresentavam foco central na destruição do embrião, saber dos votos dos Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski (BARROSO, 2012). Outrossim, "os outros três, sem se oporem à pesquisa que comprometesse o embrião, entendiam dever ficar explicitada na decisão a existência obrigatória de um órgão central de controle dessas pesquisas (Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes)" (BARROSO, 2012, p. 23), ressaltando a indispensabilidade da fiscalização e regulamentação das pesquisas.

3.1 ANÁLISE DO EFEITO BACKLASH NA DECISÃO DA ADI 3510

O efeito *backlash,* como já foi abordado no decorrer desse presente trabalho, deve ser compreendido como uma reação política ao ativismo judicial. Logo, percebe-se que a postura progressiva do STF, em permitir a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas cientificas, ocasionou a acessão de posicionamentos conservadores contrários à decisão proferida no julgamento da ADI nº 3510, materializados no PL do Estatuto do Nascituro (Lei nº 478/2007) e na PEC 29/2015, que objetivam obstar a ocorrência do aborto e as pesquisas com células-tronco (MARMELSTEIN, 2016).

Essa decisão do Supremo fez com que os conservadores revelassem seus posicionamentos para a sociedade, bem como o sentimento de intolerância (Ibidem, 2016). Nesse sentido, no que tange ao Projeto de Lei nº 478/2007, salienta-se que foi proposto, pelos Deputados Luiz Bassuma (PROS) e Miguel Martini (PHS), e visa criminalizar a manipulação e congelamento de embriões em pesquisas científicas (SILVA; SOUZA, 2017), tendo o art. 25 do citado projeto legislativo disposto o tipo penal e a respectiva pena com a seguinte redação: "congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação: Pena – Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa" (BRASIL, 2007). A elaboração deste projeto somente ocorreu porque:

> O processo de laicização do Estado brasileiro permitiu a proliferação de inúmeros segmentos religiosos no país, dentre eles, o Pentecosta-

> lismo, que se caracteriza pela forte participação de seus membros na esfera política. Assim, a redemocratização possibilitou aos neopentecostais uma oportunidade de sair do estado de invisibilidade, reclamando o acesso à esfera pública institucional, adentrando, definitivamente, o Legislativo nacional (BRASIL, 2017, p.295).

Ademais, os contrários ao entendimento do Supremo, vinculados ao Movimento Pró-Vida, argumentam que o embrião já possui vida, pois esta tem como marco inicial a concepção e que os avanças tecnológicos contemporâneos da medicina dispensam a utilização de células-tronco embrionárias, sendo possível a utilização de células adultas (LUNA, 2013).

Um outro reflexo do efeito *backlash* é a PEC 29/2019, conhecida como PEC Pró-Vida, que objetiva alterar o Art.5º da Constituição Federal dispondo que o direito à vida é inviolável desde a concepção (BRASIL, 2015). Esse projeto de emenda constitucional, além de representar um óbice à pratica do aborto, também representa uma retração ao desenvolvimento cientifico por meio da utilização de células-tronco. Nesse sentido, "percebe-se que a PEC 29/2015 é mais a uma tentativa conservadora, com viés religioso, de frear a decisões liberais tomada em âmbito do poder judiciário" (JUNIOR NUNES, 2017, p. 6).

A referida PEC tem como justificativa:

> A omissão no texto constitucional sobre a origem da vida vem permitindo grave atentado à dignidade da pessoa humana que se vê privada de proteção jurídica na fase de gestação, justamente na fase em que o ser humano está mais dependente de amparo em todos os aspectos. [...] Portanto, este pequeno acréscimo, de apenas um termo esclarecendo ao artigo 5º, adequa nossa Constituição Federal aos atuais avanças científicos e terá o poder de garantir o direito à vida de milhares de crianças brasileiras que são assassinadas por falta de proteção jurídica (BRASIL, 2015, p. 2).

Tanto o PL do Estatuto do Nascituro quando a PEC Pró-Vida se encontram, respectivamente, em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Esses atos legislativos representam uma clara reação política à postura liberal adotada pelo STF ao reconhecer a constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se que é inequívoca a interligação entre neoconstitucionalismo e o protagonismo do Judiciário. Sendo assim, é notória que com a constitucionalização de inúmeros direitos, houve a expansão da jurisdição constitucional, o que fez com que o Poder Judiciário fosse compreendido como órgão tutelador de tais direitos. Logo, o destaque alcançado pelos órgãos jurisdicionais vem dando margem à ocorrência do ativismo judicial, o qual é caracterizado, principalmente, pela interferência do judiciário na atuação dos outros Poderes Políticos.

Diante da crise de credibilidade do Poder Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário vem atuando de forma mais incisiva sob diversas questões, inclusive sobre os direitos fundamentais. Assim, o fenômeno *backlash* é uma tendência na esfera judicial, pois cada vez mais a sociedade reage ativamente contra as decisões judiciais, uma vez que, diante a maior atuação do judiciário, são discutidos direitos fundamentais que refletem diretamente na vida em sociedade, alterando perspectivas sociais e o modo como as pessoas se relacionam.

Sob tal perspectiva, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) levantou diversas pautas e um longo debate acerca do direito à vida. Ademais, as discussões em relação ao uso de células-tronco em pesquisas persistem no seio dos grupos religiosos, de cunho científico e em toda a sociedade, demonstrando que as decisões dos tribunais ultrapassam as fronteiras legais, movimentando toda a vida em sociedade.

Por fim, percebe-se que, por meio da análise caso objeto da ADI 3510, o efeito *baklash* está materializado na criação do PL do Estatuto do Nascituro e na PEC 29, os quais visam incisivamente a obstrução da prática do aborto e das pesquisas cientificas com células-tronco embrionárias humanas. Tais atos legislativos atuam como uma reação política conservadora à postura progressista do STF.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, A. S. et al. Implicações bioéticas na pesquisa com células-tronco embrionárias. **Acta Bioethica**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 87-95, 2013. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v19n1/art09.pdf. Acesso em: 6 mar. 2021.

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Salvador: (SYN) THESIS, v. 5, n. 1, p.1-29, 2012. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005, p. 1-52. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618. Acesso em: 15 mar.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 478/2007.** Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103. Acesso em: 21 mar. 2021.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l111105.htm. Acesso em: 6 mar. 2021.

_____. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nr. 3510.** Brasília, DF: Documentos jurídicos, 2005. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/adin_3510.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. Senado Federal. **PEC 29, de 2015.** Altera o Art.5º da CRFB/1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2015, p. 1-5. Dispo-

nível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3455035&ts=1606767309131&disposition=inline. Acesso em: 21 mar. 2021.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.** Salvador, v. 17, n. 10, 2008, p. 93-114. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf. Acesso em: 13 mar.2021.

CHUEIRI, V.K.; MACEDO, J.A.C. Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. **Sequência**, Florianópolis, n. 80, p. 123-150, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/seq/n80/2177-7055-seq-80-123.pdf. Acesso em: 7 mar. 2021.

CORGOZINHO, M. M.; GOMES, J. R. A. A.; GARRAFA, V. Transplantes de Medula Óssea no Brasil: Dimensão Bioética. **Revista Latinoamericana de Bioética**, Colombia, v. 12, n. 1, p. 36-45, 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v12n1/v12n1a04.pdf. Acesso em: 12 mar. 2021.

JUNIOR NUNES, J. M. **O direito à vida, a PEC 29/2015 e a laicidade do Estado**. Itajaí: a Universidade do Vale do Itajaí, 2008, p.1-15. Disponível em: https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/12/JOS%C3%89-MARIA-NUNES-JUNIOR.pdf. Acesso em: 15 mar.2021.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KOERNER, A. **Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88.** São Paulo: Novos estud. - *CEBRAP* [*on-line*], 2013, n.96, p.69-85. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000200006&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 19 mar. 2021.

LUNA, N. **O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um estado laico.** Rio de Janeiro: Religião e Sociedade, 2013, p. 2-27. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.

php?script=sci_arttext&pid=S0100-85872013000100005. Acesso em: 15 mar. 2021.

MAIA SILVA, R. C.; SOUZA, N. Z. R. Atuação da frente parlamentar evangélica frente aos direitos fundamentais das mulheres: projeto de lei do aborto e estatuto do nascituro. **Revista Aporia Jurídica,** v. 1, jul-dez. 2017, p. 295-316. Disponível em: http://cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/89/101. Acesso em: 21 mar.2021.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, L.V. A importância do uso das células tronco para a saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 7-14, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/csc/v13n1/01.pdf. Acesso em: 6 mar. 2021.

SANTOS, L.D. A regulação do uso das células-tronco e a atuação do Poder Legislativo e do Supremo Tribunal Federal. **Senatus**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 40-47, jul. 2009. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177913/regula%c3%a7%c3%a3o_celulas_tronco.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Acesso em: 23 mar. 2021.

SOUZA, C.L.; GERVASONI, T.A. **O protagonismo do Poder Judiciário:** os contornos da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil. Senador Pinheiro: XII Mostra de Iniciação Científica e Extensão Comunitária, 2018, n.p. Disponível em: https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/xiimic/paper/view/1118. Acesso em: 6 mar.2021.

SARLET, I. W. et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, I. M. A. Células-tronco considerações sobre o regime de verdade e o regime de esperança. **Edufba**, Salvador, p. 153-178, 2011. Disponível em: http://books.scielo.org/id/y7fvr/pdf/porto-9788523211813-08.pdf. Acesso em: 6 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF n° 508**. Este Informativo, elaborado a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade de tais resumos ao conteúdo efetivo das decisões, embora seja uma das metas perseguidas neste trabalho, somente poderá ser aferida após a sua publicação no Diário da Justiça. Brasília: STF, 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm#ADI%20e%20Lei%20da%20Biosseguran%C3%A7a%20-%206. Acesso em: 7 mar.2021.

ZAGURSKI, A. T. S. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. **Revista da Agu**, Brasília, v. 16, n. 3, p. 87-108, 2017. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_4.pdf. Acesso em: 7 mar. 2021.

ERA UMA VEZ... INFÂNCIA: O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Natália Maria Silva Luz[17]
Thaizi Helena Barbosa e Silva Luz[18]

INTRODUÇÃO

O direito à educação existe como integrante do rol dos direitos humanos desde que o mero conceito de direitos humanos começou a ser discutido. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, resultado direto da Revolução Francesa no século XVIII, já trazia menção da instrução como "necessidade de todos", a ser favorecida pela sociedade e colocada ao alcance de todos os cidadãos. O ato de transmitir conhecimento, de expandir suas competências intelectuais, tão inerente à natureza humana, cabia perfeitamente naquele recém-concebido nicho de direitos básicos. Incluído entre os direitos sociais, a educação se apresenta como um pré-requisito para o usufruto dos demais direitos civis, políticos e sociais, figurando como um componente básico dos direitos humanos (MACHADO e OLIVEIRA, 2001, p. 57).

17 Bacharel em Direito pela IERSA, pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela IERSA, e mestranda pela UNIFOR.

18 Graduada em Pedagogia pela UFPI, pós-graduada em Ensino pela UFPI, e mestre em Educação pela UFPI.

A extensão do alcance desse direito, entretanto, sempre teve grande variação de acordo com o lugar e o momento histórico em questão, e, até recentemente, crianças pequenas não eram vistas como seus sujeitos prioritários, com a alfabetização marcando por muito tempo o momento inicial da vida escolar. No Brasil, a luta para que estas fossem legalmente reconhecidas como detentoras dos mesmos direitos se estendeu por décadas, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A educação infantil (EI) no Brasil compreende, atualmente, o ensino voltado para crianças de 0 a 5 anos, através do acolhimento em creches entre 0 e 3 anos, e pré-escolas entre 4 e 5 anos. A expansão do seu alcance e qualidade, que cotidianamente já é um dos maiores desafios das políticas públicas educacionais em nosso país, sofreu uma reviravolta sem precedentes com o início da pandemia de COVID-19 em março de 2020. Um ano e mais de 300 mil mortos depois, a situação da EI se mostra cada vez mais complexa, e esse direito, resultado de tantas lutas, encontra-se ameaçado.

O objetivo geral deste artigo é discutir a repercussão da pandemia de Covid-19 no direito à educação infantil no Brasil. No primeiro tópico, comentaremos a importância do acesso à educação infantil de qualidade no desenvolvimento da criança, para, em seguida, apresentar a situação legal do direito à educação infantil no Brasil e a realidade pré-pandemia no tópico subsequente. No último tópico, discutiremos como a resposta à pandemia afetou o direito à educação infantil, principalmente a inclusão de atividades não presenciais e a retomada das aulas.

A fim de atingir os objetivos estabelecidos, foi escolhida uma pesquisa com abordagem qualitativa, visando buscar a compreensão do fenômeno, de seu papel na sociedade. Como procedimentos de coleta de dados serão utilizadas a pesquisa bibliográfica e documental, por meio do estudo de trabalhos de doutrinadores e outras fontes escritas, além da análise de leis.

1. A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO INFANTIL

A função da EI evoluiu juntamente com o próprio conceito de infância e do papel da família na sua educação. Em sua origem, as creches buscavam oferecer um lugar onde crianças pequenas de mães trabalhadoras de baixa renda pudessem ser cuidadas durante a jornada de trabalho, em

um caráter puramente assistencial. Esse cuidado buscava evitar que essas crianças, já vivendo em situações de marginalidade socioeconômica, ficassem ainda mais vulneráveis a influências negativas. A atenção despendida nestas visava suprir minimamente suas necessidades físicas básicas, raramente indo além da oferta de comida e um local poucas vezes apropriado (KUHLMANN JR, p. 11). Essa visão era também influenciada pela forma como a criança era tratada: não como um ser humano completo, capaz de criação cultural e sujeito de direitos por si só, mas como uma criatura incompleta, a ser moldada num cidadão. A figura da criança sofre importantes mudanças ao longo dos anos, e

> [...] ela aparece hoje com nova identidade. Crianças são figurinhas curiosas e ativas, com direitos e necessidades, que precisam de um espaço diferente tanto do ambiente familiar, onde são objeto do afeto de adultos (em geral, adultos muito confusos) quanto do ambiente escolar tradicional, frequentemente orientado para padronização de condutas e ritmos e para avaliação segundo parâmetros externos à criança. (OLIVEIRA, 2011, p. 45).

Diversas pesquisas apontam os benefícios do acesso à EI, como um melhor desempenho nas séries iniciais do ensino regular principalmente até os 7 anos, porém se estendendo em menor proporção até os 16 anos (GOODMAN; SIANESI, 2005). Conforme Campos et al., "a experiência em pré-escola, comparada a nenhuma experiência em pré-escola, favorece o desenvolvimento da criança, e esses efeitos ainda são evidentes no desenvolvimento intelectual e social durante os primeiros anos da escola primária" (2011, p. 19). Entretanto, esta ressalta ainda que a importância da EI "não pode ser medido somente por resultados futuros, mas principalmente pelas vivências que proporciona à criança naquela fase de sua vida" (2011, p.18).

Todos estes resultados, no entanto, são intrinsicamente ligados à uma *EI de qualidade*. A EI não deve se fundamentar exclusivamente na disciplina escolar, nem tampouco apenas no caráter de cuidado, e sim

> [...] numa proposta curricular que valoriza a iniciativa da criança, oferecendo uma multiplicidade de situações de experimentação,

> de aprendizagem e de expressão no cotidiano da EI, sem deixar de enfatizar a importância dos diversos tipos de conhecimento importantes nessa fase do desenvolvimento da criança. (CAMPOS et al., 2011, p.30)

Para Oliveira (2011, p.50), a criança não deve ser tratada como uma mera receptora de imagens e conhecimentos. A escola deve buscar suprir suas necessidades de desenvolvimento, enquanto busca construir sua identidade em um ambiente de segurança, exploração e autonomia, e isto exige uma abertura à exploração do lúdico, e adaptação dos tempos escolares aos diferentes ritmos de aprendizagem. Essas necessidades exigem um espaço adequado, rico em estímulos, onde a criança poderá desenvolver conexões e habilidades que lhe acompanharão para toda a vida, ao invés de apenas buscar atingir determinados padrões de qualidade.

O direito à EI de qualidade está, então, fundamentalmente ligado ao direito à dignidade da criança, quando deve proporcionar oportunidades para que esta se desenvolva da melhor forma possível, especialmente para aquelas provenientes de camadas mais pobres da sociedade.

2. O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL: PANORAMA LEGAL E A REALIDADE PRÉ-PANDEMIA

A educação como dever do Estado e direito social, de caráter universal, percorreu um longo caminho na legislação brasileira antes da promulgação da CF/88. A educação primária pública, inicialmente com caráter assistencial, àqueles desprovidos de meios próprios, e subsidiária aos investimentos privados, já figurava em constituições anteriores, enquanto a universalização deste direito foi inconstante ao longo destas diversas cartas legais.

Foi apenas com o advento da CF/88 que a EI, através de creches e pré-escolas voltadas a atender crianças até 5 anos, passou a figurar entre uma das manifestações do direito à educação, após décadas de luta por vários setores da sociedade. Essa previsão foi reforçada com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990 e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) em 1996.

Esse regramento, até então inédito no ordenamento jurídico brasileiro, foi um grande avanço na inserção da criança como sujeito de direitos

humanos. A LDB prevê a EI como a primeira fase da educação básica, que, apesar de não ser obrigatória, "tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade" (BRASIL, 1996). A EI tem, então, seu caráter formador, e não apenas educativo, reconhecido explicitamente na disciplina legal. Em 2009, a Emenda Constitucional nº 59 alterou o texto original, passando a prever ensino obrigatório dos 4 aos 17 anos, de maneira que a EI passou a ser obrigatória.

Esses três corpos jurídicos básicos trazem dentre os princípios que regem o ensino a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a ser assegurada pelo Estado como forma de efetivação do seu dever com a educação escolar pública. Para coordenar estes esforços, a CF/88 prevê, e a LDB regulamenta, a criação periódica de planos nacionais de educação (PNE), que estabeleçam metas, diretrizes, objetivos e estratégias visando, entre outras finalidades, a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, e a melhoria da qualidade do ensino.

O PNE atualmente em vigência, aprovado em 2014, ordena a organização da educação brasileira até 2024, estabelecendo vinte metas a serem cumpridas em conjunto pelas diferentes esferas administrativas responsáveis pela educação. Este plano traz como meta número 1

> Universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE. (BRASIL, 2014).

De maneira específica, a EI é atualmente delimitada pela Base Nacional Comum Curricular (BNCC), publicada em 2017. Segundo ela, a EI é o "início e o fundamento do processo educacional", visto que na maioria dos casos, ela irá representar a primeira separação entre a criança e a família, e a sua inserção em outros meios sociais.

Nesse contexto, a BNCC estabelece como direitos de aprendizagem e desenvolvimento na EI: conviver com outras crianças e adultos, brincar cotidianamente de diversas formas, participar ativamente do planejamen-

to da gestão e das atividades, explorar diversas competências e situações, expressar-se como sujeito dialógico, e conhecer-se e construir sua identidade pessoal, social e cultural (BRASIL, 2017). Esses direitos estão em consonância com o desenvolvimento integral da criança que a LDB busca assegurar, através de uma abordagem diversificada, estruturada em campos de experiência.

A busca pela universalização da EI é então um dos principais desafios brasileiros no tocante à plena realização do direito à educação, seguida pela qualidade do ensino ofertado, especialmente em relação à infraestrutura. A verificação do progresso quanto ao primeiro é mais fácil: segundo os resultados do Censo Escolar 2020, dados mais recentes disponíveis atualmente, o número de matrículas na EI cresceram constantemente entre os anos de 2016 e 2019, apresentando, entretanto, uma queda no ano de 2020, principalmente na rede privada. O número total de escolas que ofertam EI também está em queda.

O Censo demonstra também a essencialidade da atuação do Estado na educação, ao apresentar que quase 73% das crianças matriculadas frequentam instituições públicas, tendo este número crescido em relação a 2019. Esta dependência se reflete de maneira ainda mais pronunciada na zona rural, onde mais de 96% das matrículas se concentram na rede pública de ensino.

Quanto à infraestrutura, o Censo aponta uma disparidade enorme entre a disponibilidade de recursos entre as redes privada e pública. Se falta conexão à internet (apenas 66,2% da rede municipal possui), faltam mais ainda banheiros adequados (42,4%), bibliotecas (31,6%), e parques (34,2%) (BRASIL, 2020, p. 55). A rede privada, por sua vez, apresenta índices consistentemente superiores de recursos educativos. Essas carências indiscutíveis põem em xeque as condições em que o direito à educação infantil está sendo levado à grande maioria das crianças brasileiras.

3. E COM PANDEMIA?

A suspensão das aulas foi uma das primeiras medidas adotadas pelos Estados e Municípios na tentativa de desacelerar a disseminação da Covid-19, ainda em março de 2020. Repentinamente, milhões de crianças tiveram suas rotinas interrompidas, os saberes trabalhados, as relações cul-

tivadas no meio escolar deixadas à incerteza de um evento histórico que deixou autoridades públicas às voltas. Em meio às discussões, e à escalada da doença, o retorno às aulas tornava-se cada vez mais distante.

A solução encontrada para que não houvesse a paralização completa, e consequente perda do ano letivo, foi a utilização do ensino a distância. Autorizado pela LDB em situações emergenciais, e regulamentado pelo Decreto nº 9.057 de 2017, esta modalidade não era, entretanto, permitida na EI. Adotado de maneira ágil pela rede privada, o ensino a distância encontrou barreiras já esperadas na rede pública. A falta de recursos das escolas se estendia tanto a professores quanto a alunos, de maneira que, em muitas, o ensino era mais nominal do que real. Se multiplicaram notícias sobre crianças e adolescentes compartilhando um único aparelho celular com pais e irmãos, tendo que se deslocar diariamente para conseguir sinal de internet. Fora das notícias, muitas outras não conseguiam ter acesso de maneira alguma.

A EI, enquanto isso, devido a suas particularidades, teve mais dificuldades em se adaptar à situação. Apesar de contrariar a ausência de previsão para o uso do ensino a distância nessa fase, a Lei nº 14.040 de 2020 autorizou, excepcionalmente, a utilização de atividades não presenciais na EI durante o estado de calamidade pública, desde que estas atividades estejam "de acordo com os objetivos de aprendizagem e desenvolvimento dessa etapa da educação básica e com as orientações pediátricas pertinentes quanto ao uso de tecnologias da informação e comunicação" (BRASIL, 2020, s/p).

Essa excepcionalidade foi regulamentada mais a fundo na Resolução CNE/CP nº 2, de 2020. Nesta, reforçou-se a dispensa do cumprimento do mínimo de dias letivos e carga horária e foi deixado a cargo de cada instituição o planejamento da atuação, a decisão de como melhor atuar para atender sua realidade específica, e de prover estrutura suficiente.

Dentre as atividades não presenciais reguladas pela Resolução, encontram-se a previsão da elaboração de "orientações/sugestões aos pais ou responsáveis sobre atividades que possam ser realizadas com as crianças em seus lares". A Resolução recomenda ainda que os objetivos de aprendizagem e desenvolvimento desta etapa segundo a BNCC devem ser seguidos quando do possível uso de atividades não presenciais, com prioridade para "atividades de estímulo cognitivo e socioemocional e experiências lúdicas

com espaço para brincadeiras e estimulação de habilidades específicas propostas nos campos de experiência".

Ainda segundo a Resolução, que reconhece o impacto da suspensão das aulas na rotina das crianças, a relação família-escola é de sumária importância, visto que todas as atividades a distância necessitam de supervisão e apoio de adultos. É responsabilidade da escola manter canais de comunicação permanente com os responsáveis, tanto acerca das decisões tomadas a nível de gestão, quanto das atividades e habilidades que devem ser desenvolvidas, a fim de melhor suprir as necessidades da criança.

São previstas ainda medidas a serem adotadas no retorno às aulas presenciais, que vão desde a organização de entradas, saídas, e intervalos a fim de evitar tumultos, até a priorização do uso de áreas ao ar livre e planejamento que vise evitar atividades com contato direto.

A liberação do uso de atividades não presenciais por meio de tecnologias da informação e comunicação para a EI foi vista simultaneamente como necessária e com cautela. Mesmo antes da pandemia, já se demonstrava preocupação com a superexposição de crianças pequenas a dispositivos informáticos: segundo manual da Sociedade Brasileira de Pediatria, a interação entre crianças e adultos no âmbito da EI é fundamental para o desenvolvimento saudável e a socialização, e não pode ser substituído totalmente pelo ensino a distância sem que haja prejuízos. Entretanto, o potencial do uso destas tecnologias na EI é também indiscutível. Segundo Almeida e Prado (1999, p. 1):

> Hoje é consenso que as novas tecnologias de informação e comunicação podem potencializar a mudança do processo de ensino e de aprendizagem e que, os resultados promissores em termos de avanços educacionais relacionam-se diretamente com a ideia do uso da tecnologia a serviço da emancipação humana, do desenvolvimento da criatividade, da autocrítica, da autonomia e da liberdade responsável.

Os pontos negativos e positivos da adoção de atividades não presenciais, principalmente por meio de tecnologias digitais, são, no entanto, ofuscados pela realidade das escolas públicas demonstradas através do Censo Escolar 2020. Enquanto nas escolas da rede privada se presenciou

uma corrida contra o tempo para assegurar a continuidade do ensino, com marcado sucesso em muitos casos, a rede pública demonstrou os resultados do déficit de recursos.

Segundo resultados preliminares de uma pesquisa feita pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e pela Fundação Maria Cecilia Souto Vidigal, "mais de 60% das famílias de crianças na escola pública afirmam não ter acesso à internet ou ter baixa qualidade na conexão, o que dificulta as atividades remotas. Nas escolas privadas, esse problema atinge 17% dos lares". Essa disparidade reflete no desenvolvimento das crianças, que, segundo professores, apresentam menores índices do que deveriam. Essa diferença, no entanto, é menos acentuada em relação a alunos da rede privada, onde há tanto maior índice de conectividade quanto mais oportunidades de realizar atividades como pintura, leitura e outras atividades similares.

Outra demanda trazida pela suspensão das atividades presenciais é a necessidade de acompanhamento e cuidado destas crianças no ambiente doméstico. A Resolução do CNE prevê a "mediação dos adultos da família para as orientações, acompanhamentos, estímulos e regramentos no enfrentamento dos impactos da pandemia" para crianças pequenas, entretanto, num país que ainda conta com mais de 11 milhões de analfabetos e no qual 51,2% da população acima de 25 anos não chegou a completar o ensino médio este acompanhamento nem sempre é possível, ou se possível, que seja insuficiente para suprir as lacunas deixadas.

Mesmo o retorno às aulas presenciais é prejudicado pela falta de estrutura das escolas públicas, visto que recomendações como atividades ao ar livre e maiores cuidados com higiene e distanciamento ficam impossibilitados quando mais da metade das escolas não conta sequer com banheiros adequados. A adoção de medidas sanitárias, elemento essencial para a redução do risco de contágio, é apenas mais uma das limitações e barreiras enfrentadas pela rede de ensino.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A comparação entre a legislação editada durante a pandemia, a situação prévia da EI no Brasil e as notícias do último ano indica que a crise sanitária causada pela Covid-19 não é, por si só, a maior causadora

de violações do direito à EI. Ao contrário, esse direito já vinha sendo repetidamente violado, através da falta de estrutura das escolas públicas, da incapacidade dos governos em todos os níveis de cumprir as metas estabelecidas. A pandemia serviu apenas para ressaltar o fosso existente entre a qualidade da educação prestada pela rede privada, em sua maioria capaz de oferecer uma resposta rápida à mudança de situação, e o descaso com a rede pública.

Apesar de ainda não haver dados que abarquem o período coincidente com a crise sanitária, não é inconcebível supor que o número de matrículas na EI caia pelo segundo ano consecutivo. A crise econômica que veio de mãos dadas com a pandemia alterou duramente a rotina e o nível de vida de milhões de brasileiros, e a EI, pelo seu caráter "pré"-escolar, tem grandes chances de ser classificada como despesa não essencial mesmo para quem já faz uso da rede pública, ou mesmo de ser considerada um risco de contágio desnecessário.

A discussão da legalidade ou não da adoção de atividades não presenciais durante a EI torna-se também redundante. Como discutir se esta previsão é ilegal se as condições em que a EI vinha sendo ofertada a milhões de crianças, por si só, já violavam os direitos sociais destes pequenos rotineiramente? Entendemos que a utilização de atividades através de tecnologias digitais numa situação tão emergencial, tão única quanto a pandemia não são o problema, ao mesmo tempo em que não são a solução. Estas não têm o condão de substituir o contato com experiências novéis que só a escola pode proporcionar, mas elas têm, indiscutivelmente, a capacidade de auxiliar e melhorar as condições de desenvolvimento da infância longe do ambiente escolar sem ferir direitos. Isto é, desde que universalmente acessíveis.

Assegurar igualdade de condições para o acesso a tecnologias, bem como um ambiente adequado para o retorno às aulas presenciais, são as atitudes mais importantes a serem discutidas neste momento a fim de proteger o direito à EI, e não apenas enquanto durar a crise sanitária. A discussão sobre as condições em que milhões de crianças pequenas têm acesso ao ensino, sobre as reiteradas violações desse direito, deve abarcar não somente este momento, mas a situação da educação no Brasil como um todo, antes, durante e depois da pandemia.

Sejam quais forem os desenvolvimentos que o futuro trará, as marcas da violação desse direito ficarão, pois como disse Campos (2011), a EI é importante não apenas pelos benefícios futuros, mas por aquilo que ela pode proporcionar à criança naquela fase da vida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria E. B.; PRADO, Maria E. B. B. **Um retrato da informática em educação no Brasil**. 1999. Disponível em: http://www.proinfo.gov.br. Acesso em: 22 ago. 2017.

BARRETO, Andreia C. F.; LIMA, Marileide M. P.; ROCHA, Daniele S. Educação infantil em tempos de Covid-19. **Revista Latino-Americana de Estudos Científicos**, 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017**. Disponível em: <D9057 (planalto.gov.br)>.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). **Censo da Educação Básica 2020:** resumo técnico. Brasília, DF: INEP, 2021

_____. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.** Plano Nacional de Educação. Disponível em: <L13005 (planalto.gov.br)>.

_____. **Lei nº 14.040, de 18 de agosto de 2020**. Disponível em: <LEI Nº 14.040, DE 18 DE AGOSTO DE 2020 - LEI Nº 14.040, DE 18 DE AGOSTO DE 2020 - DOU - Imprensa Nacional>

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <L9394 (planalto.gov.br)>

_____. Ministério da Educação. **Base Nacional Comum Curricular**. Brasília, 2017. Disponível em: <BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf (mec.gov.br)>

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Resolução CNE/CP nº2, de 10 de dezemrbo de 2020**. Disponível em: <RESOLUÇÃO CNE/CP Nº 2, DE 10 DE DEZEMBRO DE

2020 - RESOLUÇÃO CNE/CP Nº 2, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2020 - DOU - Imprensa Nacional (in.gov.br)>.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

CAMPOS, Maria Malta et al. A contribuição da educação infantil de qualidade e seus impactos no início do ensino fundamental. **Educ. Pesqui.**, São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022011000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 3 abr. 2021.

GOODMAN, A.; SIANESI, B. Early education and children's outcomes: how long do the impacts last? *In*: **Fiscal Studies**, v. 26, n. 4, p. 513-548, 2005.

KUHLMANN JÚNIOR, M. Histórias da educação infantil brasileira. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n.14, p. 5-18, maio-ago. 2000a.

MACHADO, Lourdes Marcelino; OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Direito à educação e legislação de ensino. In: WITTMANN, Lauro Carlos; GRACINDO, Regina Vinhaes (Orgs.). **O estado da arte em política e gestão de educação no Brasil: 1991-1997.** Brasília: ANPAE e Campinas: Autores Associados, 2001.

OLIVEIRA, Elida. Para 78% dos professores, crianças da pré-escola têm expressão oral e corporal afetadas durante a pandemia, diz pesquisa. **G1**. Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/volta-as-aulas/noticia/2021/03/29/para-78percent-dos-professores-criancas-da--pre-escola-tem-expressao-oral-e-corporal-afetadas-durante-a--pandemia-diz-pesquisa.ghtml. Acesso em: 3 abr. 2021.

OLIVEIRA, Zilma Maria Ramos de Oliveira. **Educação Infantil.** Fundamentos e Métodos. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Émina. A educação como direito social e a escola como espaço protetivo de direitos: uma análise à luz da legislação educacional brasileira. **Educação e Pesquisa**. São Paulo, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex-

t&pid=S1517-97022019000100508&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 abr. 2021.

TOKARNIA, Mariana. Analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever. **Agência Brasil**. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos#:~:text=Publicado%20em%2015%2F07%2F2020,%2C%20divulgada%20hoje%20(15). Acesso em: 3 abr. 2021.

O GREENING DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL ECOCÊNTRICO NA AMÉRICA LATINA

Emilia Davi Mendes[19]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a discutir os direitos humanos ambientais como garantias pertencentes a uma nova categoria de direitos, nascida de um verdadeiro processo de "esverdeamento" dos sistemas jurídicos. Nessa linha de intelecção, abordam-se tais direitos imbuídos em uma trajetória histórica de violações ao meio ambiente e efeitos da devastação perpetuada, nocivos a todas as formas de vida e à própria harmonia ecossistêmica, impactando diretamente nas garantias sustentadoras do ideal de dignidade da humana, que patentemente reservam interfaces com o meio ambiente.

É como resultado desses efeitos, que passaram a ser observados com maior nitidez durante a grande aceleração do pós-guerra, que se observa a positivação do direito a um meio ambiente sadio em inúmeras cartas

19 Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Redatora do Jornal O Clima. Entusiasta dos Direitos Humanos e engajada com a agenda da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável.

constitucionais, bem como a menção, no plano internacional, à existência e imprescindibilidade de um direito humano ao meio ambiente.

O movimento de constitucionalização do direito ao meio ambiente e sua consequente proteção, portanto, perpetuaram-se por inúmeros países. Na América Latina, contudo, esse direito ganhou contornos especiais decorrentes de um movimento de valoração da Natureza que convencionou-se chamar de neoconstitucionalismo latino-americano, responsável pela concretização de um novo modelo jurídico-constitucional ecocêntrico.

1. O GREENING DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

É a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos que emergem os direitos de terceira dimensão, representando o início de um novo marco civilizatório. Como bem apontam Mazzuoli e Teixeira (2013, p. 200), "o homem do pós-guerra, no entanto, não tardou a perceber que a dignidade humana estava não só ameaçada pela possibilidade de guerras apocalípticas, mas também pela deterioração que o próprio homem vinha impondo ao meio ambiente".

É nesse cenário que, em um tempo relativamente curto compreendido a partir do efetivo início da positivação do direito internacional dos direitos humanos, a preocupação com o meio ambiente começa a se manifestar nesse âmbito. Essa tendência abarca a coletividade mundial e manifesta o ideal de cooperação e solidariedade entre os povos, consolidando a classificação de um direito humano ambiental como sendo de terceira dimensão.

> Afinal, como bem assevera Edson Ferreira de Carvalho, "da mesma forma que a violação massiva de direitos humanos" em conflitos armados ocorre, "certos impactos ambientais [igualmente] constituem uma ameaça à paz e ao desenvolvimento", pois "ameaçam não só indivíduos e grupos dentro das fronteiras nacionais, mas também, toda humanidade". (CARVALHO, 2011, p. 159, *apud* CARDOSO, 2013, p. 22).

Os fatos sociais que levaram à discussão da temática ambiental encontram-se consubstanciados em uma trajetória histórica de exploração e consumo desenfreado de recursos naturais mas que, notadamente no cenário de modernidade pós-guerra, alcançou números de iminente catástrofe mundial nos mais divesos aspectos que compõem a complexidade da temática ambiental.

Mazzuoli e Teixeira (2013, p. 200) exemplificam algumas das problemáticas afetas, como "os perversos efeitos do vazamento das indústrias químicas, a poluição transfronteiriça em rios internacionais, os acidentes com os superpetroleiros, os riscos de catástrofes provenientes das usinas nucleares", às quais se pode acrescentar a poluição marinha, os danos atmosféricos, a finitude dos recursos naturais e o aquecimento global.

1.1. OS MARCOS VERDES DO SISTEMA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A consciência acerca desses desafios que clamavam por posicionamentos por parte dos Estados e da comunidade internacional, que não mais poderia quedar-se inerte, deu início, perante o sistema internacional de direitos humanos, a um verdadeiro processo de *greening* ou "esverdeamento", consistente no reconhecimento de uma interdependência cada vez mais patente entre o direito ao meio ambiente sadio e os demais direitos humanos e na consequente e gradativa valorização do conteúdo ambiental de cada direito humano.

O primeiro documento a positivar uma aproximação entre o direito ambiental internacional e o direito internacional dos direitos humanos revelou-se na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, também conhecida como Convenção de Estocolmo, ocorrida em junho de 1972.

O extrato final da conferência, consubstanciado na nomeada Declaração de Estocolmo, trouxe significativa interdependência entre um meio ambiente sadio e o pleno gozo dos direitos fundamentais do ser humano, manifestando uma preocupação intergeracional com a preservação do meio ambiente de forma ampla, em uma acepção que inclui não somente os recursos naturais, mas também os ecossistemas em que estão inseridos.

> O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. [...]. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma. (Preâmbulo 1) [...]
>
> Princípio 1
>
> O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.
>
> Princípio 2
>
> Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento. (ONU, 1972).

Com efeito, o documento destaca a urgente necessidade de proteção do meio ambiente, como um dever que se apresenta aos governos do mundo inteiro, por afetar o bem-estar de todos os povos. Em suma, a Declaração de Estocolmo, apesar de não consolidar expressamente a existência de um direito humano ao meio ambiente, representou um importante passo ao tratar da questão ambiental pela perspectiva dos direitos humanos em um texto internacional.

Seguindo a linha dos marcos "verdes" do direito internacional dos direitos humanos, em 1987, o relatório da Comissão Mundial das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecido como "Nosso Futuro Comum" ou Relatório *Brundtland,* procurou compatibilizar a ideia de desenvolvimento com a utilização consciente dos recursos naturais, introduzindo o conceito de desenvolvimento sustentável como aquele que *"satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades"* (BRUNDTLAND,

1991, p. 9). Além disso, afirmou a primordialidade de se garantir ao ser humano um ambiente adequado à saúde e ao bem-estar, visto que se trata de direito fundamental.

Tal movimento prolongou-se no decorrer do ano de 1990, quando por força dos debates e controvérsias que necessitavam ser dirimidas, ocasionou a aprovação de uma série de resoluções pela Comissão de Direitos Humanos, que cada vez mais consolidavam o caráter de interdependência entre direitos humanos e proteção ambiental.

Eis que neste impulso, a AGNU (Assembleia Geral das Nações Unidas) continuou a consolidação da temática no âmbito internacional ao aprovar a resolução nº 45/94, que além de reafirmar as disposições da Declaração de Estocolmo de 1972, também proclamou a "necessidade de um meio ambiente saudável para o bem-estar dos indivíduos, pois através dele seria possível a plena satisfação/realização dos direitos humanos por todos, no presente e no futuro" (CARDOSO, 2013, p. 17-18).

Logo em seguida, ainda em 1994, foi publicado um documento que veio a ser uma das produções mais importantes das Nações Unidas sobre a relação entre direitos humanos o meio ambiente. Conhecido como Relatório Especial de Fatma Zohra Ksentini, à época relatora especial da Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias (que posteriormente veio a ser a Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos) da Comissão de Direitos Humanos, surgiu de um convite feito pela relatora a um grupo de especialistas, que se reuniu em Genebra a fim de elaborar o documento, que seria recomendado à ONU.

Além de destacar enfaticamente a interdependência entre a temática ambiental e a concretização de uma série de direitos humanos, a exemplo dos direitos à vida, à saúde, a um padrão de vida satisfatório, à alimentação suficiente, à moradia, à educação, ao trabalho, à cultura, à não discriminação, à dignidade etc. (KSENTINI, 1994), o relatório desmistifica a limitação na discussão da temática, que durante muitos anos esteve adstrita à poluição nos países industrializados, em prol do reconhecimento da natureza complexa, séria e multidimensional dos problemas ambientais. Algumas convenções internacionais também se caracterizam como importantes referências no processo de *greening* do sistema internacional dos direitos humanos, a exemplo do Protocolo de São Salvador de 1988.

No sistema interamericano, o Protocolo de São Salvador de 1988, em seu art. 11, inseriu "expressamente a garantia de acesso ao ambiente sadio no rol de direitos fundamentais a serem protegidos" (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013, p. 208), caracterizando-se como um documento adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como ECO 92, foi um dos eventos mais importantes envolvendo a temática ambiental no contexto internacional. Embora não tenha trabalhado expressamente a relação entre meio ambiente e direitos humanos, como bem pontuou Dinah Shelton (1992, *apud* BOYLE, p. 473-474, tradução nossa) ao afirmar que "o fracasso da declaração do Rio em dar maior ênfase ao direito internacional dos direitos humanos foi um indicativo de incerteza e debate acerca do lugar apropriado dos direitos humanos no desenvolvimento do direito ambiental internacional", é evidente que a conferência chamou a atenção dos Estados para a necessidade de proteção do meio ambiente e adoção de práticas mais sustentáveis.

Mais recentemente, um novo capítulo dessa interdependência ganhou destaque com a cooperação firmada entre o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) a fim de contribuir com a construção de parâmetros comuns às duas agendas internacionais. Como resultado, em 2012 foi publicado um relatório conjunto, apresentado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20). Conforme explanado por Mesquita (2013, p. 28), "essa publicação consolida as experiências e conhecimentos sobre a relação entre proteção ao meio ambiente e direitos humanos". Além disso, o documento "apresenta a primeira referência explícita entre serviços ecossistêmicos e direitos humanos e reitera as ligações recíprocas e multidimensionais dessa relação".

Percebe-se, portanto, um constante movimento de *greening* na ordem jurídica internacional, no sentido de reconhecer a inter-relação entre direitos humanos e proteção do meio ambiente, o que efetivamente tem resultado na formação dos direitos humanos ambientais, como uma nova categoria de direitos, complexa e multidimensional, que merece ocupar

posição de destaque dentro e fora das fronteiras dos Estados, enquanto células de um sistema global.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO AO MEIO AMBIENTE

Todo o movimento perpetuado no pós-guerra, que permitiu a reinvenção de direitos humanos afetos às noções de solidariedade e relacionados ao desenvolvimento a partir de uma perspectiva global, é também reflexo de uma lógica evolutiva nas dimensões da dignidade humana.

Como produto desse processo de evolução, percebe-se que a noção de dignidade da pessoa humana, matriz axiológica do nosso ordenamento jurídico e de todos os demais que a reconheceram, passou por significativa transformação, a fim de gradativamente englobar os novos valores reconhecidos como essenciais ao pleno e harmônico desenvolvimento humano. Nessa linha de intelecção, Sarlet e Fensterseifer (2009, p. 181) concluem:

> Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente da qualidade ambiental, passam a conformar o conteúdo da dignidade humana, ampliando o seu âmbito de proteção. Daí falar-se em uma nova dimensão ecológica para a dignidade humana, em vista especialmente dos novos desafios existenciais de índole ambiental a que está submetida a existência humana neste mundo "de riscos" contemporâneo.

Com efeito, é tamanha a força irradiadora deste princípio, que sua projeção alcança uma gama de direitos e deveres fundamentais atuantes para a concretização dessa dignidade. Desse modo, a inauguração de uma nova consciência jurídica pautada no reconhecimento do direito a um meio ambiente saudável, operou um duplo efeito quanto à sua natureza, originando um novo direito humano na ordem internacional, bem como um novo direito fundamental no âmbito interno de diversos Estados.

Consoante infere Mazzuoli e Teixeira (2013, p. 205), a Declaração de Estocolmo firmada em 1972 foi o mecanismo propulsor responsável

por desencadear um movimento de reconhecimento do direito ao meio ambiente não somente no plano internacional:

> Após 1972, séries de textos e reformas constitucionais supervenientes incluíram a proteção ao meio ambiente no rol de direitos humanos fundamentais de tal forma que atualmente mais de cem constituições asseguram o acesso ao meio ambiente "saudável", "seguro", "limpo" ou "equilibrado".

O movimento de constitucionalização do direito ao meio ambiente e sua consequente proteção, portanto, perpetuou-se por inúmeros países, a exemplo do qual podemos citar Japão (artigo 25), Equador (artigos 71 e 72), Espanha (artigo 45), Itália (artigo 9), Colômbia (artigos 79 a 82) Rússia (artigos 42 e 58), Filipinas (artigo 16), Suíça (artigos 73 a 80), Índia (artigo 48 e 51), Grécia (artigo 24), França (adendo constitucional para o ambiente), Bélgica (artigo 23), Holanda (artigo 21), China (artigos 9 e 26), México (artigo 4), Alemanha (artigo 20), Portugal (artigo 66), África do Sul (artigo 24) e Brasil (artigo 225), entre tantas outras. (CARDOSO, 2013, p. 21)

Os emergentes valores ecológicos consolidaram seu espaço no cenário político-jurídico contemporâneo, com positivação paralela nos planos nacional e internacional, visto que compartilham do mesmo núcleo comum, pautado na dignidade humana. Tendo-se operado, por conseguinte, uma reformulação parcial no conteúdo desse princípio, para que se passasse a constar, nos termos dos estudos desenvolvidos por Sarlet e Fensterseifer (2009, p. 181), uma verdadeira "dimensão ecológica", apta a "tornar o conceito mais responsivo aos novos (e velhos) desafios existenciais impostos pela degradação ambiental, mas também em vista da evolução cultural e dos novos valores socioambientais legitimados no âmbito comunitário".

Desse modo, tornou-se imprescindível a consagração do direito a um meio ambiente equilibrado ou saudável como direito humano e fundamental, haja vista a compreensão do ser humano enquanto célula não apenas do meio social, mas também de uma dimensão ecológica ou ambiental. Assim, a própria existência natural da espécie humana, exige, para o seu desenvolvimento, uma qualidade ambiental em níveis compatíveis com a dignidade que lhe é inerente.

Voltando-se para a ordem jurídica pátria, a Constituição Federal de 1988 incorporou um projeto político-jurídico integrador dos avanços do Estado Liberal e do Estado Social, resultando em um contemporâneo modelo estatal, como sugerem Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 15), ao qual adere à nomenclatura de "Estado Socioambiental", por resultar da necessária convergência das tutelas dos direitos sociais e ambientais, como integrantes de um mesmo projeto para o desenvolvimento humano.

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 consagrou a proteção do meio ambiente no título concernente à ordem social, ocupando o capítulo VI, de modo que o artigo 225 carrega o cerne do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, consoante terminologia do próprio dispositivo. Há ainda outros dispositivos arraigados, ao longo do texto constitucional, que irradiam a tutela ecológica aos demais direitos fundamentais de ordem social, econômica e cultural, ressaltando também, no âmbito interno do Estado, essa relação de interdependência.

É possível citar pelo menos 8 (oito) direitos fundamentais que a Constituição inter-relacionou à proteção do meio ambiente, a saber, o direito de propriedade (art. 186, II), em que a função social da propriedade rural encontra-se atrelada à adequada utilização dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; a ordem econômica e a livre iniciativa (art. 170, VI), que necessariamente deve observar a defesa do meio ambiente, inclusive com o tratamento diferenciado de produtos e serviços de acordo com o impacto ambiental gerado; o direito do trabalho (art. 7º, XXII, e 200, VIII), como pressuposto de condições dignas para o exercício da atividade laboral.

Outrossim, no que diz respeito à comunicação social (art. 220, § 3º, II), inibe a propaganda de práticas, produtos e serviços nocivos ao meio ambiente; quanto ao direito à saúde, o art. 200, VIII, também consagra a proteção do meio ambiente como fator relacionado ao sadio desenvolvimento humano; já o art. 225, VI, dispõe sobre a incumbência do poder público de promover a conscientização ambiental para a preservação do meio ambiente, relacionando-o ao direito à educação; sobre os direitos culturais (art. 216, V), há a concessão de *status* de patrimônio cultural brasileiro aos bens portadores de referência à sociedade, incluindo-se aqueles de valor ecológico; por fim, ressalta-se ainda a estreita relação entre os

direitos indígenas e a preservação dos recursos ambientais que lhes são inerentes (art. 231, §1º).

A multidimensionalidade desse direito, revela-se, portanto, cada vez mais evidente, seja por decorrência das múltiplas conexões firmadas com outros direitos, seja pela própria funcionalidade da proteção ambiental, "a qual toma a forma simultaneamente de um objetivo e tarefa estatal e de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico" (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 14).

3. DA CRISE ECOLÓGICA AO MOVIMENTO AMBIENTALISTA: AS BASES DO NOVO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL ECOCÊNTRICO

Os movimentos jurídicos sempre estiveram entrelaçados aos fatos sociais e às oscilações das invenções e práxis humanas. Partindo dessa perspectiva, Edgar Morin (2005) sustenta a impossibilidade de compreender às partes enquanto elementos desvinculados do todo, eis que todo fato pertence a um contexto complexo e, desse modo, para conhecê-lo não se pode isolar uma determinada informação, é necessário ligá-la a um contexto e mobilizar o nosso saber, para chegar a um conhecimento apropriado e oportuno sobre a mesma.

Nesse sentido, a reflexão sobre o direito ao meio ambiente necessariamente perpassa por um cenário global de crise, que precisa ser abordado. Não obstante os problemas ambientais não serem uma questão exclusiva da contemporaneidade, tendo atingido regularmente o planeta ao longo da história, é preciso destacar que é a partir dos contornos traçados pela revolução industrial, que as bases para o alarmante cenário de degradação e esgotamento dos recursos naturais começam a ser vislumbradas.

3.1. A CRISE AMBIENTAL GLOBAL

Com a aceleração do pós-guerra os ritmos da interação entre o homem e o meio ambiente passam por uma considerável intensificação. De fato, essa dinâmica é radicalmente alterada pelo crescimento da atividade econômica, do comércio internacional, da produção e consumo de bens,

da utilização de recursos naturais renováveis e não-renováveis, da mobilidade dos novos transportes e dos fluxos de comunicação e informação. Nessa esteira, não tardou para que os problemas ambientais, por decorrência direta da ação humana, começassem a surgir. Ainda no século XIX, em razão do ritmo frenético de expansão da revolução industrial, diversas cidades ao redor do mundo vivenciaram os impactos de nuvem tóxicas, oriundas da queima do carvão, a exemplo do que se deu em Londres em 1873, vitimando mais de 1.150 pessoas (CARDOSO, 2011, p. 19).

Desde então, a devastação apenas aumentou em números cada vez mais alarmantes, expandindo a ocorrência de desastres em diversos campos do ecossistema global. Segundo o relatório especial elaborado pela organização *State of Global Air* sobre a exposição global à poluição do ar e seus impactos na saúde, estima-se que a poluição atmosférica é responsável por ocasionar cerca de 6,67 milhões de mortes no mundo em 2020 e passou a ocupar o quarto lugar no *ranking* de fatores de fatores de risco para morte precoce em 2019 (STATE OF GLOBAR AIR, 2020).

No entanto, esse é apenas um aspecto dos problemas globais ambientais que se apresentam. A poluição marítima, o aquecimento global e demais alterações climáticas, o desmatamento desenfreado, além da degradação e poluição do solo pelo uso de pesticidas, adubos químicos e metais pesados, são outras consequências da intervenção humana que têm prejudicado a existência das mais diversas formas de vida – inclusive humana – em um ecossistema harmônico.

Atento a todas essas consequências que tornam a sociedade espectadoras de um constante estado de risco, no qual as catástrofes ambientais encontram-se evidentemente inseridas, Ulrich Beck formula a teoria sociológica que viria a ser uma das mais impactantes do século XX para diversos campos científicos, como as engenharias e as ciências jurídicas e sociais.

A teoria da sociedade do risco de Ulrich Beck reconhece que os riscos estão associados à criação de "riquezas", a partir do incremento de forças produtivas que fazem com que a sociedade denominada por ele de "sociedade industrial de risco" passe a ter como questão central a tentativa de evitar ou minimizar os riscos por ela criados, de modo a "não comprometer o processo de modernização e sem romper com a barreira do que seja socialmente aceitável" (FALBO; KELLER, 2015, p. 1998).

Essa sociedade passa a encontrar fundamento no "medo" e ter como novo paradigma uma "segurança" almejada por todos e que não pode ser comprada, uma vez que a tendência à globalização faz surgirem situações de suscetibilidade generalizadas.

Embora a transição para esse modelo de sociedade ter iniciado por volta de 1970, como sustentado por Beck, que introduziu a teoria no livro *Risikogesellschaft*, publicado em 1986, o marco referencial da sociedade do risco foi a catástrofe de Chernobyl, o pior desastre tecnológico da humanidade, ocorrido na Ucrânia, poucos meses após a publicação do livro de Beck. Com efeito, inúmeros outros desastres ambientais por decorrência da ação humana aconteceram nas últimas décadas. No Brasil, destacam-se os acidentes ocorridos em Minas Gerais nas cidades de Mariana (2015) e Brumadinho (2019), ambos ocasionados pelo rompimento de barragens de rejeitos do processo de mineração da empresa mineradora Vale.

O rompimento da barragem de Fundão, controlada pela mineradora Samarco e pertencente à empresa Vale, em Mariana, foi a maior tragédia ambiental da história do Brasil e um dos maiores e mais graves crimes ambientais já ocorridos. O desastre ocasionou 19 mortes, bem como o despejo de 43,7 milhões de metros cúbicos de lama rica em minérios, que atingiram o Rio Doce e seus afluentes. Apenas um mês após o rompimento, foram coletadas cerca de 11 toneladas de peixes mortos nesses rios (G1, 2019).

Três anos depois, o país é novamente palco de um acidente envolvendo rompimento de barragem, no mesmo estado e pertencente à mesma mineradora. O desastre de Brumadinho, logo após o de Mariana, foi um dos maiores desastres ambientais da mineração no Brasil, tendo vertido cerca de 12 milhões de metros cúbicos de lama e rejeitos de minério de ferro. Além disso, foi o maior acidente de trabalho no Brasil em perda de vidas humanas, contabilizando 259 mortos, enquanto 11 pessoas permanecem desaparecidas (ANDRADE et al., 2020).

3.2. O MOVIMENTO AMBIENTALISTA

São diversos os exemplos que marcam o processo de exaustão ambiental global, corroborando inteiramente a constatação feita por Mazzuoli (2008, p. 167):

> A percepção de que questões ligadas à proteção do meio ambiente não se limitam à poluição advinda da industrialização, mas abrangem um universo muito mais amplo e complexo, que envolve todo o planeta e podem colocar em risco a saúde mundial, foi decisiva para a inserção do tema "meio ambiente" na esfera de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com efeito, a crise ecológica ensejou a mobilização de diversos setores e grupos sociais na defesa da natureza. Esse movimento ambientalista, a exemplo de diversas lutas desbravadas por determinados segmentos da sociedade em prol de direitos civis ou feministas, configurou a sociedade civil como uma terceira arena de poder – ao lado do Estado e do Mercado – com vistas a corrigir as distorções da crise ecológica que esses poderes não foram capazes de evitar ou resolver. Essas articulações ganharam espaço principalmente a partir da década de 1960 e, por meio de protestos e campanhas com temáticas específicas, a exemplo de testes nucleares, poluição oceânica e caça às baleias, estabeleceram novos parâmetros de organização da sociedade civil, trazendo impactos para o espaço político.

Com algumas adequações ao atual contexto histórico e tecnológico, esses movimentos continuam a promover impacto nas demais esferas de poder. Atualmente, é possível citar o movimento *Fridays for Future,*[20] iniciado por influência da jovem ativista sueca Greta Thunberg em agosto de 2018, e que com a utilização das redes sociais, logo transformou-se em uma ação global em protesto à falta de ação no combate à crise climática.

A influência do movimento ambientalista para a concretização de mudanças políticas e jurídicas, precursoras de um novo paradigma constitucional ecocêntrico pode ser melhor compreendia pela perspectiva do constitucionalismo democrático desenvolvido por Robert Post e Reva Siegel (2007, p. 395, *apud* FERNANDES, 2020, p. 233), visto que "as cortes, assim como as demais instituições, movimentos sociais e o povo, são entendidas como partes distintas e interconectadas do sistema político

20 O movimento teve início após Greta Thunberg, de 15 anos, e outros jovens ativistas sentarem-se diante do parlamento sueco todos os dias de escola durante três semanas, para protestar contra a falta de ação sobre a crise climática. A adolescente postou nas redes sociais Instagram e Twitter o que estava fazendo e logo se tornou viral.

no qual estão inseridas, [...] assumido com a Constituição e que está em processo contínuo de evolução e significação".

A partir desse viés, compreende-se a necessidade de integração dos ascendentes valores ecológicos no âmbito social, sobretudo visando agregar a nova dimensão de dignidade relacionada à proteção ambiental, não somente no que diz respeito aos valores capazes de assegurar a plena existência humana, mas também a de outras formas de vida e da Natureza como um todo, afinal ambos fazem parte de uma mesma realidade ecossistêmica.

4. UM NOVO PARADIGMA: O NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Sarlet e Fensterseifer (2019, p. 71) sustentam que essa virada jurídica requer a completa reconfiguração da nossa relação com o planeta terra, em prol do reconhecimento de um novo *status* jurídico da natureza e de todos os elementos que a compõem. No plano constitucional, essa mudança de paradigma pode ser vislumbrada pela "defesa de uma Constituição Ecológica e de um Direito Constitucional Ecológico", capaz de reconhecer o valor intrínseco da natureza e dos elementos bióticos e abióticos de sua composição.

Esse paradigma, embora à primeira vista pareça utópico, na verdade já avançou alguns passos e é rumo a este novo horizonte que se deve continuar a caminhar. A Constituição Equatoriana de 2008 foi a primeira a consolidar esse novo modelo constitucional ecológico, reconhecendo a Natureza como sujeito de direitos pela primeira vez na história mundial, paradigma traçado a partir da cosmovisão dos povos indígenas andinos, defensores da convivência harmônica entre o homem e o meio ambiente.

Imbuída pelo mesmo espírito revolucionário e tendente ao rompimento de paradigmas, a Constituição Plurinacional Comunitária e Autônoma da Bolívia (2009), de modo cristalino estabeleceu a ruptura com o passado colonial, republicano e neoliberal que marcou a história do país, a fim de que fosse construído, a partir de então, um Estado comprometido com a integração e articulação de propósitos para o seu integral desenvolvimento, consagrando a diversidade étnica e a proteção da vida para além da esfera humana.

> Quanto às suas consequências práticas, permite a qualquer pessoa, de forma ampla, exercer ações de tutela jurisdicional, sem a exigência de ser vítima, que é a consequência inevitável do reconhecimento da personalidade à própria natureza, nos termos da invocação da *Pachamama* entendida em sua dimensão cultural de *Mãe Terra*. É muito claro que em ambas as constituições a *Terra* assume a condição de *sujeito de Direito*s, de forma expressa na Equatoriana e um tanto tácita na Boliviana, mas com efeitos iguais para ambos: qualquer pessoa pode reivindicar seus direitos, sem que se exija que seja afetada pessoalmente, assumindo que seria necessário se fosse considerado um direito exclusivo dos humanos. (ZAFFARONI, 2012, p. 110-111, tradução nossa).

Desse modo, o rompimento com a dogmática jurídica tradicional traçada pelo que se entende como Neoconstitucionalismo Latino-americano, possibilitou a ressignificação da Constituição como um instrumento de satisfação dos interesses do seu povo, a fim de efetivamente acolher e proteger a cultura latina, desfazendo-se de quaisquer limitações associadas ao padrão constitucional eurocêntrico, para permitir a positivação da compreensão e proteção da *Pachamama*[21] nos moldes que ela realmente ocupa na cultura andina.

Destarte, esse novo movimento constitucionalista inaugurado por países da América Latina é um marco revolucionário de ruptura frente ao modelo antropocêntrico clássico e utilitarista no trato com a natureza, consubstanciado na ideia pura de "direito a um meio ambiente saudável" enquanto atributo único da espécie humana.

De outro giro, o neoconstitucionalismo latino-americano apresenta-se como o mais forte parâmetro a inspirar a vivência de um novo paradigma jurídico-constitucional ecocêntrico por outros Estados. Trata-se, pois, de uma virada jurídica imprescindível para a própria abordagem que se pretende alcançar neste trabalho quanto à consolidação dos direitos humanos ambientais, uma vez que o sistema internacional não pode ser

21 *Pachamama* é uma palavra de origem quíchua, *Pacha* significa "universo", "mundo", "tempo", "lugar", e *Mama*, "mãe"; portanto, é a Mãe Terra, deidade máxima dos povos indígenas dos Andes centrais, considerada como divindade relacionada com a terra, a fertilidade, a maternidade, o feminino.

vislumbrado como instituto desconexo da esfera Estatal interna, senão, ao revés, como atuação complementar a dos Estados, que são os primeiros detentores da missão de defender os direitos humanos e ecológicos.

CONCLUSÕES

O meio ambiente tornou-se uma preocupação cada vez mais presente, ultrapassando as fronteiras dos Estados e atraindo uma atenção internacional em prol da iminente necessidade de se promover mudanças ecológicas a fim de reequilibrar ou, ao menos, desacelerar o ritmo de degradação do planeta terra em virtude da ação humana.

Enquanto no plano interno dos Estados o direito ao meio ambiente adquiriu contornos de direito fundamental, no plano internacional nota-se o movimento no sentido do reconhecimento de um direito humano ambiental. As inter-relações entre proteção ambiental e direitos humanos tornaram-se cada vez mais evidentes, fruto de um rompimento gradativo com a noção antropocêntrico-cartesiana de que o ser humano deveria tornar-se "mestre e dominador da natureza".

As próprias catástrofes acompanhadas ao longo das últimas décadas alertaram para a vivência em uma "sociedade do risco", nos moldes do que convencionou chamar a teoria formulada por Ulrich Beck, para qual o passado e o futuro parecem concentrar-se em um presente de incertezas e permanente estado de alerta no qual a preocupação central da sociedade passa a ser a tentativa de evitar ou minimizar os riscos por ela criados. Em contrapartida, nota-se a existência de um movimento ambientalista, iniciado a partir da década de 1960, que teve importante influência no *greening* ou "esverdeamento" operado no sistema internacional de direitos humanos e refletido para as ordens jurídico-constitucionais da maioria dos Estados do planeta.

Esse reflexo adquiriu notável feição na América Latina. Com efeito, o neoconstitucionalismo latino-americano, ao reconhecer expressamente a Natureza como um sujeito de direitos e prezar pela harmonia do convívio entre o homem e o meio ambiente, apresenta-se como um marco jurídico-civilizatório sem precedentes, capaz de inspirar a vivência de um novo paradigma jurídico-constitucional ecocêntrico por outros Estados,

da maneira como observa-se já ter ocorrido com Equador, Bolívia e Colômbia.

REFERÊNCIAS

BOYLE, Alan. Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment. **Fordham Environmental Law Review.** New York, vol. 18, p. 471-508, 2007.

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

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso futuro comum:** comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CARDOSO, Tatiana Squeff. As origens dos direitos humanos ambientais**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 7, n. 23, p. 131-157, 2013. https://doi.org/10.30899/dfj.v7i23.264.

_____. **Por uma tutela efetiva ao meio ambiente**: a aplicação da law & economics para combater a tragédia dos bens comuns. Dissertação de Mestrado em Direito. Unisinos. São Leopoldo, 2011.

FALBO, Ricardo Nery; KELLER, Rene José. Sociedade de risco: avanços e limites da teoria de Ulrich Beck. **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, 2015. p. 1992-2015. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19388/14181. Acesso em: 10 jan. 2021.

G1. Há 3 anos, rompimento de barragem de Mariana causou maior desastre ambiental do país e matou 19 pessoas. **G1 Minas Gerais**, 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25. Acesso em: 10 jan. 2021.

HEALTH EFFECTS INSTITUTE. **State of Global Air 2020**. Special Report. Boston, MA: Health Effects Institute, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira and TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Rev. direito GV**

[*on-line*], v. 9, n. 1, p. 199-241, 2013 https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100008.

MESQUITA, Darlan Aragão. **Meio ambiente como um direito humano:** atributo e indicadores. 2015. Dissertação – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo.** Nova York: ONU, 1972.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico:** constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. 6. ed. rev., atul. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**; ilustrado por Miguel Rep; com prólogo de Osvaldo Bayer; com colaboración de Matías Bailone. 1ª ed. Buenos Aires: Colihue, 2011.

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL, LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS NEGRAS NO BRASIL

Dandara Amazzi Lucas Pinho[22]

INTRODUÇÃO

Embora os direitos fundamentais sejam garantidos pelo ordenamento jurídico, grande parte da sociedade brasileira continua sofrendo com as desigualdades que ainda afligem o país. Apesar de um desenvolvimento inegável, os negros nas mais diversas situações ainda são considerados uma "raça" inferior e por isso ainda ocupam uma série de áreas de prestígio que sempre foram e continuam a ser a maioria da elite branca. "Satélite, via satélite, é 15% Google, o resto é Deep Web. No Brasil quem tem uma ideia morre!" Com esses versos, Kleber Cavalcante Gomes, que é artisticamente conhecido como Criolo, em sua canção Boca de Lobo, condena

22 Advogada. Antirracista, Antiproibicionista e Feminista Interseccional. Mestranda do Programa depós-Graduação em Estudos Africanos, Povos Indígenas e Culturas Negras. Presidenta da Comissão de Promoção da Igualdade Racial da OAB da Bahia. Presidenta da Comissão Estadual da Igualdade Racial da Associação Brasileira da Advocacia Criminalista. Consultora jurídica do Caldas e Pinho - Advocacia e consultoria Jurídica. Membro da Comissão de Combate a Intolerância Religiosa da OAB/BA e da Comissão de Direitos Humanos da OAB/BA. Participa do Núcleo de Estudos e pesquisas de Gênero - NEPGREG, da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

o uso do ambiente da internet, que acredita ser uma forma de violência contra certas classes sociais.

Ao dizer alegremente que "o resto é a Deep Web", Criolo informa ao que tem a influência de ter pouca informação, na forma de criar, catalogar e divulgar. Ao contrário do que Criolo afirma em suas palavras, como representação artística em si, tem conteúdo abstrato e, portanto, não precisa ter perspectivas científicas ou padrões reais – questões relacionadas à internet, como as disponíveis na internet. A empresa do Google, seus dados gratuitos, não está aberta a insights e pesquisas.

No contexto deste trabalho, trago uma análise crítica da lei de proteção de dados e dos direitos fundamentais da pessoa negra no Brasil, principalmente o racismo institucionalizado, privando a população negra de acesso aos direitos fundamentais à educação e saúde, de instrução institucional. As consequências irreversíveis do processo de escravidão para os negros serão respeitáveis, em decorrência do acesso limitado aos direitos fundamentais, do fato de essa etnia levar um cotidiano desordenado, com as restrições mínimas exigidas para viver com dignidade.

Embora vivamos em uma era de direitos pós-civis, a discriminação persiste em algumas das sociedades mais avançadas do mundo e existe em oportunidades de emprego, habitação, crédito e questões de gastos. A discriminação é, sem dúvida, o resultado de algumas noções preconcebidas. Porém, ainda mais pode estar ligado a diferenças institucionais.

Essa discriminação inconsciente e irracional nas instituições sociais é responsável por grande parte dos diferentes efeitos vistos na prática. Sem os devidos cuidados aplicados, a reconciliação pode reproduzir os padrões existentes de discriminação, herdar o preconceito dos tomadores de decisão anteriores ou simplesmente refletir os preconceitos mais amplos da sociedade. (PLUGAR, 2019)

1. PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS AUTOMATIZADO

O tratamento automatizado de dados pessoais, distante do assunto ficção científica, é uma realidade no Brasil e no mundo. Em 2017, a curiosidade sobre o projeto do governo chinês de controlar, recompensar

e punir o comportamento dos cidadãos despertou grande interesse (BBC NEWS, 2017).

Em meados de 2018, era novidade (na época) que a China poderia permitir rapidamente aos cidadãos comprar passagens de avião ou trem se houvesse menos notas neste sistema de classificação social (SUPERINTERESSESSANTE, 2019). De acordo com notas divulgadas aos cidadãos chineses, foi descoberto no início de 2019, de fato, que a China já havia proibido 23 milhões de viagens aéreas ou voos em 2018.

Todas as decisões desse sistema são baseadas na coleta massiva de dados pessoais e seu processamento automatizado. Os sensores, instalados em abril de 2018 na entrada da 4ª linha do metrô de São Paulo, passaram a coletar dados biométricos e emoções do usuário, disparando reações a anúncios ou reportagens que aparecem nas telas de três estações. A Via Quatro, responsável pela operação desse trecho do metrô, já havia sido avaliada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) por imprecisão no processamento de dados pessoais em atividades civis. Por meio de despacho, a concessionária foi obrigada por um tribunal de São Paulo a retirar os censores descobertos em 2018-2018 (CANALTECH. COM, 2018).

Na Bahia, câmeras com sensores biométricos instalados pela Secretaria de Segurança Pública (SSP-BA) foram identificadas e capturadas e, até julho de 2019, 46 pessoas haviam fugido. Ele conhece os traços faciais das pessoas que estão com o aparelho aberto para prisão, compara-as e avisa imediatamente a equipe policial. A primeira prisão realizada com a ajuda desse sistema de reconhecimento facial ocorreu na terça-feira de carnaval, 5 de março de 2019, em El Salvador. Foi o homem investigado pelo assassinato que emitiu um mandado de prisão contra ele. O suspeito que saia do bloco carnavalesco "As Muquiranas" vestia roupa feminina (Jornal Correio, 2019). No Carnaval de El Salvador em 2020, o sistema de reconhecimento facial SSP / BA permitiu a fuga de 42 pessoas.

O processamento automatizado de dados pessoais é amplamente utilizado pelas empresas como uma ferramenta para identificar perfis pessoais. Perfis pessoais são especialmente importantes para relacionamentos e empréstimos com clientes – incluindo práticas potencialmente prejudiciais. Em julho de 2018, o Departamento de Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça multou a <decolar.

com> no valor de R$ 7.500.000,00 (sete milhões e cinquenta mil reais) para alterar os preços das instalações e em geral negar as vagas, se qualquer também, dependendo da localização geográfica do cliente, *geopricing* e *geoblocking* são praticados desta forma, práticas que consistem basicamente na criação de um determinado valor de produtos e serviços no e-commerce, para o efeito os critérios de localização geográfica do cliente são atendidas, afirmou um movimento nitidamente discriminatório (FRAZIO, 2019).

Outros casos bem conhecidos de tratamento diferenciado são: (a) algoritmo de coleta de recursos humanos da Amazon, que facilita o trabalho de homens para mulheres (REUTERS, 2018) (b) algoritmo de compartilhamento de imagens do Google, que define imagens negras como "gorilas" – curiosamente, a "solução" da empresa para o problema foi simplesmente bloquear a palavra "gorila" (DARGER, 2018); e (c) o *status* do algoritmo COMPAS (Alternative Management Algorithm), software que ajuda juízes dos EUA a avaliar a probabilidade de recorrência da dosimetria criminal, (i) perdeu quase o dobro das previsões de recorrência; reconhecer crimes negros como crimes futuros do que aqueles que reconhecem crimes brancos e (ii) reconhecer crimes brancos como mais perigosos quando são mais perigosos do que denunciar crimes negros como um risco de recorrência (ANGWIN, 2016).

Estes são apenas alguns exemplos de como o processamento de dados pessoais funciona automaticamente de acordo com os algoritmos usados por uma máquina.

2. ALGORITMOS DE DADOS PESSOAIS E TRATAMENTO

O algoritmo não é uma palavra nova, mas poucas pessoas o usaram até alguns anos atrás. Segundo o dicionário Houaiss, um algoritmo "define um conjunto de sequências perfeitas e certos métodos lógicos, a solução de um problema em etapas infinitas" (HOUAISS, 2001, p. 155).

Em matemática, um algoritmo é um conjunto de sequências, ideias ou operações que são aplicadas a uma quantidade infinita de dados para resolver a mesma classe de problemas" (HOUAISS, 2001, p. 155). Em suma, é um conjunto de ações claras e concisas que resolvem um problema específico. O bolo é um algoritmo para receitas.

Na linguagem da aritmética, "é uma série de instruções que dizem ao computador o que fazer" (DOMINGOS, 2017). As suas aplicações são tão diversas e amplamente usadas no mundo de hoje, como o faz Pedro Domingos, que vivemos numa era de algoritmos (DOMINGOS, 2017, p. 24):

> Há apenas uma ou duas gerações, mencionar a palavra algoritmo não significava nada para a maioria das pessoas. Agora, os algoritmos usados no mundo civilizado tornam tudo um. Eles fazem parte da web que compõe nosso dia a dia. Eles não são encontrados apenas em telefones celulares ou laptops, mas também em carros, em nossas casas, em eletrodomésticos e em brinquedos. As instituições bancárias são um grande pedaço de algoritmos, com pessoas apertando botões do outro lado. Os algoritmos das aeronaves classificam e entregam pedidos, calculam os lucros e registram. Se todos os algoritmos pararem de funcionar, o mundo que conhecemos acabará.

Os algoritmos podem ser usados para identificar perfis relevantes de funcionários, profissionais, clientes, crédito ou identidade. Além de definir perfis, eles também podem diagnosticar julgar, classificar e ordenar algoritmos – em suma, podem se tornar ferramentas de autodeterminação. Essas decisões podem afetar uma pessoa em diferentes aspectos de sua vida social, como consumidor, funcionário, eleitor, cliente etc., possuindo uma infinidade de aplicações, inclusive de cunho criminal (ZANON, 2013).

Os algoritmos encontrados são as ferramentas de decisão utilizadas por Estados e empresas. Além de ferramentas úteis, são cada vez mais necessários para o trabalho de organizações públicas e privadas em um mundo onde os relacionamentos são mais dinâmicos e rápidos. No entanto, não se deve esquecer que tanto o Estado quanto o universo empresarial têm múltiplos interesses em jogo, onde identificar e fazer cruzamento de dados para identificar os interesses das pessoas – individualmente contabilizadas – movimentando seus dados por meio de algoritmos, pode ser crucial para as atividades de ambos, sendo verdadeiras ferramentas que

oferecem vantagens importantes que vão além da agilidade na tomada de decisões.

Como ensina Daniel Kahneman, as estatísticas e fórmulas podem ser muito úteis porque podem ajudar a compensar as limitações da razoabilidade humana (KAHNEMAN, 2012). Por exemplo, as pessoas discordam inadequadamente ao fazer julgamentos curtos sobre informações complexas (KAHNEMAN, 2012, p. 280). As emoções questionáveis ao nosso redor têm um efeito profundo em nossos pensamentos e ações, e esses efeitos mudam de momento a momento. As fórmulas não têm esses problemas. Dadas às mesmas entradas, eles sempre dão a mesma resposta. Eles geralmente fazem avaliações mais detalhadas do que aquelas feitas pelo homem (KAHNEMAN, 2012, p. 283-286).

No entanto, estatísticas e fórmulas podem fornecer dados imprecisos ou falsos, provocando uma falsa correlação entre os dados, podendo dar azo a injustiças como resultado de discriminação. Neste esteio, Judea Pearl e Dana Mackenzie resumem que as pessoas são mais claras do que seus dados, uma vez que os mesmos não compreendem os efeitos e as causas e efeitos, apenas as pessoas conseguem essa compreensão (PEARL; JUDEA; MACKENZIE, 2018).

3. AUTOMAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, ou simplesmente LGPD – dispõe sobre a proteção 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.

É sabido que a LGPD é fortemente influenciada pelo Regulamento nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia (UE), conhecido como Regulamento Geral de Proteção de Dados.

A LGPD foi alterada pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018 e pela Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019 (LGL/2019/5777). Tanto a MP 869 quanto a Lei nº 13.853/2019 foram adiadas até a entrada em vigor da LGPD em agosto de 2020 – ou, segundo alguns, em de-

zembro de 2020 (VARELLA, 2020). Antes da alteração, a LGPD deveria entrar em vigor em 16 de fevereiro de 2020.

No que se refere às decisões automáticas, o artigo 20 da LGPD, dispõe:

O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019).

Da redação original, a MP 869/2018 e a Lei nº 13.853/2019 suprimiram a expressão "por pessoa física". A mudança pode parecer simples no início, mas seu impacto é muito relevante. A obrigação de rever uma decisão tomada apenas com base no processamento automatizado de dados foi eliminada por uma pessoa. Na prática, as entidades públicas ou privadas precisam cumprir a habilidade das art. 20 da LGPD caso sejam solicitados a reconsiderar a decisão automatizada, bastará que a decisão seja reconsiderada por outro algoritmo. Em suma, todo o processo de processamento de dados pessoais pode ser realizado por robôs, sem qualquer interferência humana, mesmo quando o titular dos dados solicita a sua revisão.

É interessante notar que o Congresso Nacional aprovou a inclusão do § 3º nos arts. 20, que previa que:

> [...] a fiscalização a que se refere o artigo deste artigo deve ser realizada por pessoa singular, nos termos da regulamentação da autoridade nacional, que terá em conta a natureza e a dimensão das entidades ou o âmbito das operações de processamento de dados.

No entanto, o Presidente da República vetou o parágrafo 3º, com os seguintes argumentos:

> O projeto de lei, que afirma que qualquer decisão baseada unicamente no tratamento automatizado é passível de revisão humana, é contrária ao interesse público, visto que tal exigência inviabilizará os atuais modelos de planos de negócios de muitas empresas, principalmente startups, como e influenciar a análise de risco de crédito e novos modelos de negócio das instituições financeiras, gerando um efeito negativo na oferta de crédito aos consumidores,

> tanto ao nível da qualidade das garantias, montante dos empréstimos contratados e composição dos preços, com reflexos, ainda, nos índices de inflação e na política monetária.

Ressalte-se que os parágrafos do art. 20 da LGPD não sofreram alterações pela MP nº 869/2018 e nem pela Lei nº 13.853/2019, vejamos:

> Art. 20 [...] § 1º O auditor deve, sempre que solicitado, fornecer informações claras e suficientes sobre os critérios e procedimentos utilizados no processo automatizado de tomada de decisão, respeitando o sigilo comercial e industrial." As informações a que se refere o parágrafo 1º deste artigo, com base no respeito ao sigilo comercial e industrial, a autoridade do Estado poderá realizar uma investigação para verificar as discrepâncias no tratamento automatizado de dados pessoais.

Note-se que através de uma leitura completa do dispositivo, verifica-se no caput do art. 20 da LGPD a previsão do direito de revisão das decisões tomadas exclusivamente com base em um tratamento automatizado de dados pessoais. Entretanto, os parágrafos 1º e 2º, preveem um direito a explicação sobre tais decisões, sendo que o direito à revisão de decisões automatizadas já havia sido previsto, antes, no art. 5º, VI, da Lei nº 12.414/2011– Lei do Cadastro Positivo.

A LGPD explicitamente impõe decisões automáticas para o direito ao tratamento indiscriminado. Esta cláusula não é apenas retirada do art. 20, mas também art. 1º, 2º, e, em particular, seu art. 6º, é taxativo, no inciso IX, ao estipular que as atividades de comunicação pessoal devem valorizar a boa-fé e o princípio da não discriminação, que ocorre na impossibilidade de realização de tratamento para fins de discriminação ilícita ou abusiva.

4. TRANSPARÊNCIA E A AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, é um órgão da Administração Geral Direta, que tem a função de fiscalizar o cumprimento da Lei nº 13.709 / 2018 – LGPD. A criação do órgão foi uma das

consequências diretas da Lei Geral de Proteção de Dados, importante para a implementação e aplicação das regras de confidencialidade e proteção de dados. Uma vez que a LGPD estabelece as regras e regulamentos gerais a serem seguidos, é importante que o órgão estabeleça as bases e as diretrizes gerais para a sua implementação para que a LGPD se torne mais eficiente.

Vale destacar que, com a entrada em vigor da LGPD, muitos aspectos da ANPD ainda geram dúvidas, principalmente quanto ao seu desempenho e às atitudes que passarão a fazer parte da Autoridade.

A Lei nº 13.853 / 2019 acrescenta três cláusulas ao art. 55-A, que declara que a natureza jurídica da ANPD é temporária, podendo tornar-se órgão geral indireto da esfera federal, órgão especial vinculado à Presidência da República (§ 1º); que essa alteração deve ser avaliada em até dois anos a partir da entrada em vigor da ANPD (§ 2º); e que a determinação dos poderes e funções necessários ao estabelecimento e funcionamento da ANPD está sujeita ao consentimento físico e financeiro explícito da lei orçamentária anual e é permitida por lei nas diretrizes orçamentárias (§ 3º). Portanto, o art.55-B assegura à ANPD "autonomia técnica e decisória".

A autonomia técnica não é a autonomia (ou independência) de um funcionário. Como órgão da administração pública federal sob a Presidência da República, não é significativa a possibilidade de interferências indevidas em assuntos que, aliás, deveriam ser estritamente técnicos. Além disso, a LGPD se refere a qualquer pessoa, física ou jurídica, da justiça ou propriedade pública que promova o desenvolvimento de dados pessoais. Assim, o problema surge quando a própria Administração do Estado age contra ela por suspeita de ter cometido automaticamente uma decisão discriminatória ilegal. Idealmente, deve ser transferido o mais rapidamente possível para um órgão de governo geral não governamental federal, onde deve ser apresentado na forma artística para um regime autônomo específico.

Conforme observado, a ANPD é responsável por conduzir investigação para correção de discrepâncias no acréscimo automático de dados pessoais, nos casos em que o controlador não forneça informações claras e relevantes sobre os critérios e procedimentos utilizados para a tomada de decisão automática (art. 20, § § 1 e 2).

A recomendação do observador é importante, pois o objetivo é evitar a rejeição da continuidade do comércio e da indústria de forma que o proprietário dos dados não conheça os critérios relevantes para definir seu perfil e tomar decisões efetivas (BLUM; MALDONADO, 2019, p 242). Ao negar a troca de informações de dados, o controlador pode ser investigado pela ANPD para seus algoritmos. O titular dos dados não será informado sobre os critérios utilizados no seu tratamento (pelo menos na primeira instância), mas a ANPD, que desenvolve observador e considera que existe tratamento discriminatório, pode estar sujeita às penalidades impostas por lei. O problema é que existem algumas penalidades muito importantes para um tipo de infração, como o encerramento da atividade de comunicação pessoal, que recebeu veto presidencial quando da assinatura da Lei nº 13.853/2019.

Além disso, embora não explicitamente prevista, uma interpretação sistemática da LGPD permite concluir que, se a análise da ANPD constatar que um processo automatizado de dados pessoais foi discriminatório, cabe a ela fornecer informações sobre os titulares dos dados para que eles possam exercer os seus direitos, isoladamente, contra instituições médicas, incluindo no domínio da justiça – a promoção de ações cíveis com reclamações de dano.

Diferentes perspectivas permitirão que os titulares dos dados sejam avaliados individualmente, com entendimento das ações que a ANPD vem realizando em sua situação particular e estejam livres de violações cometidas por controladores ou administradores. Além disso, o direito à informação sobre o tratamento discriminatório deve ser reconhecido para todos os detentores de dados, e não apenas para aqueles que solicitaram informações do controlador sobre os critérios e procedimentos usados para a tomada de decisão automática. Portanto, em todos os casos de constatação de discrepância injusta no tratamento automático de dados pessoais, uma penalidade necessária, a ser aplicada pela ANPD, é a detecção da infração, depois de devidamente corrigida e comprovada sua ocorrência (art. 52, IV ou LGPD).

Nos termos do art. 55-J, a responsabilidade da ANPD inclui, entre outras atividades, a proteção de dados pessoais (inc I), a alteração das normas e procedimentos de proteção de dados pessoais e privacidade (inc XIII, contidos na Lei nº 13.853/2019), e com conhecimento de causa, na

esfera administrativa, o fundamento da rescisão, o fundamento da interpretação da LGPD, suas atribuições e casos de exoneração (inciso XX, também Lei nº 13.853/2019).

Concluiu-se que, nos termos do art. 1º do mesmo artigo, a ANPD, quando os termos e condições de administração exigir o acréscimo de dados pessoais por parte do representante do tratamento, sejam eles criminais, criminais ou de responsabilidade, deve ser interveniente exige, no mínimo, a garantia dos princípios e princípios fundamentais consagrados nesta Lei e no artigo do art. 170 da Constituição.

Caso o orientador, ao ser questionado sobre eventual tratamento automatizado, tiver o segredo comercial e industrial como obstáculo ao acesso a todas as informações solicitadas pelo requerente (art. 20, § 1º, LGPD), bem como imprimir as normas sobre o assunto (art. 55-J) sobre a observação de algoritmos (art. 20, § 2º) será particularmente tempestuoso, pois será inevitavelmente regido por uma intervenção mínima e pelos princípios do art. 170 Constituição Federal.

De acordo com art. 52 da LGPD, dado oficial, quando exigido pelo disposto em lei, com as seguintes penalidades administrativas, impostas pela ANPD (elementos I-VI): cautela; multa simples de até 2% (dois por cento) por conta de pessoa jurídica, grupo ou comunidade individual no Brasil, pela infração limitada a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); multa diária, observado o limite total de R$ 50.000.000,00; após identificar e confirmar regularmente sua ocorrência; bloqueio dos dados pessoais mencionados no crime até que seja regulamentado; e a retirada de dados pessoais contidos no crime.

O Congresso Nacional aprovou três outros tipos de penalidades impostas pela ANPD: Suspensão parcial ou total do funcionamento da base de dados por, no máximo, seis meses, conjuntamente, até que o fundador regule a atividade do processo; suspensão da atividade de gestão de dados pessoais até 6 (seis) meses, prorrogada por igual período; e proibição parcial ou total do uso de atividades relacionadas a dados. Quando o Presidente da República sancionou a Lei nº 13.853/2019, esses parágrafos foram vetados, pois poderiam criar segurança para os controladores e não serem utilizadas para diversas atividades e bancos de dados relacionados a processos, como as utilizadas por instituições financeiras, que podem perturbar a estabilidade do sistema financeiro nacional (PEIXOTO, 2020).

5. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE DOS DADOS E LGPD DE ACORDO COM TRATAMENTOS DE DISCRIMINAÇÃO

A LGPD exerce uma série de direitos com o titular dos dados pessoais, a qualquer momento e quando solicitado, com os dados do controlador, com o titular dos dados pessoais, (art. 18):

> I - conhecimento da existência de tratamento; II - acesso aos dados; - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; - nomeação, bloqueio ou exclusão de dados desnecessários, adicionados ou tratados em desacordo com o disposto nesta Lei; [...] § 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de apresentar seus dados contra o responsável pelo tratamento à autoridade nacional. Parágrafo 2º. O titular poderá opor-se ao tratamento com base em uma das hipóteses de cancelamento, em caso de não cumprimento com as disposições desta Lei. [...].

O artigo 18 da LGPD deve ser lido em conjunto com outras disposições da lei, a fim de discutir a proteção real do titular dos dados em relação à adição automática dos seus dados. Em primeiro lugar, ao lado da art. 18, é a arte da prevenção no tratamento da discriminação. 1, 2, 6 e 20 LGPD. Além disso, para garantir a proteção adequada dos direitos dos titulares dos dados em face de uma decisão automática que pode causar um dano injusto, os artigos devem ser interpretados sistematicamente, interligados e de acordo com as diversas disposições da Constituição Federal.

Assim, uma possível explicação é que a LGPD, como alvo dos dados, criou a explicação correta – quais dados foram tratados, como foram tratados e por que os algoritmos os trataram – e o direito ao debate – os dados que foram validados, o método de tratamento e a finalidade para a qual foram processados (TEPEDINO, 2019).

Ao mesmo tempo, o LGPD criou uma tarefa clara para o motorista tomar decisões automáticas sobre o processamento de dados. Essa tarefa se torna transparente – ou seja, o tratamento e seu resultado devem ser desenvolvidos pelo controlador, e o conhecimento das operações (progresso e saída) é gerado pelo algoritmo. Outro aspecto da tarefa de transparência

é fazer com que a informação seja compreendida por quem a solicita – ou seja, a forma do processo de comunicação e seu desfecho devem ser claramente indicados pelo solicitante ou usuário.

Este comentário da LGPD com base no estudo da Comissão Europeia sobre a Proteção de Dados Pessoais da Comissão Europeia (Artigo 29 Proteção de Dados), intitulado "Diretrizes para a tomada de decisão e perfis individuais para efeitos do Regulamento 2016/679", estabelece uma auditoria prática grupo de observadores para atender aos requisitos estabelecidos no GDPR para definições de perfis e decisões automatizadas no GDPR. Este estudo fornece um guia de comunicação que utiliza formas claras e abrangentes de obter informações sobre o assunto dos dados, evitando explicações matemáticas complexas de como funcionam os algoritmos ou o aprendizado de máquina (IBIDEM, p. 35). Também foi sugerido que os controladores de dados simplificassem essas informações: (a) pelas categorias de dados usados nos perfis; (b) fontes de dados; (c) como os perfis foram criados, incluindo estatísticas; (d) o motivo pelo qual o perfil está relacionado à decisão automática; (e) como as informações foram utilizadas no caso de um determinado proprietário.

Ainda no trabalho de clareza, não há como satisfazer os resultados de Ana Frazão, pois o LGPD e o RGPD têm criado um verdadeiro obstáculo à correção do processo de autocomunicação avançada dos motoristas. Por dever de clareza, portanto, caberá a eles o ônus da prova (FRAZÃO, 2019):

> (I) os dados coletados, de que fonte e de que forma, (ii) as regras gerais dos programas do algoritmo e quais são seus objetivos, (iii) como o desenvolvimento do programa e do algoritmo foi realizado, (iv) se o algoritmo pode criptografar (v) se tais mudanças são antecipadas ou minimamente aceitáveis, (vi) quais são as categorias relevantes de perfis e critérios para cada um, (vii) o que o processo decide e como avalia sua adequação e precisão; (viii) se a resposta mecanismos existem, (viii) se houver intervenção humana e em que medida, (ix) quais os efeitos e riscos de dano não são possíveis, (x) que medidas foram tomadas para lidar com esses riscos.

À primeira vista, o monitoramento de dados sempre parece ser um endereço muito grande para as partes fornecerem informações claras; no en-

tanto, esse entendimento deve ser regido exclusivamente pelo titular dessas informações e, se se deseja aproveitar as vantagens e benefícios que a tecnologia oferece, é sua responsabilidade reconhecer a tecnologia que fornece seus dados, desde que não prejudique as informações do proprietário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acima de tudo, concluiu-se que a identificação de agressores com base na automação automatizada de dados pessoais é um fato existente que pode ter um impacto ainda maior na vida de todos, uma vez que estados e empresas utilizam essa tecnologia como uma ferramenta cada vez mais importante. Para o desempenho de suas atividades. Para eles, as vantagens de usar algoritmos, principalmente para definir perfis pessoais, são enormes. Para os cidadãos, paralelamente, os riscos também são muito altos, devendo ter muito cuidado com os algoritmos, conforme citado no estudo, pois algumas empresas já tiveram episódios racistas com seus programas, como Google, Amazon e já aconteceu com tantos outros.

A LGPD não tem promovido a proteção dos interesses do titular dos dados pessoais contra tratamentos que possam ser discriminatórios, mas a legislação brasileira não escapa às críticas.

No nível normativo-positivo, as principais lacunas são os limites de controle impostos pela ANPD e a falta de obrigação de revisão de uma decisão tomada por um indivíduo exclusivamente com base no processamento automatizado de dados.

REFERÊNCIAS

ADENAUER, Konrad. **Proteção de dados pessoais: privacidade *versus* avanço tecnológico**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2019.

ANGWIN, Julia et al. **Viés da máquina**. Existe um software usado em todo o país para prever futuros criminosos. E ele tende a ser negro. ProPublica, Nova York, 23 maio 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. Argumentos. São Paulo: Malheiros, 2008.

BBC NEWS, o plano da China, monitora e recompensa o comportamento dos cidadãos. **BBC News Brasil**, 27 de novembro de 2017.

BLUM, Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (Orgs.). **LGPD**: Tenho um comentário sobre a lei geral de proteção de dados. São Paulo: versão RT, 2019.

BONATTI, Alexandre. **Os sistemas e as novas aplicabilidades da LGPD**. São Paulo. 2020.

CANALTECH.COM. Metrô de SP cobre câmeras que coletam dados biométricos dos usuários. São Paulo, 5 out. 2018. Disponível em: <Metrô de São Paulo cobre câmeras que coletavam dados biométricos dos usuários - Canaltech>

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Existem comentários sobre a legislação geral de proteção de dados**. São Paulo: versão RT, 2018.

DOMINGOS, Pedro. **Algoritmo mestre**. São Paulo: Novatec Editora, 2017.

FRAZÃO, Ana. Geopricing e Geoblocking: Uma nova forma de discriminação do consumidor. **Jota**, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e--mercado/geopricing-e-geoblocking-as>. Acesso em: 21 mar. 2021.

FRAZÃO, Anna. **Novo LGPD**: O direito ao contrário da explicação continua válido. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-ainda-sobre--a-ef Acesso em: 21 mar. 2021.

HOUAISS, Antônio. **Um dicionário do português Houaiss**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e lento**. São Paulo: Objetiva, 2012.

MENDES, Laura Sheltel. **Privacidade, proteção de dados, proteção do consumidor**: diretrizes gerais para novos direitos básicos. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTA, Juliana da Cunha; NASCIMENTO, Bárbara Emidio. LGPD: Alteração das Medidas Provisórias 869/2018. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-as-propostas-de-emenda-a--medida-provisoria-869-2018. Acesso em: 3 mar. 2021.

PASQUALE, Frank. **Black Box Society**: um algoritmo secreto que controla dinheiro e informações. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ZUMBLICK, Roberta. **Inteligência artificial e lei**. Curitiba: Editora Alteridade, 2019.

PEIXOTO, M. **ANPD – Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados**. Transformações e inovações junto à LGPD. 2020. Disponível em: https://anppd.org/noticia/transformacoes-e-i-novacoes-junto-a-lgpd. Acesso em: 7 fev. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SUPERINTERESSANTE. **China bloqueia as viagens aéreas de pessoas com baixa "pontuação social"**. Disponível em: https://super.abril.com.br/comportamento/china-vai-barrar-viagens-de-aviao-de--quem-tiver-pontuacao-social-ruim/. Acesso em: 19 mar. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **As consequências da legislação geral sobre a proteção de dados pessoais e da legislação brasileira**. São Paulo: Versão RT, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Grupo de trabalho sobre a proteção de pessoas físicas no tratamento de dados pessoais**. Orientações sobre decisões automatizadas individuais e perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679. Disponível em: [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053]. Acesso em: 21 mar 2021.

VARELLA, Sérgio. **Aplicação LINDB e lei de proteção de dados**. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-lindb-e--a-entry-into-force-of-the-data-protection-law-10213/03/2021.

ZANON, João Carlos. O **direito de proteger dados pessoais**. São Paulo: versão RT, 2013.

A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNO E INTERNACIONAL

Matheus Pauletto Bisognin[23]

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 marcou a ruptura do estado de exceção vigente até então no Brasil, ao passo em que promoveu a transição do regime autoritário para o que se compreende como Estado de Direito, adotando-se a democracia e algumas cláusulas de maior relevância jurídica, como a liberdade de expressão. Assim, mesmo com a redemocratização, o crime de desacato, utilizado em excesso no período autoritário e ditatorial brasileiro, manteve-se na legislação nacional, promovendo relevante discussão doutrinária e jurisprudencial acerca dão conflito entre a tipificação do desacato e a liberdade de expressão.

Considerando que o direito à liberdade de expressão é amplamente abordado na legislação internacional, especialmente no que tange ao arti-

23 Graduando em Direito pela Antonio Meneghetti Faculdade (AMF), com período de mobilidade acadêmica em Giurisprudenza na Università degli Studi di Torino (UniTo), Itália. Membro do grupo de pesquisa "Fundamentos do Novo Código de Processo Civil".

go 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, também denominado Pacto de São José da Costa Rica), o controle de convencionalidade apresenta-se como uma ferramenta para discutir o presente conflito, visando identificar se existe compatibilidade entre a tipificação do crime de desacato no ordenamento jurídico brasileiro e o tratado internacional de direitos humanos ao qual o Brasil se fez signatário.

Assim, analisar-se-á as principais decisões que abordam o controle de convencionalidade do crime de desacato, destacando-se as promovidas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Portanto, a partir da problemática exposta, objetiva-se com a presente pesquisa identificar, levando em consideração o controle de convencionalidade realizado pelos órgãos internos e internacionais, a possível incompatibilidade do crime de desacato com o direito à liberdade de expressão e pensamento, questionando-se a real efetivação desta garantia no Brasil.

Para responder o questionamento, a pesquisa utiliza o método teórico-dedutivo e possui como objetivos específicos analisar o tratamento doutrinário acerca do princípio constitucional da liberdade de expressão e o seu conflito com o crime de desacato; propor o controle de convencionalidade como possibilidade de solução à antinomia e, ao final, analisar a jurisprudência do STJ e o entendimento adotado no SIDH, bem como o reflexo deste frente ao direito interno.

1. O CONFLITO ENTRE DESACATO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O crime de desacato remonta à Antiguidade Clássica, sendo previsto no Direito Romano, ocasião em que a sua tipificação objetivava a proteção da figura específica do juiz, na medida em que a injúria direcionada aos magistrados no exercício de suas funções configurava *iniuria atrox*. Atualmente, o crime de desacato é cometido por particular contra a Administração em Geral, possuindo como bem jurídico protegido a garantia do regular desempenho da Administração Pública e o prestígio do exercício da função pública (RIBEIRO; ROQUE, 2020, p. 223).

No direito brasileiro, em que pese a conduta de desacatar tenha origem no Código Penal de 1830, o qual previa os "crimes contra o livre

exercício dos Poderes Políticos", a nomenclatura "desacato" foi utilizada pela primeira vez apenas no código de 1890. O Código Penal vigente institui em seu artigo 331 o delito de "[d]esacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela", com pena de detenção de seis meses a dois anos, ou multa, exigindo dolo específico de menosprezar função pública. Neste sentido, Nelson Hungria esclarece que

> A ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. E a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos aguros etc. (HUNGRIA, 1958, p. 421).

A problemática surge no momento em que o tipo incriminador do desacato colide com o princípio constitucional da liberdade de expressão, motivo pelo qual são diversas as críticas doutrinárias à tipificação do delito. Argumenta-se que o tipo penal é vago e genérico, podendo abranger diversas condutas, o que dá margem ao arbítrio do poder punitivo do Estado, visto que não é incomum o uso das expressões "falta de civilidade" ou "falta de educação" como forma de justificar o enquadramento da conduta ao tipo (FERRAÇO; MORAES, 2018, p. 91).

Nota-se que a crítica não pode ser confundida com o desacato, pois está em direito aquele que critica a atuação de funcionário público, pois desta forma garante-se o direito à fiscalização pelos cidadãos. Ocorre que parte dos agentes públicos utiliza da lei de desacato para promover um comportamento abusivo e de censura às críticas, além de impor medo aos cidadãos. Exemplo disso são os cartazes com o tipo penal de desacato presentes nas repartições públicas e a frequente expressão "você sabe com quem está falando", que inibe o cidadão de criticar por medo de possível punição (TORRES; SABOYA, 2017, p. 20-21).

Não se pode deslembrar que estas práticas foram frequentes no período autoritário ocorrido no Brasil e, inobstante o crime tenha existido antes da ditadura iniciada em 1964, este foi utilizado no período para intimidar o cidadão e censurar a imprensa brasileira, sendo que o uso atual seria um resquício que dificulta o avanço democrático proposto pela CF/88.

Por outro lado, argumenta-se, em versão favorável à validade do desacato, que o crime se restringe à proteção da Administração Pública, de modo a preservar o interesse social quanto ao bom funcionamento do Estado e, portanto, sem violar a liberdade de expressão (GUERRA; MARCOS, 2018, p. 173-174).

Diante do exposto, verifica-se um aparente conflito, na medida em que a tipificação do crime de desacato esbarra no princípio da liberdade de expressão e pensamento, garantido na esfera interna e internacional, podendo ocasionar em uma violação à esta garantia. Isso porque o direito à liberdade de expressão, conforme os ensinamentos de Valerio de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 176-177), é "direito que constitui um dos pilares da sociedade democrática e uma das principais condições para que os integrantes de um Estado possam desenvolver-se plenamente, sem temor da censura e da opressão".

O direito à liberdade de expressão compõe o denominado "*standard* democrático", na medida em que, caso não previsto no ordenamento jurídico interno, resta impossibilitado o pleno desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais, motivo pelo qual está inserido na maioria das constituições democráticas (RIBEIRO; ROQUE, 2020, p. 6). Neste contexto, o artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, da CF/88 prevê a liberdade de expressão, o qual, segundo Edimilson Pereira de Farias, é o direito subjetivo fundamental que deve ser assegurado a todos cidadãos, consistindo na

> [...] faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões através da palavra, escrito, imagem, ou qualquer outro meio de difusão, bem como do direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações (FARIAS, 2000, p. 162-163).

No plano internacional, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 previu a garantia do exercício da liberdade de pensamento e opinião como núcleo do sistema democrático, sendo, posteriormente, ratificada pelos documentos normativos internacionais de direitos humanos. Destaca-se, neste ponto, o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992, que prevê em seu primeiro inciso a "Liberdade de pensamento e expressão":

> Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (OEA, 1969).

Cumpre notar que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, podendo ser relativizado ao deparar-se com outros direitos fundamentais também reconhecidos pelo ordenamento jurídico interno ou internacional, como é o caso do conflito para com direitos de personalidade, à honra, intimidade e vida privada etc. No que tange ao crime de desacato, sabe-se que não se pode dizer tudo aquilo que se deseja, mas os meios de punição precisam ser analisados, pois existem outros crimes previstos na legislação penal que promoveriam a punição sem, para tanto, limitar o direito à liberdade de expressão.

Parte da doutrina defende que, apesar de não estarmos diante de um direito absoluto e que demanda desafios diários, este é um preço que vale a pena ser pago, a fim de resguardar as garantias do Estado Democrático de Direito e a sua sobrevivência. Neste sentido, Daniel Sarmento (2007, p.78-79) destaca que o exercício da liberdade de expressão não é inofensivo, e a crítica pela imprensa, a publicação ofensiva etc., podem causar prejuízos ao ofendido, mas isto não justificaria a proibição dos atos ou a penalização, afinal, "a formação de um debate livre, robusto e aberto de ideias na sociedade é um dos objetivos fundamentais da liberdade de expressão, e neste debate alguns fatalmente saem arranhados".

Neste contexto, a Ministra Cármen Lúcia, ao proferir decisão no paradigmático caso da ADI 4.185/DF, que tratou da autorização prévia para publicação de biografias, esclareceu que a atualidade apresenta novos desafios quanto ao exercício da liberdade de expressão, de modo que se impõem novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos. Ainda nesta decisão, expressou que

> O direito à liberdade de expressão – transcendendo o cogitar solitário e mudo e permitindo a exposição do pensamento – permeia a história da humanidade, pela circunstância de a comunicação ser própria das relações entre as pessoas e por ela não apenas se diz do

> bem, mas também se critica, denuncia-se, conta-se e reconta-se o que há de vida e da vida, da pessoa e do outro, fazendo-se a arte, exprimindo-se o humano do bem e do mal, da sombra e do claro. Forma-se pela expressão do que é, do que pensa ser, do que se quer seja, do que foi e do que se pensa possa ser a história humana transmitida (BRASIL, 2015).

Portanto, considerando que existe uma colisão entre o crime de desacato e o princípio fundamental da liberdade de expressão, especialmente no que tange ao art. 13 da CADH, o controle de convencionalidade apresenta-se como uma proposta de solução ao conflito, motivo pelo qual se passa a uma análise geral do controle de convencionalidade para, após, identificar como ocorreu a sua aplicação pelo Sistema Interamericano de Justiça e Superior Tribunal de Justiça.

2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Na atualidade, os ordenamentos jurídicos não são mais isolados, pois, diante das cooperações entre os Estados e fenômeno da pluralidade de ordens jurídicas, impõe-se compreender que o direito nacional deve interagir com as normas internacionais (TORRES; SABOYA, 2017, p. 7). Neste sentido, por vezes, surgem conflitos entre a norma interna e a internacional, motivo pelo qual criou-se um mecanismo de resolução destas colisões de normas, denominado controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade, portanto, consiste na verificação da compatibilidade entre uma norma interna com relação às convenções internacionais de direitos humanos que vigoram em determinado ordenamento jurídico. Dito de outra forma propõe-se verificar se há adequação da norma doméstica com os tratados de direitos humanos que determinado país seja signatário, podendo aquela ser reconhecida como inválida por haver declarada incompatibilidade com a norma internacional (FERRAÇO; MORAES, 2018, p. 81).

O instituto teve surgimento na doutrina francesa e em decisão proferida pelo Conselho Constitucional Francês, em 1974. Na ocasião, o tribunal, que julgava possível violação de lei à Convenção Europeia de Direitos Humanos, entendeu ser incompetente para julgar o caso, pois sua atuação

se limitava ao controle de constitucionalidade. Desta forma, passou-se a ver o direito a partir da teoria do duplo controle, a qual é aderida pelo Brasil, na medida em que uma norma interna, para ser válida, deverá ser analisada sob o crivo do controle de constitucionalidade (compatibilidade com a CF/88) e o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade pode ser classificado em externo e interno. O controle externo é aquele realizado pela Corte IDH em casos que chegam ao seu conhecimento, a fim de identificar a compatibilidade entre atos internos e normas internacionais. Por outro lado, o controle interno é realizado nacionalmente por juízes ou outras autoridades, objetivando analisar se a norma interna é compatível com os tratados internacionais e as interpretações realizadas pela Corte IDH.

Quanto à força normativa da CADH, destaca-se que, após muita discussão acerca da posição ocupada pelos tratados internacionais de direitos humanos na hierarquia normativa nacional, a Emenda Constitucional nº 45 tentou resolver o impasse ao alterar o art. 5º, §3 da CF/88[24], dando carácter constitucional para estas normas. Ocorre que alguns instrumentos internacionais, como o aludido pacto, foram aderidos antes da mudança proposta pela emenda (aprovada apenas em 2004).

Esta discussão foi objeto de estudo e julgamento pelos tribunais superiores brasileiros, sendo que ambos consolidaram o entendimento de que os tratados de direitos humanos aprovados pela forma do art. 5º, §3, da CF/88 possuem valor constitucional (de emenda à CF/88), enquanto aqueles que não forem aprovados por esta maioria qualificada – como é o caso da CADH – são infraconstitucionais e supralegais, isto é, acima de legislação ordinária e abaixo das normas constitucionais.

Cumpre notar que o controle de convencionalidade pode ser realizado pela via difusa e concentrada, assim como ocorre com o controle de constitucionalidade. Desta forma, os juízes e tribunais de um país membro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos possuem o dever de realizar a compatibilidade de determinada lei com relação a um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo seu país, invalidando a

24 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

norma doméstica que for incompatível com a norma internacional. Este foi o entendimento adotado, inclusive, pela Corte IDH, em 2006, quando julgou o caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*:

> A Corte está ciente de que os juízes e os tribunais internos estão sujeitos ao império da lei, e, portanto, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato de Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam afetadas pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e propósito, e que não têm efeitos legais. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas legais internas aplicáveis aos casos específicos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

A Corte IDH aponta também que o controle difuso deve ser realizado em todos os momentos de possível colisão com as normas internacionais de direitos humanos, podendo ser na decisão judicial, como também desde a origem da norma, no processo legislativo. Neste sentido, entende-se que o controle de convencionalidade pode (ou deve) ser feito pelas comissões do Poder Legislativo ao analisar projeto de lei, ou até mesmo quando o Poder Executivo federal o veta (TORRES; SABOYA, 2017, p. 15).

Portanto, na ocasião de não haver compatibilidade entre determinado ato normativo com um tratado internacional de direitos humanos em vigor, o ato não possuirá validade para o direito doméstico, sendo dever do judiciário afastar a validade da norma por intermédio do controle de convencionalidade interno, destacando-se que o controle deve ocorrer ainda que não alegado pelas partes, havendo o dever de atuação *ex officio* (RIBEIRO; ROQUE, 2020, p. 235-236). Não realizado o controle nestes casos, estariam diante de violação por omissão dos dispositivos de direito internacional, podendo acarretar responsabilidade internacional ao Estado.

Não se pode deslembrar que as decisões em controle difuso interno possuem, em regra, efeito *ex tunc* e *inter partes*, enquanto aquelas proferidas

pelo STF (controle concentrado interno) serão *erga omnes, ex tunc* e vinculante. No que tange ao controle externo de convencionalidade, entende-se que a decisão da Corte, conforme bem apontado por Torres e Saboya (2017, p. 19), poderá ter efeitos em dimensão subjetiva e direta em relação às partes ou em dimensão objetiva e indireta para os Estados que aderiram à convenção, isto é,

> [...] [a] primeira dimensão gera efeitos interpartes, que representa o dever do Estado em cumprir o estabelecido na sentença da Corte, de forma integral, plena e efetiva. Já a dimensão objetiva produz efeitos erga omnes, alcançando todos os Estados Partes da Convenção Americana, pois todas as autoridades internas ficam submetidas a efetividade convencional e, portanto, ao parâmetro interpretativo estabelecido pela Corte Interamericana, como padrão mínimo de efetividade da norma convencional, derivada da obrigação estatal de respeito, garantia e adequação reconhecidos pelos Arts.1.1 e 2 do Pacto de San José (TORRES; SABOYA, 2017, p. 19).

Quando ao conflito entre o crime de desacato e o direito à liberdade de expressão, destaca-se que houve o controle de convencionalidade pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, motivo pelo qual é impositiva a sua análise, haja vista a sua relevância para o direito interno dos países signatários à CADH. Isso porque, como cediço, existe o dever dos juízes nacionais em realizar o controle de convencionalidade levando em conta as disposições do tratado internacional e a interpretação dada pela Corte IDH, além do importante mecanismo de proteção e implementação de direitos humanos que o SIDH representa atualmente.

3. A (IN)CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO

3.1. ANÁLISE PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos atua nas faces interna e internacional, sendo que esta funciona apenas quando o Estado

for incapaz de cumprir com as normas de direitos humanos. Assim, a CADH, além de prever o dever dos Estados-parte em cumprir suas normas (sob pena de responsabilização), estabelece dois órgãos para assegurar a sua implementação no plano internacional: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possuem competências com vistas à proteção dos direitos humanos (JAYME, 2007, p. 86-87).

Em linhas gerais, a Comissão atua como órgão em instância preliminar à jurisdição da Corte e uma de suas funções é examinar a comunicação de a) qualquer pessoa ou grupo de pessoas; b) entidade não-governamental; ou c) outro Estado-parte, sobre violação de direitos humanos realizada por um Estado-parte. Assim, exauridas as potencialidades da Comissão na tentativa de resolução do caso, há a possibilidade de encaminhamentos dos procedimentos à Corte – órgão com competência jurisdicional e responsável pela interpretação e aplicação das normas da convenção – a fim de que proceda julgamento (MAZZUOLI, 2007, p. 223).

No que tange ao controle de convencionalidade do crime de desacato, a Comissão e a Corte não possuem igual entendimento acerca da sua incompatibilidade com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que, como visto, dispõe sobre o direito à liberdade de expressão e de informação.

Analisando as manifestações da Comissão sobre o tema, verifica-se que o seu entendimento é pela incompatibilidade do desacato. Isso porque o órgão emitiu Relatório sobre a Compatibilidade das Leis de Desacato com a CADH, documento em que instou os Estados pela derrogação destas leis. O relatório decorreu do *Caso Horacio Verbitsky vc. Argentina*, oportunidade em que o jornalista foi condenado por ter publicado artigo referindo-se ao ministro da Corte Suprema de Justiça da Argentina como "asqueroso". Perante o SIDH houve solução amistosa, com a derrogação do desacato pela Argentina.

Posteriormente, sobreveio a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, documento aprovado pela Comissão em 2000 que reiterou e manteve o entendimento pela inconvencionalidade do desacato com a CADH. Neste sentido, prevê o princípio 11 da declaração expressamente que as leis desacato violam a liberdade de expressão e o direito à informação:

> 11. Os funcionários públicos estão sujeitos a uma fiscalização mais rigorosa por parte da sociedade. As leis que penalizam a expressão

> ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação (OEA, 2000).

A Comissão já havia se manifestado em outros expedientes, como no informe Anual da CIDH de 1994 e no Informe Anual da Relatoria para a Liberdade de Expressão de 2002. Nestes documentos argumentou que o crime de desacato é desnecessário à proteção da ordem pública e uma violação às garantias do estado democrático, além de dar aos funcionários públicos tratamento diferente dos demais cidadãos. A proposta da Comissão é a de que, havendo injusta ofensa ou ataque, poder-se-ia resolver os impasses por meio de ação cível de desacato/calúnia, ou então por intermédio dos meios de comunicação do governo.

A Corte IDH, por outro lado, não é contundente ao posicionar-se contra as leis de desacato, pois realiza a análise de convencionalidade de acordo com cada caso em concreto, levando em consideração as nuances de cada legislação e caso. Dentre os diversos julgamentos, destaca-se o *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, no qual não se reconheceu de forma completa a inconvencionalidade, havendo uma análise da proporcionalidade do crime com relação ao ordenamento jurídico chileno (RIBEIRO; ROQUE, 2020).

Em 1993, Palamara foi proibido de publicar a sua obra "Ética y Servicios de Inteligencia", sob a justificativa de atentado contra a segurança e defesa nacional, pois o autor abordou a inteligência militar e a necessidade de implementar padrões éticos. Após condenações por desobediência, Palamara convocou uma coletiva de imprensa e criticou a atuação da procuradoria no processo anterior, motivo pelo qual foi condenado pelo crime de desacato, tendo a confirmação da sentença pela Corte Suprema do Chile.

A Corte IDH entendeu que houve violação ao art. 13 da CADH, mas especificamente no que tange às críticas realizadas ao funcionamento das instituições e funcionários públicos, pois "la legislación establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros" (CORTE IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 2005, p. 88). Assim,

> depreende-se que o SIDH tem entendido que (I) as leis de desacato não podem ser utilizadas como elemento silenciador do cidadão que deseja exercer o direito de crítica em relação às instituições estatais e aos seus funcionários e que (II) a honra jurídica do funcionário público é bem jurídico que requer proteção penal, que não seja nem além e nem aquém da proteção destinada à honra do cidadão comum (FERRAÇO; MORAES, 2018, p. 77-78).

Em relação às possíveis violações praticadas pelo Brasil, a Comissão, no informe de 2015, destacou os protestos realizados antes da Copa do Mundo, destacando-se o ajuizamento de ação penal contra o repórter Bruno Amorim, que fotografou ação da Polícia Militar. Ademais, a Defensoria Pública de São Paulo apresentou, em 2012, petição perante a Comissão postulando o fim da figura do desacato. Portanto, é inegável que ambos os órgãos do SIDH restringem a criminalização do desacato ao ponderá-lo com a liberdade de expressão.

3.2. PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em primeira instância, a discussão remonta ao controle realizado em 2014 pelo juiz Edevaldo de Medeiros, que, citando o dispositivo da CADH e a jurisprudência da Corte IDH, rejeitou denúncia por desacato. O juiz Alexandre de Moraes, em 2015, absolveu um homem acusado por dizer que "não gostava de polícia e que eram todos lotes de bichos, arrogantes e que não serviam para nada". Na decisão, afirmou que "a manifestação pública de desapreço proferida por particular, perante agente no exercício da atividade administrativa, por mais infundada ou indecorosa que seja, certamente não se consubstancia em ato cuja lesividade seja da alçada da tutela penal".

O STJ julgou por meio de sua Quinta Turma, em dezembro de 2015, o Resp. nº 1.640.084, decidindo pela descriminalização do desacato, com fundamentação no controle de convencionalidade em relação à CADH. No voto do relator foi possível observar menção ao dispositivo deste tratado e às decisões da Corte IDH, além de entender (em conformidade com a Corte) que os juízes domésticos devem exercer o controle de convencionalidade levando em consideração a jurisprudência internacional. Res-

saltou que o tipo penal dá tratamento diferenciado entre os funcionários públicos e particulares, bem como demonstra preponderância do Estado sobre o indivíduo.

Ocorre que, após cinco meses do posicionamento pela descriminalização do desacato pela Quinta Turma, a Terceira Seção do STJ julgou o HC 379.269/MS para alterar o entendimento e decidir que o delito é compatível com o direito à liberdade de expressão. Argumentou-se que as deliberações da Comissão não são vinculantes e, quanto à Corte, o tribunal aplicou a Teoria da Margem de Apreciação Nacional, a fim de dar ao Brasil soberania, afastando obrigação de cumprimento de eventual decisão da Corte em processo que seja parte. Assim, restou decidido que:

> (i) não existem decisões concretas e vinculantes tomadas na Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema, (ii) as eventuais recomendações exaradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos 6 não teriam força decisória, mas apenas instrutória e, por fim, (iii) ainda que existissem decisões da Corte Interamericana a respeito do tema, estas não seriam suficientes para elidir a autonomia do Estado brasileiro, afinal, o Brasil possui uma margem de apreciação pautada em sua soberania (GUERRA; MARCOS, 2018, p. 174-175).

No caso, a Teoria de Apreciação nacional foi utilizada para alegar a soberania do Brasil para decidir em âmbito doméstico. Esta teoria pode ser compreendida como uma técnica utilizada por cortes internacionais para dar natureza subsidiária à jurisdição internacional em determinados casos, determinando que o Estado decida o caso. Ocorre que a decisão por aplicação desta teoria deveria ser da Corte, além de ser um instituto propriamente europeu. Não bastasse, sabe-se que há submissão do Estado brasileiro à jurisdição da Corte e vinculação ao SIDH (GUERRA; MARCOS, 2018, p. 175).

Cumpre notar que a discussão está longe de ser encerrada, pois o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através da ADPF 496, perante o STF, postula pela não recepção do dispositivo, alegando o direito à liberdade de expressão, o princípio da igualdade decorrente do Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade, pois o tipo

penal é vago. Ademais, ressalta-se que a DPE-SP, como já mencionado, possui petição junto à Comissão, além de existirem projetos de lei no Congresso Nacional que prevêem a descriminalização do desacato (anteprojeto do novo Código Penal, Projeto de Lei nº 236/2012).

CONCLUSÕES

A pesquisa teve por objetivo analisar a inter-relação entre o direito à liberdade de expressão e a tipificação do crime de desacato, levando em consideração as decisões em âmbito interno (pelo Superior Tribunal de Justiça) e internacional (pelo Sistema Interamericano de Direito Humanos).

Na primeira seção, abordaram-se aspectos doutrinários e dispositivos de lei para demonstrar a existência de uma colisão entre a norma doméstica e o tratado internacional Pacto de São José da Costa Rica, que garante o direito à liberdade de expressão. Por um lado, foram evidenciadas as diversas críticas doutrinárias acerca da figura do desacato, enquanto, por outro viés, destacou-se que a liberdade de expressão, inobstante seja direito humano e fundamental, não é direito absoluto e pode encontrar restrições.

Na sequência, visando analisar qual o método a ser utilizado para resolver o conflito evidenciado, verificou-se que o controle de convencionalidade é o instrumento jurídico de resolução do conflito existente entre a norma interna e determinado tratado internacional que o país tenha aderido, a partir do qual é possível verificar a compatibilidade entre a norma doméstica com os tratados internacionais de direitos humanos, sendo declarada a sua invalidade em caso de incompatibilidade.

Verificou-se também que o Brasil aderiu à CADH, havendo compromisso internacional em respeitá-lo, além do dever de realizar o controle de convencionalidade, que deve levar em consideração a jurisprudência da Corte, motivos pelos quais o entendimento do SIDH é relevante ao direito brasileiro. Neste sentido, a Comissão e a Corte manifestaram-se para entender que a figura do desacato é inconvencional por haver violação ao art. 13 da CADH, a exemplo da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da Comissão e o julgamento do *Caso Palamara vs. Chile* pela Corte.

Mesmo que a Corte IDH não tenha entendido pela absoluta inconvencionalidade e que cada caso deve ser analisado, a decisão prevê que a legislação doméstica, caso preveja o desacato, não poderá tipificá-lo de forma aberta e genérica. Ocorre que, como visto no primeiro capítulo, o Código Penal não define com clareza o alcance da conduta criminosa, dando margem a interpretações tendenciosas e com viés autoritário, dando luz à possível responsabilização internacional.

Portanto, considerando o entendimento do SIDH, que visa evitar leis de desacato que funcionam para silenciar o cidadão no exercício do seu direito de crítica e que dão grau de proteção diferenciado ao agente público, verificou-se que o STJ está na contramão do que propõe os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, pois as recentes decisões evidenciam a manutenção do tipo penal, além de não observar o compromisso internacional de respeito à CADH e não reconhecer a competência da Corte IDH, a qual manifestou expressa adesão, tudo a indicar a futura condenação do Brasil perante o SIDH.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <D678 (planalto.gov.br)>

_____. **Decreto nº 2.848**, 1940. Código Penal.

_____. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1640084/SP**, 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n° 379.269**, 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.185, 2015.

CAMPOS, Álisson Thiago de Assis; MENEGHETTI, Rayssa Rodrigues. Um estudo sobre a (in)convencionalidade do crime de desacato à Luz do Pacto de São José da Costa Rica. **Senso Crítico**. Disponível em: https://www.fpl.edu.br/revistasc/index.php/Revista_ Senso_Critico/article/view/49. Acesso em: 14/01/2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs**. Chile, 2006.

_____. **Caso Palamara Iribarne Vs**. Chile, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos** : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. O controle de convencionalidade do crime de desacato e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos na redemocratização na américa-latina: uma análise com base no caso brasileiro. In: **UNISC**. Disponível em: https://*on-line*.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11875. Acesso em: 14 jan. 2021.

GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. *In*: **Revistas UFPR**. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59194. Acesso em: 14/01/2021.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9.

JAYME, Fernando Gonzaga. Relação entre o Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o direito interno. **REDIB**. Disponível em: https://redib.org/Record/oai_articulo2231055-rela%C3%A7%C3%A3o-entre-o-sistema-interamericano-de-prote%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-e-o-direito-interno. Acesso em: 14 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos,** 1969.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, 1999.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, 2015.

_____. Comissión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe nº 22/94,** 1994.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 77/01**, 2001.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão**, 2000.

PIRES, Nadjara das Neves. O controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos. **AJUFESC**. Disponível em: https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Nadjara-das--Neves-Pires.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROQUE, Gabriel Antonio. A efetividade do direito à liberdade de expressão pelo controle de convencionalidade: a (des)criminalização do desacato no Brasil e os impactos no direito da personalidade. **INDEXLAW**. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5630. Acesso em: 14 jan. 2021.

TORRES, Saulo de Medeiros; SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. A aplicação do controle de convencionalidade pelo juiz brasileiro: o caso do crime de desacato. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos.** Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/13458. Acesso em: 14 jan. 2021.

A QUESTÃO DO TERCEIRO SETOR E O CENÁRIO DA PROTEÇÃO AO DIREITO HUMANO À SAÚDE NA PANDEMIA DE COVID-19 EM 2020-2021

Abel Martins Filho[25]
Durcelania da Silva Soares[26]

INRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar a relação entre o direito à saúde e o combate atuação irregular do Terceiro Setor diante das ações e respostas governamentais voltadas a assegurar saúde pública em tempos de pandemia de Covid-19.

A pandemia de Covid-19 assola o mundo desde o início do ano de 2020, persistindo até os dias atuais, abril de 2021. Mesmo com a vacinação em andamento, os chamados *lockdowns*, parte do processo do isolamento social com foco diminuir a taxa de ocupação das UTIs, se perpetuam pelas mais diversas metrópoles brasileiras, principalmente no desenvolvimento de variante específica bem mais contagiosa. Vale lembrar o papel funda-

25 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Estado do Rio de Janeiro - Unirio. Docente na Universidade Estácio de Sá-RJ.

26 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL. Docente na Universidade Estácio de Sá-RJ.

mental da ciência na busca por vacinas eficazes, compreendendo os efeitos das atuais e desenvolvendo novas opções, e na propagação de medidas sanitárias apropriadas para combater o vírus.

A humanidade experimenta dias difíceis no que tange à saúde, fazendo-se necessário o fortalecimento do direito à saúde e a garantia de que todos os pacientes infectados pelo vírus possam ter acesso a leitos de UTI e a equipamentos, pois a propagação do vírus assolou de forma rápida o mundo e com isso milhares de pessoas infectadas chegaram ao óbito. No Brasil, atingiu-se, conforme portal de transparência do governo, a triste marca de mais de trezentos mil óbitos. Após mais de um ano de seu início, a Covid-19 acabou por gerar uma crise sanitária no mundo, sem precedentes, colocando os sistemas de saúde dos países em colapso. Neste sentido, diversos cenários da vida social foram colocados em provação no período de isolamento, necessitando compreender a nova realidade e como se adequar, sobretudo com base nas repercussões jurídicas.

Em um primeiro momento, buscou-se entender a dimensão da pandemia vivida hoje em dia e que levou a Organização Mundial da Saúde (OMS) a declarar a doença causada pela Covid-19 como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Nessa questão ressalta-se a importância da efetividade do direito humano à saúde em tempos de pandemia, assegurando que todos os cidadãos tenham acesso a vacinação, de acordo com os parâmetros de idade e risco, além do tratamento adequado e eficaz quando contaminado, resguardando o direito à vida.

Na continuidade, desenvolve-se acerca das consequências do presente flagelo viral de ordem mundial no Direito Administrativo com o foco na função do Terceiro Setor, principalmente a influência das Organizações Sociais de Saúde, e a utilização de recursos públicos em face à preservação as questões de saúde pública.

A presente pesquisa se vale do método investigativo bibliográfico de cunho doutrinário-legislativo, coletando dados bibliográficos para entender que o acesso à saúde é necessário à sobrevivência humana em tempos de pandemia e que aprofundando na temática das ações do agente ímprobo prejudicando o interesse da coletividade.

1. PANORAMA ATUALIZADO DA PANDEMIA DO CORANAVÍRUS NO PRIMEIRO SEMESTRE DE 2021

O ano de 2020 iniciou-se de uma forma atípica. Em 30 de janeiro, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a doença causada pelo novo coronavírus (Covid-19) como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. De acordo com o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), onde o Brasil é signatário, isso significa o mais alto nível de alerta da Organização e, não por acaso, no dia 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. A doença cresceu em quantidade inesperada, por várias regiões do planeta, em diferentes continentes, com transmissão local fixada. (PELLANDA, 2020).

Em 3 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (Covid-19), por meio da Portaria MS n° 188, tal Portaria também estabeleceu o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-COVID-19) como mecanismo nacional da gestão coordenada à emergência no âmbito nacional, ficando sob responsabilidade da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS/MS) a gestão do COE-COVID-19. (BRASIL, p. 9, 2020)

Diante da Emergência em Saúde Pública declarada pela OMS, em janeiro daquele ano, por doença respiratória causada pela Covid-19, e seguindo as recomendações da OMS, o Ministério da Saúde elaborou o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (Covid-19) em caso de surto, avaliando o risco do novo Coronavírus afetar o Brasil e seu impacto para a saúde pública. Naquele momento a Secretaria de Vigilância em Saúde destacou que,

> até o momento, fatos e conhecimentos sobre o novo coronavírus (Covid-19) disponíveis são limitados. Há muitas incertezas no modo exato de transmissão e os possíveis reservatórios. As taxas de letalidade, mortalidade e transmissibilidade não são definitivas e estão subestimadas ou superestimadas. As evidências epidemiológicas e clínicas ainda estão sendo descrita e a história natural desta doença está sendo construída. As informações cruciais para apoiar avaliação dos fatores mencionados, como infectividade, transmissi-

> bilidade, taxa de complicações, letalidade, mortalidade, serão gradualmente disponibilizadas (FERNANDES, 2020).

Destaca-se que a partir daquele momento uma série de ações foram adotadas,

> culminando com a ativação no dia 22 de janeiro de 2020 do Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública (COE-COVID-19), do Ministério da Saúde (MS) coordenado pela Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), com o objetivo de nortear a atuação do MS na resposta à possível emergência de saúde pública, buscando uma atuação coordenada no âmbito do SUS (BRASIL, p. 4, 2020).

No Brasil, a introdução da doença foi uma questão de tempo, e após a decretação da pandemia do coronavirus, devido à Covid-19, uma das medidas adotadas para evitar a dispersão do vírus, a transmissão de pessoa a pessoa, foi o intenso apelo para que a população ficasse em isolamento social para evitar o caos no Sistema Único de Saúde, sob o argumento de que não haveria leitos suficientes para atender a enorme demanda de vítimas da doença.

As medidas adotadas pelo Planos de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo coronavírus Covid-19 visava evitar a ocorrência de casos graves e óbitos.

> Assim, medidas de atenção hospitalar para os casos graves e medidas restritivas individuais de isolamento e quarentena domiciliar para os casos leves, devem ser adotadas para evitar óbitos e o agravamento dos casos.
>
> Esse fortalecimento da atenção PRIMÁRIA ao paciente deve ocorrer no nível local, com a adoção das medidas já estabelecidas nos protocolos de doenças respiratórias.
>
> Adicionalmente, caso seja evidenciada a possibilidade de superação da adaptação e ampliação de leitos e áreas hospitalares e a contratação emergencial de leitos de UTI pode ser necessária, com o objetivo de evitar óbitos (BRASIL, 2020, p. 7).

Mesmo com medidas restritivas individuais de isolamento e a quarentena domiciliar o Brasil o mês de julho de 2020 com mais de 90.000 óbitos pela Covid-19, esses dados revelavam que o direito de acesso à saúde está sendo negligenciado por parte do governo, pois se trata de um número expressivo de óbitos. Tais numerações cresceram absurdamente se comparados ao presente no, mesmo com o andamento da vacinação que possui um benéfico efeito tido em longo prazo.

O Brasil encontra-se diante de uma questão de ordem pública ante a omissão do poder estatal na implementação de políticas públicas, efetivas, na área da saúde, em tempos de pandemia. Restrições sanitárias, como a atualidade de feriados prolongados ou amparo apenas aos serviços essenciais, fazem parte do contexto mais recente da situação de combate ao coronavírus no país.

O direito de acesso à saúde é um dos fundamentos constantes na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e elevado ao *status* constitucional no Brasil em 1988, no artigo 196, definindo claramente que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

A saúde é um direito fundamental inerente à pessoa humana e tem como fim garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social, segundo os arts. 2º e 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.080/1990, a Lei Orgânica da Saúde (LOS), que adota o conceito da Organização Mundial da Saúde.

Desta feita, juridicamente estamos diante de um direito assegurado na Constituição Federal em seu artigo 6º, especificamente no contexto dos direitos sociais, econômicos e culturais, onde estão o rol de direitos fundamentais, classificado como um direito de segunda dimensão/geração. Os direitos de segunda geração tratam da igualdade: são os direitos sociais, econômicos e culturais. São os direitos difusos e coletivos, com atuação positiva do Estado. (NOVELINO, 2009, p. 362-364).

Segundo a Constituição Federal em seu 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."

(BRASIL, 1988). Não restando dúvidas de que os direitos fundamentais estão associados à dignidade da pessoa humana, não podendo esses direitos serem negados ou privados pelo Estado Democrático de Direito, tem o Estado o dever de assegurar os direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde, a toda a sua população de forma gratuita e igualitária, é o que dispõe o artigo 196 da CF.

Ao tratar o direito à saúde como um direito fundamental e um direito humano, importante esclarecer que tais expressões são comumente utilizadas pela doutrina e pelo direito positivo no mesmo sentido terminológico. Canotilho (2010, p. 359) distingue as expressões "direitos fundamentais" e "direitos do homem", ressaltando que ambas são frequentemente utilizadas como sinônimas. Os direitos do homem seriam, na sua concepção, "[...] direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)", enquanto os direitos fundamentais são os "direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente".

Assim, os direitos humanos decorrem da própria natureza humana e os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Nesse viés o direito à saúde e tanto um direito humano quanto um direito fundamental. Pablo Jiménez Serrano desenvolve, de maneira significativa, o conceito de 'direitos humanos', nestes termos:

> [...] os direitos humanos são um Macro Sistema jurídico felizmente reconhecido como imprescindível à Vida, à Inclusão e à Convivência Humana: um conjunto de direitos básicos e necessários à existência e ao desenvolvimento do ser humano: dos indivíduos, das sociedades e da convivência humana (SERRANO, 2016, p. 9).

O direito humano à saúde é um dos direitos mais violados em tempos de pandemia, juntamente com o direito à vida, basta atentar para o número de óbitos no mundo, o que não é diferente no Brasil. O Estado protetor tem-se transformado em um Estado violador do Direito Humano à Saúde na medida em que não assume, de fato, a fiscalização e a regulamentação dos serviços de saúde negligenciando a sua relevância pública,

como exemplo podemos citar os hospitais de campanha que já se fala em desmontá-los, sem terem sido usados.

Importante ressaltar a relevância pública pontuada por José Afonso da Silva no que diz respeito às ações e os serviços de saúde,

> As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por meio de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribuiu ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização (SILVA, 2017, p. 846).

Nota-se que a justiça também cabe o papel de fiscalizar o Poder Estatal, no que tange ao direito á saúde, como nos ensina Sales (2020):

> O papel da justiça é de suma importância para a garantia da segurança da saúde pública [...] pois cabe à Justiça o papel de fiscalizar o Poder Estatal e até mesmo o privado em relação à implementação de políticas públicas na área da saúde. A Lei nº 13.979/20 (BRASIL, 2020), foi promulgada para o combate da Covid-19 em medida emergencial de saúde pública e tornando assim o isolamento e quarentena obrigatórios como formas de combate ao vírus.

É imperioso a fiscalização ao Poder Estatal para garantir o direito de acesso à saúde, como forma de evitar a supressão do direito à vida e à saúde pelo próprio Estado, também aplicado ao panorama do Terceiro Setor, pois quando a pandemia pela Covid-19 se tornou um "alerta emergencial, coube ao Estado tomar medidas cabíveis para assegurar a vida" e a saúde (CAETANO, 2020). Os serviços de saúde são de relevância pública devendo ser fiscalizados, bem como os atos dos agentes públicos evitando a prática de atos que atentem inclusive contra a administração pública.

A questão da pandemia continua ativo seja no cenário internacional, com nações em gerências de segundas ou, até mesmo, terceiras ondas –

manifestações – da doença, seja no cenário do Brasil com os mais diversos fáticos relacionados ao processo de imunização via vacinação.

2. A ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR DIANTE DAS EMERGÊNCIAS RELACIONADAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM MOMENTO DE PANDEMIA

A propagação do novo coronavírus e o isolamento social afetou a população profundamente que, em pouco tempo, se manteve em tentativa de se adaptar aos protocolos de segurança sanitária dos órgãos governamentais, além de aflorar diversas repercussões jurídicas no mundo e no Brasil.

No âmbito do Direito Administrativo, o contexto do Terceiro Setor se articula como um conjunto de responsáveis advindos da sociedade, pessoas jurídicas de natureza privada, que com objetivos filantrópicos exercem serviços de interesse social, tais como a educação, combate à pobreza ou a saúde – foco essencial no controle da pandemia. Neste sentido, tais entidades privadas não compõem o Estado – Administração Pública Direta e Indireta – ou o setor privado. Justamente por possuírem um objetivo não lucrativo com diversas características próprias, não fazem parte, portanto, nem do primeiro ou segundo setor, mas sim do denominado terceiro setor.

Observa-se as palavras de Maria Silvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2018, p. 685) evidenciando a conceituação basilar das entidades paraestatais:

> As entidades paraestatais são definidas como pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado.
>
> Como se verifica pelas opiniões citadas, os doutrinadores brasileiros adotaram a mesma expressão entidade paraestatal do direito italiano e herdaram a mesma indefinição quanto ao seu sentido. As consequências desastrosas dessa indefinição só não são maiores porque, felizmente, no direito positivo, a expressão, como se verá, não aparece com frequência.

A doutrina traduz o conceito de Terceiro Setor, buscando uma precisão, como entidades que em aliança ao Poder Público, ao lado deste, exercem serviços não privativos de âmbito de interesse da sociedade, percebendo incentivos públicos para sua atuação específica.

O regime jurídico direcionado às entidades paraestatais, conforme Alexandre Mazza (MAZZA, 2016, p 286) é de predominância de Direito Privado, parcialmente derrogado por normas de Direito Público. As entidades em cooperação se consolidam como disciplina autônoma e vertente da compreensão moderna do Direito Administrativo com foco no desenvolvimento das atividades de fomento nas questões sociais. São vistos nos Serviços Sociais autônomos – Sistema S, Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), Entidades de Apoio e, mais recentemente com o advento da norma 13.019 de 2014, as Organizações da Sociedade Civil (OSC).

Neste sentido, o terceiro setor é mantido por características específicas de estímulo, movidas por instrumento próprio, a partir de tertium genus conforme nos indica José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2019, p. 592) no qual ocorre agrupamento de entidades responsáveis pela implementação de novas formas de prestação dos serviços públicos, ou seja, é resultante de ações da sociedade civil, através de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não governamentais, para a execução de funções de foco sociais, sem o intuito de resultar em lucro em comparação com as sociedades empresariais.

O intuito do terceiro setor é de promover amparo à população que, seja por qual motivo for, não consegue adequação da prestação Estatal, entretanto tal finalidade nobre e filantrópica não impede diversas situações irregulares em tempos de pandemia, principalmente com o descaso ao acesso à saúde.

Durante o ano de 2020 e no presente momento de 2021, observam-se diversas reportagens de mídias jornalísticas expondo a situações irregulares do Terceiro Setor com o foco nas contratações de organizações sociais de desvios de recursos destinados ao enfrentamento do novo coronavírus, tais como gerenciamento de produtos e serviços médico-hospitalares, respiradores ou implementação de leitos em quantidade que atendam ao anseio da população já bastante fragilizada.

As organizações sociais, conduzidas pela Lei nº 9.637 de 1998, são pessoas jurídicas de direito privado que, de acordo com as demais entidades paraestatais, recebem tal qualificação para a prestação de atividades de interesse público sem fins lucrativos por intermédio do contrato de gestão com objetivos bem específicos.

A saúde é um dos objetos mais comuns para o estabelecimento dos contratos de gestão em conformidade com o artigo primeiro da lei das Organizações Sociais, bem como a atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, a preservação do meio ambiente ou amparo à cultura. É claro que no atual momento de pandemia as questões de gestão das organizações sociais de saúde ganham uma importância enorme, pois envolvem, normalmente, uma quantidade significativa pela parte do Poder Pública que por questões de transparência pública devem prezar pela lisura de uso apropriado.

De acordo com lei das licitações, Lei nº 8.666 de 1993, no seu artigo 24, inciso XXIV, é dispensável as licitações de prestações de serviços das organizações sociais para com o Poder Público, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. Tal norma é criticada pela doutrina no sentido de abrir possibilidades para interesses escusos.

Na pandemia se verifica, inclusive, uma questão de urgência na aquisição de bens ou serviços destinados a mitigar as suas problemáticas com relação à saúde populacional. Neste sentido, a Lei nº 13.979 de seis de fevereiro de 2020 foi sancionada, dispondo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Segundo artigo quarto da lei acima, é "dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional". Válido enquanto perdurar a presente emergência de saúde pública.

É válido mencionar que, na lógica do artigo 4º. A e B da Lei nº 13.979 de 2020, essas aquisições de bens e serviços não se restringe aos novos, mas também aos que apresentem bem condições de uso e de funcionamento, desde que comprovadas serem necessários pela emergência advinda da atual pandemia.

A fiscalização dos órgãos responsáveis é, portanto, mais que essencial para a realmente adequarem a finalidade pública nessas questões que envolvem de dispensa de licitações, fundamentadamente na análise dos contratos de gestão. Não a toa a atuação do Ministério Público, do Tribunal de Contas e outros que tornam público diversos esquemas fraudulentos e procuram levar à justiça os seus autores, até porque quem mais sofre é a população.

A própria lei das OSs, artigo 6º a 10º, especifica que o contrato de gestão estabelece responsabilidades correspondentes à atividade fomentada, devendo as autoridades competentes verificarem e encaminharem, sob pena solidariedade, irregularidades ou ilegalidades na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização social.

Pontua-se, ainda, que no âmbito do Direito Administrativo, a questão da improbidade administrativa, respaldado na Lei nº 8.429 de 1992, tem se desenvolvido no meio das organizações sociais, observando a prática de situações desconcertantes provocadas por agentes públicos e dos dirigentes de entidades paraestatais diante do presente momento pandêmico, seja por suspeitas de desvios de verbas seja no superfaturamento de compras de medicação, base hospitalar e de estruturas de internação relacionadas ao tratamento dos contaminados pelo vírus, formando um contraponto ao acesso do Direito Humano à saúde, levando em apreço o papel do Sistema Único de Saúde e dos profissionais sérios envolvidos.

O dever de probidade, conforme Hely Lopes Meirelles (2016), integra-se de maneira constitucional na conduta do administrador público, constituindo elemento imprescindível à legitimidade de seus atos. A Constituição Brasileira como as normas administrativas aplicam o conceito romano de probus e do improbus, aplicando perante a improbidade administrativa algumas punições, conforme artigo 37º, §4 da Carta Magna, tais como a suspensão dos direitos políticos ou a perda da função pública.

De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira (OLIVEIRA, 2018, p. 918) descreve as regras contidas nos artigos 14 a 18 da Lei nº 8.429/92 pertinentes aos processos administrativos e judiciais da improbidade administrativa:

> Em relação ao processo administrativo, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá representar à autoridade administrativa competen-

> te para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade (art. 14, *caput*, da Lei nº 8.429/1992). Trata-se de consagração do direito de petição, previsto no art. 5.º, XXXIV, da CF que não afasta a possibilidade de instauração de ofício do processo administrativo.
>
> No tocante ao processo judicial, a ação principal seguirá o rito ordinário (art. 17, *caput*, da LIA). Antes de ser recebida a petição inicial, o juiz ordenará a "notificação" do réu para que, no prazo de 15 dias, apresente uma defesa prévia que poderá levar ao indeferimento da petição inicial, nos termos do § 8.º do mesmo artigo (art. 17, § 7.º, da LIA);Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de 30 dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, abrindo-se caminho para interposição de apelação (art. 17, § 8.º, da LIA); Por outro lado, recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. A sentença de procedência determinará a aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA.

A lei das organizações sociais, no seu artigo décimo, em consonância com a lei das improbidades administrativas, reforça o cuidado em não se banalizar a atuação irregular dos executores do contrato de gestão, seja por agentes ou como terceiro beneficiado, diante de situações de enriquecimento ilícito ou outros atos que impliquem danos ao erário e violação a princípios da administração pública, prezando pelo direcionamento primordial da moralidade e da probidade, prezando por um agir de forma imparcial e honesta na realização do interesse da coletividade.

A legalidade, por fim, é o vetor de atuação da Administração Pública e, uma vez estabelecido o contrato de gestão, dos dirigentes particulares, principalmente se utilizar da situação emergencial para fins desonrados, visto que deveriam manter os recursos públicos destinados ao combate do coronavírus e suas variantes, além da preservação do acesso à saúde pela população que tem sido tão abalada com as consequências sociais, físicas e econômicas de mais de um ano de pandemia.

CONCLUSÃO

Diante da pandemia que o mundo inteiro enfrenta restou claro que os direitos fundamentais dentre eles o direito à vida e à saúde tem sido desrespeitados em vários lugares do mundo. Vivenciamos, mesmo com início do processo de vacinação, uma crise sanitária em que alguns países tiveram que decidir por quem irá continuar ou não vivo, dado ao colapso da saúde pública.

No Brasil se evidencia a violação do direito ao acesso à saúde, uma vez que grande parte da população vivencia o luto por falta de equipamentos para contenção do vírus, afinal apenas com vacinação efetiva e mobilização medidas de restrições de quarentena que se verificará a diminuição dos percentuais de internações por Covid-19.

É impossível ignorar os direitos humanos, principalmente em períodos turbulentos, como dessa pandemia que estamos enfrentando, necessário o fortalecimento do acesso à saúde com a presença dos direitos humanos efetivos limitando o pode estatal baseados nos princípios democráticos da igualdade, da transparência e da publicidade sem os quais os direitos humanos passam a ser amplamente ameaçados como de fato tem sido.

O Terceiro Setor, em especial o papel das organizações sociais, desempenha papel valoroso e imprescindível no enfrentamento dessa doença constante, cuidando da população em paralelo a atuação do Poder Público.

Considera-se, em fechamento, que o papel da fiscalização diante de situações irregulares na condução dos contratos de gestão que deverão responsabilizar cível, penal e administrativamente os seus praticantes, promovendo a defesa social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Planos de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo coronavírus COVID-19**. Brasília, 2020. Disponível em: <www.saude.gov.br/bvs>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. **Lei nº 9.637, de 6 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 02 abril 2021.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Senado Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 20 jul. 2020.

CAETANO, Jose Eduardo Severino. **Covid-19 frente ao estado democrático de direito e os direitos fundamentais**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/81101/covid-19-frente-ao-estadodemocratico-de-direito-e-os-direitos-fundamentais. Acesso em: 04 ago. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Porto: Almedina, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERNANDES, Antonio Tadeu. **Ministério da Saúde lança plano de contingência contra o Coronavírus**. 2020. Disponível em: https://www.ccih.med.br/ministerio-da-saude-lanca-plano-de-contingencia-contra-coronavirus/. Acesso em: 30 jul.2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. José Emmanuel Burle Filho. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PELLANDA, Andressa. **Covid-19, o novo coronavírus**. 2020. Disponível em: https://media.campanha.org.br/acervo/documentos/COVID-19_Guia1_FINAL.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

SALES, Ana Paula Dias Messias. **A Lei nº 13.979/29: uma garantia do direito à vida e a saúde pública em tempos de covid-19.** 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-lei-13-979-29-uma-garantia-do-direito-a-vida-e-a-saude-publica-em-tempos-de-covid-19. Acesso em: 4 ago. 2020.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Doutrina dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Jurismestre, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA E A CIDADANIA ATIVA A PARTIR DOS CONFLITOS SOCIOESPACIAIS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO[27]

Vitor Fraga da Cunha[28]

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca verificar a eficácia dos direitos constitucionais, ou seja, queríamos saber se a positivação de um direito garante o gozo do seu destinatário. Assim, escolhemos o direito à moradia como objeto de nosso estudo. Optamos por esse objeto porque concordamos com Erminia Maricato (2015, p. 20) quando ela diz que há uma ausência do estudo da questão urbana nos cursos acadêmicos de direito no Brasil, o que pode ser um indício da alienação do jurista brasileira em relação à realidade do país. O direito à moradia é necessário para a efetivação de outros direitos, como aponta José Afonso da Silva (2015. p. 319), se a Constituição prevê como princípio fundamental a dignidade da pessoa

27 O presente artigo é a versão revisada do nosso TCC apresentado na pós-graduação em Direito Constitucional da ABDConst.

28 Mestrando e graduando em Filosofia pela UFF. Pós-graduado em Direito Constitucional pela ABDConst. Bacharel em Direito pela UNESA.

humana (art. 1º, III), o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, XI), isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Ainda segundo o professor, quando, no art. 3º, a CF prevê como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da marginalização – e devemos entender que não há marginalização maior do que não ter um teto para si e para os seus – bem como promover o bem de todos, tudo isso pressupõe, no mínimo, ter onde morar com dignidade.

Neste trabalho, entendemos o direito à moradia – positivado no art. 6º da Constituição e que deve ser provido por meios de políticas habitacionais pela União, Estado e Municípios, de acordo com o art. 23º, *caput*, X e XI – não só de modo *quantitativo*, mas também *qualitativo*. Enquanto o primeiro compreende só se a pessoa possui ou não moradia, o segundo também considera a qualidade dessa moradia, ou seja, se ela se encontra num local adequado, com acesso a serviços básicos de fornecimento de água tratada, luz, captação de esgoto, transporte, pavimentação de ruas, escola, creche, centro de saúde e áreas de lazer.

Dessa maneira, por conta da proposta desta pesquisa – qual seja, analisar âmbito teórico e prático de um direito – uma pesquisa estritamente legal, doutrinária ou jurisprudencial se monstra inadequada para nossos fins. Por isso, além das tradicionais fontes da pesquisa jurídica, também recorremos à outras áreas do saber, como a Geografia, a Sociologia e o Urbanismo, o que torna esse trabalho interdisciplinar. Então, além das disposições legais e doutrinárias a respeito do direito à moradia, analisaremos sua eficiência em um caso prático. Para tanto escolhemos como objeto de nossa análise a cidade do Rio de Janeiro. Essa escolha se justifica porque foi uma cidade que sofreu drásticas intervenções urbanas recentemente, devido a ela ter sido sede de megaeventos internacionais, tais como: Jogos Pan-Americanos (2007), Jogos Mundiais Militares (2011), Rio+20 (2012), Jornada Mundial da Juventude (2013), Copa das Confederações (2013), Copa do Mundo (2014), Olímpiadas (2016) e Paraolimpíadas (2016).

Dessa forma, esse trabalho tem como objetivo analisar, em perspectiva jurídica e sociológica, o direito constitucional à moradia – tendo por horizonte o direito à cidade – e seu vínculo com o exercício ativo da cidadania, uma vez que nossa legislação, como veremos, prevê que os pla-

nejamentos urbanos sejam feitos de maneira democrática e popular, o que afeta diretamente a questão da habitação. Essa é uma pesquisa qualitativa, de caráter exploratório, e foi realizada a partir das técnicas de revisão bibliográfica e análise documental. Então, o presente trabalho está divido em três grandes partes: primeiro, apresentaremos as normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o direito à moradia; em seguida, analisaremos como ocorreu a aplicação desses dispositivos na cidade do Rio de Janeiro, por conta de sua preparação para sediar megaeventos; e, por fim, analisaremos o caso da Vila Autódromo-RJ.

1. DIREITO À MORADIA DENTRO DO IDEIÁRIO DE DIREITO À CIDADE

A Declaração Internacional dos Direitos Humanos de 1948, da qual o Brasil é signatário, reconheceu o direito à moradia adequada como um direito humano. Por força do art. 23, IX, da Constituição – que dispõe ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Munícipios ''promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento'' – já era possível compreender o direito à moradia como um direito social, uma vez que assinala um dever do Poder Público em agir em prol de todos aqueles que necessitam de uma habitação. Todavia, a Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, explicitou isso ao acrescentar o direito à moradia no art. 6º. Ademais, a CF em seu art. 21, XX, conferiu à União competência para ''instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos''. Além disso, a CF possui um capítulo denominado *Política urbana*, compostos pelos arts. 182 e 183. O § 2º, do art. 182 sinalizada que a propriedade urbana deve cumprir uma função social e que isso ocorre quando as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor são atendidas.

Os artigos 182 e 183 são frutos da mobilização popular que se articulou por meio do Fórum Nacional da Reforma Urbana (FNRU) criado em 1987. A Assembleia Nacional Constituinte foi um espaço de embates políticos, em que forças populares articularam suas demandas e as defenderam perante forças conservadoras. Nesse contexto, destacou-se o Movimento Nacional pela Reforma Urbana, criada em 1985, que unificou

diversos atores sociais. O movimento que incialmente tinha caráter local – como a reivindicação por moradia – passou a abranger a luta por cidade de todos. A Constituição de 1988 abriu possibilidades para participação popular na condução do governo, por meio de mecanismos como plebiscito, referendo, projetos de iniciativa popular, controle do Orçamento Público, além de outras medidas que privilegiam as Câmaras Municipais e fortalecem os Municípios (CORREIA, 2003, p. 155). Contudo, o capítulo destinado a política urbana na Constituição não faz nenhuma referência à participação popular.

Dessa forma, outro instrumento legal de destaque é o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001 –, que regulamenta o capítulo *Política urbana* da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais. Ele é regido pelos princípios do planejamento participativo e a função social da propriedade. Assim, conforme seu art. 1º, estabelece normas que regulam o uso da propriedade urbana dirigido ao bem coletivo, à segurança e ao bem-estar dos cidadãos. Já no art. 2º, o referido estatuto põe o direito à moradia como uma diretriz que deve guiar as políticas de desenvolvimento urbano, notadamente as funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Vale destacar, ainda no art. 2º, o inciso II, alínea ''e'', que traz como diretriz da política urbana a ordenação e controle do uso do solo de forma a evitar o uso do solo urbano para fins de especulação imobiliária que resulte na sua subutilização ou não utilização, ou seja, no não cumprimento da função social. Dessa meneia, de acordo com Victor Amorim (2012, p. 134), o Estatuto da Cidade disponibiliza um conjunto de instrumentos ao Poder Público para efetivar a intervenção – e não apenas a fiscalização e normatização – do uso, da ocupação e rentabilidade das terras urbanas, baseando-se nas funções sociais da cidade e da propriedade.

A Lei nº 10.257/2001 também consagra o princípio da gestão democrática das cidades, de acordo com esse princípio ''a população deverá participar do planejamento e da gestão do espaço urbano, por meio de audiências públicas ou de conselhos, influenciando, inclusive, a elaboração do Orçamento Público dos municípios'' (REIS, 2016, p. 18). Dessa forma, notamos que essa lei privilegia a *cidadania ativa*, uma vez que prevê a gestão democrática das políticas públicas urbanísticas e à gestão orçamentária, por meio da participação da população e de associações repre-

sentativas da comunidade na elaboração, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos urbanos.

Diante do exposto, podemos dizer que, neste trabalho, compreendemos o direito à cidade como o direito à participação direta no planejamento e na gestão das cidades por sujeitos coletivos.

> Para além das garantias e liberdades que se relacionam diretamente com a questão urbana, tais como o direito à moradia, o direito à mobilidade urbana ou, simplesmente, o direito de ir e vir, o direito à cidade é compreendido aqui como o direito à participação direta no planejamento e na gestão das cidades. Essa participação é exercida por sujeitos individuais e coletivos que, por meio da luta pela apropriação do espaço urbano para fins coletivos, lutam também pela efetivação de outros direitos, aqueles que demandam uma prestação material do Estado ou ainda as liberdades garantidas constitucionalmente. (REIS, 2016, p. 92).

Como aponta Victor Amorim (2012, p. 22), o Plano Diretor possui função basilar para política de desenvolvimento urbano, ele é um instrumento que deve ser confeccionado em conjunto com a sociedade, aprovado por lei municipal e integrado ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual. Ele é o principal instrumento legislativo para que os Municípios cumpram sua obrigação constitucional de executar a politicar urbana, pois ele é necessário para efetivar os instrumentos previstos no Estatuto das Cidades. Assim como o Estatuto da Cidade, o Plano Diretor visa o estabelecimento de uma nova cultura política e a coparticipação de todos os agentes e atores responsáveis pelo desenvolvimento da cidade.

Em termos de políticas urbanas, no que tange especificamente ao direito à moradia, José Afonso da Silva (2016, p. 318) nos diz que: ''o conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar''. Para Ralquel Rolnik (2011, p. 6), a "moradia adequada não é apenas um teto e quatro paredes'', é um direito que abarca sete elementos: segurança da posse; habitabilidade; disponibilidade de ser-

viços; infraestrutura e equipamentos públicos; localização adequada; adequação cultural; não discriminação e priorização de grupos vulneráveis; e custo acessível. Dessa forma, notamos que o direito à moradia não se resume a ter uma casa, ele abrange aspectos sociais e culturais. Ele é um direito necessário para se ter outros direitos. De acordo com Erminia Maricato (1997), as cidades são um produto resultante das relações sociais e, dessa forma, acabam por espelhar a realidade social e econômica do país. Por isso, a própria ideia de moradia só pode ser considerada dentro de um contexto de direito à cidade, pois quando na sua forma urbana não pode ser pensada de maneira isolada do ambiente da cidade. Nessa concepção, o direito à cidade não se restringe ao direito das pessoas de gozarem do valor de uso da cidade, mas também a um direito de construí-la, a partir de uma cidadania ativa – isto é, a questão de produzir o espaço se relaciona com a questão de produzir a nós mesmos enquanto cidadãos.

2. DIREITO À MORADIA E CIDADANIA ATIVA: UMA ANÁLISE DO RIO DE JANEIRO

Depois dessa exposição geral das disposições legais e conceitos pertinentes ao nosso estudo, iremos analisar, especificamente, como eles se aplicam na cidade do Rio de Janeiro em sua preparação para sediar megaeventos mundiais. A Câmara Municipal promulgou, em 4 de junho de 1992, o Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, por meio da Lei Complementar nº 16, que objetivava realizar um planejamento urbano com integração da população, proteger interesses coletivos e gerir o espaço público a partir de sua função social. O documento preconiza a participação popular em todas as etapas do processo do planejamento urbano, com amplo acesso às informações, por meio de representação de entidades e associações comunitárias em grupos de trabalho, comissões e órgãos colegiados.

A preparação do Rio de Janeiro para ser sede olímpica inicia, oficialmente, em 22 de novembro de 1993, quando sua Prefeitura – que estava sob a primeira gestão do então prefeito César Maia (1993-1997) – faz um acordo com a Associação Comercial e a Federação de Indústrias (FIRJAN) para a elaboração do Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro (PECRJ). Assim, notamos que, desde o início, o projeto foi re-

gido por parcerias público-privadas (PPP). Disso resultou, em 1994, o Consórcio Mantenedor do PECRJ bem como a contração da consultoria da Tecnologies Urbanas Barcelona S.A. (TSUBASA) para assumir a direção executiva do Plano. Em seguida, ainda em 1994, foi criado o Conselho da Cidade – cúpula do PECRJ – que era composto por mais de 300 membros, tais como entidades associativas, sindicatos, instituições acadêmicas, diversas empresas, ONGs. Assim, percebemos uma composição de entidades diversas, representantes de distintos interesses. Contudo, o Conselho da Cidade possuía um Conselho Diretor, menor e mais homogêneo, composto apenas por empresários e representantes de associações comerciais, empresas jornalísticas, reitores das principais universidades da cidade, o secretário de urbanismo do município, o secretário estadual de planejamento e políticos conservadores – notamos, aqui, há ausência de representantes de entidades sindicais ou comunitárias. Na prática, foi este menor grupo que deliberava, o grupo maior e plural tinha como função somente homologar o que já havia sido decido.

Notamos, assim, que o Plano Estratégico da cidade do Rio de Janeiro transferiu a participação e informação popular – tal como prevista no Plano Diretor municipal – para o Conselho da Cidade – uma instância democrática institucionalizada. O Conselho da Cidade, que, apesar de heterogêneo, não possui poder deliberativo, o que torna apenas uma instância simbólica, uma vez que somente homologava as decisões do Conselho Diretor. Conforme Anna Bonan (2017, p. 67), a elaboração do Plano Estratégico significou o abandono do Plano Diretor e a desobediência das normas da Constituição de 1988, promulgadas a partir da pressão dos movimentos sociais urbanos.

A intenção desse movimento era que o Rio de Janeiro sediasse os Jogos Olímpicos de 2004, contudo a cidade só conseguiu ser eleita em 2009 para ser sede em 2016. De toda forma, desde o início da década de 1990 há um projeto urbanístico que buscava revitalizar a zona portuária da cidade nos moldes de Barcelona. Em 9 de junho de 2008, o então Prefeito César Maia promulgou o Decreto 29.398 que criou o Comitê Especial de Legal Urbano (CELU) de apoio à candidatura do Rio de Janeiro às Olimpíadas de 2016. O CELU objetivava elaborar um plano urbanístico para acolher os Jogos. Ele foi composto por representantes de 13 órgãos públicos, entre eles, Secretaria Municipal de Transportes, Secretaria Municipal de Meio

Ambiente, Secretaria Municipal de Esportes e Lazer e Secretaria Especial de Turismo. Esse projeto urbanístico foi nomeado de Plano de Legado Urbano e Ambiental Rio-2016 e continha propostas de intervenções públicas e possíveis legados urbanos decorrentes da realização do megaevento na cidade. Esse Plano foi elaborado a pedido do Comitê Olímpico Brasileiro (COI).

Quando saiu o resultado da eleição do Rio como sede olímpica em 2016, a Prefeitura da cidade carioca em parceria com o Estado e a União lança a Operação Urbana Consorciada (OUC) da região de seu porto. As empreiteiras Odebrecht, Carioca e OAS ganharam a licitação para execução das obras e formaram a concessionária Porto Novo. A articulação entre os governos Federal, Estadual e Municipal estabeleceu uma agenda de investimentos e projetos para que o Rio de Janeiro se tornasse a ''vitrine'' brasileira e sua venda no mercado mundial de cidades seria estratégica para o Estado reposicionar o país no exterior em busca de investimento estrangeiros. A realização de megaeventos é adequada para essa ''venda'' da cidade, uma vez que eles mantêm o consumo vivo, além serem um acelerador de projetos de reestruturação urbana, uma vez que atraem grandes investimentos.

Se anteriormente o Plano Estratégico do Rio de Janeiro já ia na contramão das normas constitucionais e do Plano Diretor, ao ser eleita sede de megaeventos, exigências de encargos de entidades supranacionais – como FIFA e COI – foram cumpridas, mesmo que contrariassem o texto constitucional. Atrair investimentos internacionais e preparar a cidade para receber visitantes do mundo inteiro era a prioridade do governo em detrimento do bem-estar dos cidadãos. Assim, o poder público passa a adotar o modelo de ''cidade negócio'' em que o papel do administrador da cidade é ''vender'' uma imagem de cidade que atraia investidores. Por isso, o discurso governamental afirmava a necessidade de modernizar e revitalizar determinadas áreas da cidade.

Segundo Fábio Molina (2015, p. 21), esse fenômeno se chama ''empreendedorismo urbano'', no qual governantes – por meio do Planejamento Estratégico e Ocupações Urbanas – adotam uma postura ''empreendedora'' no processo de restruturação da cidade. O processo de (re) urbanização constrói áreas privilegiadas na produção mercantil do espaço.

Assim, escolha-se a cidade como "vitrine" – oferecida ao gerenciamento privado – em detrimento do direito constitucional à moradia.

Nesse cenário, entre 2011 e 2016, o Rio de Janeiro se torna palco de megaeventos internacionais: Jogos Mundiais Militares em 2011, Jornada Mundial da Juventude e Copa das Confederações da FIFA em 2013, Copa do Mundo de Futebol da FIFA em 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos em 2016). Tais megaeventos foram realizados por meio de enormes investimentos públicos e privados. Uma obra de destaque, nesse contexto, foi a construção do Parque Olímpico na Barra da Tijuca, que foi o principal espaço para a disputa dos jogos: ele recebeu 14 modalidades olímpicas e 9 paraolímpicas e em suas obras foram gastos R$ 5.955.000.000,00. Segundo Julio dos Santos (2014, p. 179), a área do Parque foi construída por uma Parceria Público-Privada premiada com a concessão de 15 anos do usufruto do espaço. A proposta vencedora foi a única apresentada, a do Consórcio Rio Mais, composto pelas construtoras Odebrecht, Andrade Gutierrez e Carvalho Hosken. Ainda de acordo com o autor, é interessante notar que a Carvalho Hosken é, justamente, a principal proprietária da área alocada ao Parque Olímpico e, por isso, se beneficiou da enorme valorização do terreno.

Ainda em termos de obras e gastos nesse contexto, a Prefeitura do Rio aportou R$ 10, 4 bilhões, sobretudo nas obras do BRTs (R$ 6 bilhões), na Vila Olímpica (R$ 2 bilhões) e no Porto Maravilha (R$ 700 milhões). Este último é um dos símbolos da reforma urbana carioca e custou R$ 7,6 bilhões, a cargo do Consórcio Porto Novo – constituídos pelas empreiteiras OAS e Odebrecht. O Projeto do Porto Maravilha prevê a transformação dos usos da área portuária para um uso residencial e de negócios via outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, vendidas por meio de Cepacs, cotadas para venda na bolsa de valores (SANTOS, 2017, p. 215-216). Um dos efeitos dessas intervenções urbanas é a gentrificação, esta ocorre quando um bairro com uma área de construções antiga, degradadas e desvalorizadas recebe investimentos o que resulta na valorização do local e, por consequência, os antigos moradores passam a não ter mais condições financeiras de arcar com os custos de vida no bairro e precisam se mudar – geralmente para áreas cada vez mais distantes do centro.

Outras obras de destaque são a via Transolómpica (R$ 1,6 bilhão), a Transcarioca (R$ 1,8 bilhão) e reforma do Aeroporto do Galeão. Vale

destacar que todas as reformas por qual passou a cidade foram realizadas por uma dessas 4 empresas: Odebrecht, OAS, Andrade Gutierrez e Camargo Correa. Na esfera estadual, Júlio dos Santos (2017, p. 181) destaca que apesar do Governo do Estado do Rio de Janeiro ter declarado estado de calamidade pública antes da realização dos Jogos Olímpicos por insolvência financeira, ele investiu R$ 7 bilhões na expansão do metrô até a Barra da Tijuca e mais R$ 1,2 bilhões em mais uma reforma do Estádio Maracanã – feita pela Odebrecht e Andrade Gutierrez, com R$ 400 milhões financiados via BNDS. Conforme Luis Mendes (2008, p. 5), essas intervenções públicas, orientadas em prol do mercado e possíveis consumidores, possuem um grau de seletividade que não atendem as necessidades das áreas mais carentes, onde se encontram a população mais socialmente desfavorecida. Busca-se realizar obras que atraiam e agradem turistas, ao invés de realizar intervenções que promovam melhor qualidade de vida aos cidadãos mais carentes.

3. O CASO DA VILA AUTÓDROMO

Depois desta apresentação geral da preparação geral do Rio de Janeiro para a preparação dos Jogos Olímpicos de 2016, iremos analisar um caso específico da cidade: o da Vila Autódromo, a fim de verificar, concretamente, a (in)eficácia do direito constitucional à moradia e da cidadania ativa nesse cenário. A Vila Autódromo é uma comunidade localizada à beira da Lagoa de Jacarepaguá, no Rio de Janeiro. Inicialmente uma vila de pescadores, ela aumentou seu número de moradores quando recebeu muitos imigrantes de outros estados que vieram para trabalhar na construção do Autódromo de Jacarepaguá. A comunidade cresceu as margens do poder público, ela foi construída e mantida com o esforço coletivos dos moradores. Na década de 1990 a maioria dos lotes ficou em situação regular, uma vez que o então Prefeito César Maia concedeu títulos de Concessão de Direito Real de Uso aos moradores. Em 2005, a área foi demarcada, em parte, como Área de Especial Interesse Social pela Câmara Municipal. Todavia, quando o Rio de Janeiro foi eleito sede olímpica a Vila tornou-se alvo de ações governamentais higienistas que visavam remover seus moradores dali. Vale destacar que o Eduardo Paes – prefeito do Rio entre 2013-2016, período de maior intensidade das ações de remoção

da Vila – teve a empresa Carvalho Hosken como a grande financiadora de sua campanha, justamente a empresa que possui grandes extensões de terras lindeiras à Vila.

A Vila Autódromo recebeu inúmeras tentativas de remoção, a Prefeitura chegou a justificar essa medida como exigência do Comitê Olímpico Internacional (COI). Nessa ocasião, a comunidade, com o auxílio da Defensoria Pública, elaborou uma notificação ao COI argumentando e justificando sua permanência. O período de 2013 a 2016 foi mais intenso, contudo, a política de remoção vem desde antes, sobretudo a partir de quando, oficialmente, o Rio de Janeiro foi eleito sede olímpica, em 2009. Dessa forma, Altamiro Bessa e Lúcia Álvares (2014, p. 122) nos relatam o episódio de quando os moradores, por meio de reportagem na capa do jornal *O Globo*, de 04/10/2011, informaram-se sobre a realização de uma parceria público-privada que os removeriam para que na área fosse construído o Parque Olímpico por meio da compra de um terreno de R$ 19,9 milhões. Na ocasião, houve denúncias de que essa compra favorecia doadores de campanha do prefeito, o que fez a Prefeitura cancelá-la. De toda forma, notamos nesse episódio a ausência de diálogo entre o poder público e os cidadãos sobre as intervenções urbanas, uma vez que: (i) em nenhum a população foi consultada, e (ii) eles só ficaram sabendo da justificativa e do projeto por meio da imprensa. Isso demonstra a falta de interesse do Município em escutar os anseios dos cidadãos. Tal conduta é uma desobediência ao Estatuto da Cidade, que regula o capítulo de *Política urbana* da Constituição, uma vez que houve descaso com a participação popular. Esse foi o tom que regeu a relação governo x moradores ao longo dos anos.

Dessa forma, a fim de remediar a situação, em 08/03/2016, o então Prefeito do Rio, Eduardo Paes, apresentou um projeto para a Vila Autódromo para um seleto grupo de jornalistas – notamos, assim, mais uma vez a ausência direta de diálogo entre Prefeitura e moradores. Tal projeto recebeu o nome de *Parque Carioca* e foi elaborado sem considerar as opiniões dos cidadãos que seriam afetados diretamente por ele. O projeto previa remover os moradores para outra localidade – estrada dos Bandeirantes, Camorim – onde seriam construídos blocos de apartamento idênticos em condomínio. Ressaltamos que essa localidade é uma área de mineração, historicamente negligenciada pelo poder público.

Dessa forma, por meio do exercício da cidadania ativa, em resposta à Prefeitura, os moradores – apoiado por movimentos sociais e com o auxílio técnico da Universidade Federal Fluminense (UFF) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – elaboram um projeto alternativo para o local, que foi nomeado de *Plano Popular da Vila Autódromo* (PPVA). Ele é antagônico ao projeto da Prefeitura, por meio dele os moradores demonstram tecnicamente a possibilidade de permanecerem no local e, ao mesmo tempo, urbanizar o local. Nesse sentido, o auxílio das universidades federais foi importante, uma vez que, a princípio, a Prefeitura justificava ser *tecnicamente* inviável atender as pretensões dos cidadãos e os pesquisadores da UFF e UFRJ conferiram legitimidade técnica aos anseios populares. Dentre os pontos apresentados no PPVA, destacamos: (i) afirmação do direito à moradia; (ii) demonstração técnica da viabilidade de permanência das famílias no local; (iii) garantia de condições adequadas de transporte e acessibilidade ao trabalho; (iv) garantia de acesso a espaços públicos para atividades de cultura, esporte e lazer na comunidade.

A Vila Autódromo, que antes das remoções governamentais era composta por mais de 700 famílias, atualmente só tem 20. Ainda assim, ela se tornou um símbolo de resistência a um projeto de cidade voltado para o mercado. Tornou-se ainda um exemplo do exercício de cidadania ativa, o PPVA é fruto da luta dos cidadãos contra a violação dos direitos à cidade e à moradia e pelo respeito aos direitos humanos. Durante todo o processo de remoção dos moradores da Vila Autódromo, a Prefeitura encontrou resistência por parte dos moradores, que se mobilizaram por meio das redes sociais, vigílias, ocupações e com a elaboração do seu Plano Popular. Assim tornou-se um exemplo de cidadania ativa. Conforme Enzo Bello (2013, p. 23), a cidade pode ser vista como titularidade e ''*status* de direito'', mas também pode ser vista de forma dinâmica e ampliada. No primeiro modo, ele é estritamente jurídico, o cidadão é aquele que tem acesso a uma carta de direitos e que deve esperar que tais direitos o alcancem.

Segundo o autor, essa dimensão da cidadania – estritamente normativa – mostra-se insuficiente, pois a despe das suas condições de produção e efetividade, que somente se manifestam no plano do real, na vida em sociedade e em meio a possibilidades políticas de realização. Esse pensamento conjuga com os dizeres de José Afonso da Silva (2016, p. 128): ''a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um

processo de afirmação do povo e da garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, notamos um projeto urbano para a cidade do Rio de Janeiro de caráter empresarial, em que vigora uma lógica valorização dos espaços a fim de beneficiar empresas e atrair turistas em detrimento do bem-estar de parte da população carioca. Nesse cenário, direitos humanos, como o da moradia ou a função social da cidade, são violados. Determinações da FIFA e do Comitê Olímpico Internacional norteiam as ações do Estado, sobrepondo-se as normas constitucionais.

A Constituição Federal conferiu centralidade aos munícipios na condução da política urbana, de modo a favorecer a participação local no planejamento e gestão das cidades. Contudo, observamos que, na prática, isso não ocorre na cidade do Rio de Janeiro, como um todo, e na Vila Autódromo especificamente – objetos dessa pesquisa. Isso porque não a população diretamente afetada nesse projeto urbano não participou de nenhumas das etapas do processo decisório, muitas vezes só tomando ciência das decisões do poder público por meio da mídia. O *modus operandi* da Prefeitura carioca é despolitizador, uma vez que nega a possibilidade do dissenso em torno dos seus projetos, o que, consequentemente, caracteriza-se como uma postura antidemocrática. Como afirma Ana Reis (2016, p. 103), "o conflito deve ser reconhecido como uma dimensão fundamental do exercício ativo da cidadania e como parte necessária de processos capazes de possibilitar mudanças mais *estruturais* no espaço urbano, de forma a garantir o exercício do direito à cidade".

Por fim, observamos a importância da cidadania ativa – como a praticada pelos moradores da Vila Autódromo – para buscar a eficiência dos dispositivos constitucionais da Carta de 1988. Sustentamos que há um vínculo entre exercício da cidadania e direito à cidade – o qual o direito à moradia está incluso. Uma vez que, inclusive, foi por exercer a cidadania ativamente que os integrantes do Fórum Nacional pela Reforma Urbana (FNRU) – expressão do Movimento Nacional pela Reforma Urbana – apresentaram a Assembleia Constituinte o projeto de Emenda Popular da Reforma Urbana. Notamos, assim, desde a origem da Constituição

de 1988 o direito à cidade sendo conquistado por meio de mobilização popular.

Embora a consagração de instrumentos no plano normativo seja essencial, para sua real efetividade é necessário que não perder a dimensão política da luta pela reforma urbana. A participação nos espaços institucionais e não institucionais decorrentes do exercício pleno do direito à cidade é fundamental para consolidar e ampliar as garantias já consolidadas no âmbito jurídico. Uma vez que a própria Lei nº 10.257/2001 prevê a gestão democrática da cidade, efetiva participação da população na política urbana. O direito à cidade é um direito humano fundamental, seja pelo uso da cidade, destacando-se a habitação como uso-central, seja pela sua valorização. Esse direito só pode ser viável por meio de uma concepção de democracia urbana que abarque a participação dos diferentes estratos e interesses sociais. O que significa que a cidade não pode ser (re)produzida apenas como objeto de consumo cultural para os turistas. Esta concepção toma a cidade como produto e obra, e não como uma mercadoria a ser consumida.

REFERÊNCIAS

AMORIM, V. A. J. **Direito urbanístico**: Legislação urbanística e estatuto da cidade. São Paulo: Baraúna, 2012.

BELLO, Enzo. **A Cidadania na Luta dos Movimentos Sociais Urbanos.** Caxias do Sul: 2013, Educs.

BESSA, A. S. M.; ÁLVARES, L. C. **A construção do turismo**. Megaeventos e outras estratégias de venda de cidades. Belo Horizonte: C/Arte, 2014.

BONAN, A. C. F. **Camelôs rebeldes**: a dimensão socioespacial do direito na cidade em disputa. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1998

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <L10257 (planalto.gov.br)>

CORREIA, C. Gestão democrática da cidade: construindo uma nova política. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz CARDOSO, Adauto Lucio (Org.). **Reforma urbana e gestão democrática:** promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro, Revan FASE, 2003.

MARICATO, E. **Para entender a crise urbana**. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

_____. **Habitação e Cidade**. São Paulo: Atual, 1997.

MENDES, Luís. Gentrificação e a cidade revanchista: que lugar para os movimentos sociais de resistência? **Fórum Sociológico**, Lisboa, série 2, n. 18, p. 1-13, 1 jun. 2008.

MOLINA, F. S. **Megaeventos e produção do espaço urbano**. São Paulo: Annablume, 2015.

REIS, A. B. O. **Democracia e espaço urbano:** A dinâmica do direito à cidade em Juiz de Fora/MG. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2016.

ROLNIK, Raquel. Como fazer valer o direito das mulheres à moradia? *In*: **LabCidade**. Disponível em: https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2011/12/guia-mulheres-pt_ok.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

SANTOS, J. C. F. **Cidade Ltda. Valorização do espaço e reprodução da metrópole para megaeventos**. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2017.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

REFUGIADOS: UM OLHAR SOBRE A IMPORTÂNCIA DA REAFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COM VISTAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Thiago de Souza Modesto[29]
Maria Cristina Alves Delgado de Ávila[30]

INTRODUÇÃO

As migrações forçadas carregam dor e ao mesmo tempo esperança de melhores condições de vida àqueles que buscam refúgio. De acordo com o relatório de 2019 do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR),[31] o deslocamento forçado afeta 1% da humanidade, ou

29 Mestrando em Direito Público e Evolução Social e especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas e professor do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM.

30 Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa, Pesquisadora, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania".

31 O relatório encontra-se em língua inglesa e pode ser acessado através da página da ACNUR Brasil, disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/06/18/relatorio-global-do-acnur-revela-deslocamento-forcado-de-1-da-humanidade/>.

seja, 1 em cada 97 pessoas se veem obrigadas a abandonar seus lares. Ante a esta realidade, os impactos na vida do refugiado são inúmeros, restando a sociedade o papel de acolher e ofertar novas oportunidades após o atravessar das fronteiras.

O Brasil alterou sua percepção legal quanto ao migrante, tendo realizado profunda mudança legislativa com a Lei de Migrações (Lei nº 13.445/17). Com viés humanitário e elencando princípios e diretrizes para atendimento à vida digna aos migrantes, a referida lei é considerada um avanço ao não criminalizar a migração e pregar pela igualdade entre nacionais e estrangeiros.

A Lei nº 9.474/97 elenca as possibilidades de reconhecimento da situação de refugiado no país. É inegável que as condições que impulsionam a busca do instituto do refúgio estão atreladas a violações de direitos humanos. A partir do pressuposto de que um indivíduo se vê obrigado a realizar o deslocamento espacial, se mostra necessário o reestabelecimento da dignidade humana deste imigrante. Este processo pode ser longo e nem sempre exitoso, pois os fatores necessários para atender as melhores condições de vida àquele que chega no Brasil são múltiplos. Por isso, o desenvolvimento de políticas públicas por parte do país é deveras necessário.

É nesta perspectiva que a presente pesquisa de cunho bibliográfico e documental se propõe a analisar o instituto do refúgio, identificando seu reconhecimento na legislação pátria enaltecido pelas diretrizes dos direitos humanos, trazendo a importância do restabelecimento da dignidade do refugiado e a ponderação acerca da necessidade de políticas públicas em prol da efetivação de direitos fundamentais a estes indivíduos. Tal proposta pode trazer à tona novos olhares sobre a relevância de respeitar os direitos fundamentais em solo nacional a quem aqui esteja, independentemente da nacionalidade ou motivo que o trouxe ao país.

1. A PROTEÇÃO DO INSTITUTO DO REFÚGIO NO BRASIL

A História é marcada por processos migratórios. O ser humano, como ser social, tem a necessidade de estabelecer contatos interpessoais, buscar novas oportunidades de vida e encontrar sua felicidade. Nesse contexto,

a mobilidade espacial se torna característica importante das sociedades, e como tal, pode ser analisada sob várias perspectivas.

Analisar e compreender a imigração é tarefa complexa, ou como chamou Abdelmalek Sayad, trata-se de um "fato social completo", dada as inúmeras variantes e interdisciplinaridade possível no estudo deste fenômeno. Assim, o autor pontua:

> E, a este título, todo o itinerário do imigrante é, pode-se dizer, um itinerário epistemológico, um itinerário que se dá, de certa forma, no cruzamento das ciências sociais, como um ponto de encontro de inúmeras disciplinas, história, geografia, demografia, economia, direito, sociologia, psicologia e psicologia social e até mesmo das ciências cognitivas, antropologia em suas diversas formas (social, cultural, política, econômica, jurídica etc.), linguística e sociolinguística, ciência politica etc. (SAYAD, 1998, p. 15).

Sob cada uma das perspectivas citadas acima torna-se perceptível a importância da compreensão das causas e dos efeitos migratórios.

O Brasil é um país subdesenvolvido, e como tradição dos países com grandes mazelas sociais, como a falta de oportunidades de trabalho, condições dignas de moradia e acesso à saúde eficaz e de qualidade, impulsiona com que muitos nacionais busquem oportunidades a fim de uma vida mais confortável em países desenvolvidos. Por outro lado, nosso país é popularmente conhecido como uma nação receptiva, o que colabora para um fluxo migratório constante de estrangeiros que buscam aqui estabelecer moradia temporária ou permanente, na qualidade de imigrante.

É certo que nem sempre existe escolha daquele que emigra, pois em determinadas situações o contexto social no qual o indivíduo encontra-se inserido impõe-lhe a busca por deslocamento. Neste diapasão, interessante a colocação de Mahlke (2000, p. 55) acerca do que podem ensejar as migrações forçadas: "[...] pelo deslocamento involuntário motivado pela necessidade imperativa de deixar o local de origem, em geral para evitar dano à sua integridade física e/ou mental, ou por questões de sobrevivência". Assim, dentre as migrações forçadas encontramos o instituto do refúgio, que ante a necessidade de efetivação deste direito, fora criado em 1950, o ACNUR. Logo após, em 1951, fora elaborada a Convenção Re-

lativa ao Estatuto dos Refugiados, sendo considerada o principal instrumento protetivo aos solicitantes (BARBOSA, 2019).

No contexto nacional, a Lei nº 9.474/97 definiu os mecanismos para implementação do Estatuto do Refugiado de 1951, reconhecendo como refugiado todo aquele que deixa sua pátria em razão de fundado temor de perseguição por motivos de nacionalidade, raça ou perseguição política; os apátridas que não possam regressar no país em que residiam habitualmente pelos motivos anteriormente expostos ou aqueles que sofrem devido a grave e instaurada violação de direitos humanos, nos termos do artigo 1º da mencionada lei.

De acordo com Barbosa (2019, p. 42 *apud* Fischel, 1996, p. 29), o refúgio no plano internacional pode ser compreendido em duas fases: na primeira entre 1921 e 1938, no qual o conceito referia-se a uma perspectiva coletiva do ponto de vista de pertencimento do refugiado a determinado grupo e na segunda entre 1938 e 1952, tendo a compressão de que o refúgio deve ser visto sob o plano individual, o que se coaduna com os direitos fundamentais individuais.

Considerando que o Brasil busca assegurar o refúgio àqueles que necessitam, o imigrante, ao ingressar em solo brasileiro, pode solicitar esta condição a uma unidade da Polícia Federal ou autoridade migratória na fronteira. Este procedimento é gratuito e o solicitante tem direito de solicitar a presença de um Defensor Público da União ou um advogado de uma das organizações parceiras do ACNUR. A decisão caberá ao Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) e uma vez reconhecido como refugiado, deve buscar um posto da Polícia Federal para solicitar o Registro Nacional de Migração (CRNM). Caso o pedido seja negado, caberá recurso diretamente ao CONARE (ACNUR, 2021).

É importante asseverar que a condição de refúgio não deve ser atrelada a fatores de nacionalidade, etnia, religião ou quaisquer outras condicionantes discriminatórias, senão aquelas diretrizes legais estampadas na própria legislação nacional que define as possbilidades de enquadramento da condição de refugiado a todos aqueles que necessitam desta proteção sob a perspectiva dos direitos humanos que o Brasil se compromete a assegurar.

Em arremate, acresce-se que, a palavra "refúgio", etimologicamente, é definida como abrigo, esconderijo, amparo ou proteção (MICHAELIS, 2021). Deste modo, ao termos estampado na Carta Magna a Dignidade

da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil e considerando as disposições legais que visam a recepção do imigrante na condição de refugiado, quando assim o faça jus, nada mais justo e sensato analisar este instituto com um olhar além de jurídico, humano e social, notadamente porque assim como a população nacional possui respeito a sua condição humana, sendo-lhes assim garantidas as proteções fundamentais, mesmo direito caberá aos refugiandos, ante as normas e diretrizes previstas no arcabouço jurídico dos Direitos Humanos internacional e nacional.

2. OS DIREITOS HUMANOS E O REFÚGIO: INTERSECÇÕES

A preocupação com os direitos humanos a nível internacional, no que se refere aos fluxos migratórios, pode ser vista com um olhar de repulsa as barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, no qual proliferaram, sobretudo, pelo próprio Estado discursos de ódio, intolerância e preconceitos em razão de raça e etnia. Os horrores da guerra expuseram ao mundo as gritantes violações dos direitos humanos. Diante disso, universalmente foi cunhada a expressão Direito Internacional dos Direitos Humanos em meados do século XX. Como expressão máxima deste avançar da sociedade para a necessária e urgente tomada de medidas para assegurar os direitos inerentes as pessoas, surgiu em 1945 a Organização das Nações Unidas (ONU), e em 1948 foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada unanimemente por 48 países.

No contexto latino-americano, quanto ao sistema regional de proteção dos Direitos Humanos, observa-se que os países deste bloco são marcados por dois momentos históricos: 1. o período dos regimes ditatoriais que passaram Brasil, Argentina, Chile e Uruguai, e 2. com o fim das ditaduras militares o período de transição para regimes democráticos (PIOVESAN, 2021). No primeiro período, os fatos históricos e documentos revelam diversas violações a direitos fundamentais dos indivíduos. Posteriormente, com a democratização e notadamente em atenção a Constituição de 1988, os olhares ao ser humano como sujeito detentor não só de deveres, mas sobretudo de direitos, foram ganhando contornos.

Conforme ilustra Piovesan (2021, p. 54), a América Latina tem muitas barreiras a vencer, considerando seu passado atrelado a significativas violações de direitos humanos:

> Isto significa que a região latino-americana tem um duplo desafio: romper em definitivo com o legado da cultura autoritária ditatorial e consolidar o regime democrático, com pleno respeito aos direitos humanos, amplamente considerados – direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Como reflexo dos tempos de outrora, o Brasil se manteve, até a entrada em vigor da Lei de Migrações, com uma legislação considerada fruto do período sombrio de supressão da democracia, pois o Estatuto do Estrangeiro, instituído em 1980 refletia a preocupação do país com aspectos de segurança nacional, denotando viés defensivo e nacionalista, sem se preocupar com o olhar humano arraigado na Constituição de 1988 e nos sistemas de proteção global e regional dos direitos humanos, ambos ratificados pelo país.

Na busca pela ruptura de ideais antidemocráticos e na autêntica valorização da pessoa humana, cotejando as disposições constitucionais e a ordem jurídica internacional acerca dos direitos humanos, é unânime que a Lei nº 13.445/17, conhecida como Lei de Migrações representa grande avanço jurídico.

A Lei de Migrações traz em seu conteúdo a preocupação com a não criminalização das migrações; o repúdio a toda forma de discriminação e preconceito com o imigrante; o apreço a acolhida humanitária; a inclusão social, laboral e produtiva do imigrante por intermédio de políticas públicas dentre outras diretrizes de matriz constitucional. Além de tudo isso, correlaciona a política migratória com as características da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Notadamente aqui, a legislação se mostra atenta e preocupada com o respeito aos direitos fundamentais de todo aquele que está em solo nacional, não importando se de forma temporária ou permanente, e claro, se está na condição de refugiado, asilado ou apátrida.

Assim como no texto constitucional (artigo 5º da Constituição Federal de 1988), o artigo 4º da Lei de Migrações assegura ao migrante, em

condições de igualdade com os brasileiros, a inviolabilidade à vida, liberdade, igualdade e outros direitos fundamentais e sociais, reiterando, por conseguinte a isonomia entre brasileiros e estrangeiros.

Apesar de todo cunho humanístico na acolhida do refugiado em cotejo as normas protetivas dos direitos humanos, cada país tem sua soberania, e é calcado nesta ideia de que cada país tem o direito de decidir pela aceitação ou não de refugiados, que algumas nações com fundado receio de ameaça política e econômica se abstem de recepcionar os que atravessam a fronteira na procura de acolhida, ao passo que outros buscam implementar e efetivar medidas para acolhimento e garantia de direitos, como é o caso do Brasil (BARBOSA, 2019, p. 71 *apud* WALZER, 2003, p. 31).

Porém, não se considera tolerável a infringência de direitos mínimos de condições humanas a fim de impedir a migração num Estado Democrático de Direito. A título de ilustração, na contramão do respeito aos direitos humanos dos refugidos, a Hungria, usando do discurso protetivo da nação, quando não da xenofobia e do ultranacionalismo, é frequentemente acusada de práticas desumanas para recusar refugiados, como a negativa de comida, até que os imigrantes optem pela "deportação voluntária" (DW BRASIL, 2018).

A forma como um país trata ou destrata o refugiado diz muito sobre sua noção de humanidade e respeito ao outro como sujeito titular de direitos subjetivos, pois conforme preleciona o filósofo búlgaro Todorov (2010, p. 27), o agir desumano denota "como se os outros não fossem – ou, de qualquer modo, não inteiramente – seres humanos".

Os direitos humanos correlacionam-se com os problemas experimentados por uma sociedade, podendo ser maximizados a depender do grau de comprometimento do Estado e dos indivíduos com o respeito a condição humana do outro, com o entender que todos os seres humanos são merecedores de respeito e de oportunidades igualitária, sem acepções.

Nesta toada, Grubba (2020, p. 12) propõe as seguintes reflexões:

> E o que dizer dos atuais fluxos de migração a nível nacional e internacional, englobando pessoas que são cotidianamente forçadas a abandonar suas casas e, muitas vezes, bodas territoriais do seu Estado, por razões de sobrevivência frente a guerras civis, catástrofes ambientais ou mesmo para fugir da fome e da miséria? O que di-

> zer das milhões de pessoas que tiveram que migrar forçadamente? Como tutelar os direitos dos refugiados ou, ainda, das pessoas sem quaisquer vínculos de nacionalidade de um Estado? As deslocações envolvem dilemas tanto para os migrantes quanto para aqueles que permanecem nos seus locais de residência. Compreender esses dilemas é crucial para a formulação das adequadas políticas voltadas às diferentes situações.

É inimaginável a cogitação de que determinados direitos considerados básicos, como vida, saúde, liberdade, trabalho, moradia e outros sejam rechaçados a determinados grupos em franca situação de vulnerabilidade. Inclusive, é a falta destes direitos existenciais mínimos condição suficiente para forçar um indivíduo a atravessar fronteiras em busca do respeito e a ressignificação de sua dignidade.

3. A BUSCA DA RESSIGNIFICAÇÃO DA DIGNIDADE DO REFUGIADO

O caminho entre a saída do país de origem e o ingresso em novo território, muitas vezes hostil e repleto de dificuldades a serem descobertas, pode ser tortuoso a todos aqueles que necessitam do deslocamento forçado. Os traumas e mágoas não são simplesmente apagados com o atravessar das fronteiras. Da mesma maneira, as oportunidades de trabalho, moradia e melhores condições de vida não surgirão como num passe de mágica.

A migração impulsionada por motivos de perseguição ou grave violações de direitos humanos não se trata de uma escolha daqueles que abandonam seus lares, e sim de imposição dada as condições de desigualdade mundo afora. Com isso, existem inúmeros estigas enfrentados pelos refugiados, que a depender da sociedade jamais são apagados. Nessa perspectiva, Bauman (2005, p. 100) afirma que:

> Uma vez refugiado, sempre refugiado. Todas as estradas que levam de volta ao paraíso doméstico perdido (ou melhor, não mais existente) foram bloqueadas, e todas as saídas do purgatório que o campo de refugiados representa conduzem ao inferno [...].

O psiquiatra espanhol Joseba Achotegui, em sua obra intitulada "La Inteligencia Migratoria: manual para inmigrante en dificuldades" descreve com riqueza de detalhes os múltiplos duelos enfrentados em um processo migratório, reunindo-os em sete maneiras aqui sintetizadas: 1. Luto pela família e entes queridos: relaciona-se com a ruptura do apego aos familiares e amigos deixados no país de origem; 2. Idioma: o aprendizado de uma nova língua supõe prazer, mas também muito esforço e dificuldades a ser enfrentadas; 3. Cultura: abarca a identificação ou não dos valores da nova sociedade, os hábitos alimentares, a forma de vestir, a religião e etc; 4. Terra: compreende o clima, as paisagens e outros aspectos que possuem relevância a nível emocional do migrante; 5. *Status* social: está relacionado ao trabalho, a moradia, as oportunidades vislumbradas no país de refúgio; será que concretizarão as boas perspectivas?; 6. Pertencimento a um grupo: as pessoas costumam buscar a identificação com algum grupo, porém a xenofobia e o racismo podem dificultar essa adaptação; e por fim, 7. Riscos físicos: os migrantes costumam viver em situação de exclusão social, os perigos enfrentados afetam sua adaptação e a capacidade de resiliência (ACHOTEGUI, 2017, tradução nossa).

Vislumbra-se que boa parte dos duelos acima se diferem daqueles enfrentados pelos nacionais, sendo necessários mecanismos de enfrentamentos próprios para minorar as consequências nocivas da má elaboração da migração. Desta feita, considerando todas estas possíveis consequências acima citadas, é visível que se o processo migratório for mal elaborado pelo imigrante, dada as condições ofertadas pelo novo país, pode haver até o desencadeamento de patologias, além de ser um dificultador para a efetivação de seus direitos fundamentais. O refugiado tem necessidade de apoio e acolhimento, até porque seu deslocamento espacial supõe, em geral, a busca por melhores condições de vida e restabelecimento de sua dignidade, já que um ser social.

Apesar das migrações não serem um fenômeno recente, há três grandes diferenças entre a processo migratório do século XXI e dos períodos precedentes, quais sejam: as rupturas familiares, pois cada vez mais a trajetória se dá de forma solitária ou com poucos membros do núcleo familiar; exclusão social estruturada, visto que os migrantes, sobretudo refugiados, enfrentam uma ausência de oportunidades, em razão de preconceito e criminalização do imigrante em algumas sociedades, como na Itália que em 2009 aprovou a Lei Maroni (ACHOTEGUI, 2017). Quanto a esta

última diferença, cabe ressaltar que a Lei de Migrações no Brasil, artigo 3º, III rechaça a criminalização da migração.

A conta de tudo isso, a busca da tutela dos direitos humanos tem papel fundamental no restabelecimento da dignidade violada pelos motivos que ensejaram o refúgio, bem como na mitigação dos impactos nocivos à vida dos refugiados. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é inerente a todos, simplesmente em decorrência da sua existência no mundo, e se traduz na superação da intolerância, do preconceito e da exclusão social (BARROSO, 2001).

Reforçando, é importante trazer à baila os ensinamentos de Sarlet (2015, p. 47), que com propriedade preleciona que a dignidade da pessoa humana é:

> A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Assim, a famigerada dignidade da pessoa humana tem cunho inclusivo, e sua aplicabilidade não se perfaz em noções de privilégios a determinadas classes de pessoas, e sim, o respeito e a garantia mínima a todos, sobretudo àqueles que necessitam de especial proteção, dada sua situação de vulnerabilidade.

Quanto ao critério "nacionalidade", este é um mero fator acidental para assegurar direitos fundamentais, não se impondo como determinante para a condução da efetivação destes direitos. Na medida em que o Brasil adota uma política de garantia e promoção dos direitos humanos, e em respeito ao Princípio do *Non-Refoulement* que veda ao Estado no qual o indivíduo manifeste pedido de refúgio, que este seja devolvido ao país em que se encontre ameaçado, é dever da sociedade e do Estado buscarem medidas que tragam vida digna aos refugiados.

Restabelecer a dignidade a todo aquele que se encontre em situação de vulnerabilidade é dever legal e moral, e os benefícios podem ser colhidos coletivamente como nação. Na medida em que se oportuniza emprego, acesso à educação formal, moradia e todos os direitos fundamentais e sociais em condições dignas aos refugiados, há contribuição com a construção do país econômica e culturalmente. Não é despiciendo lembrar que o Brasil é formado por uma fusão de culturas e raças, e graças a esta diversidade podemos desfrutar das mais variadas manifestações culturais, sendo relevante reafirmar o respeito as diferenças.

4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PROTAGONISTAS NO EFETIVO ACOLHIMENTO AO REFUGIADO

O avanço legislativo com a Lei de Migrações é inquestionável. Os princípios e diretrizes expostos no ordenamento interno é compatível com a Carta Magna e os sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos. Todavia, sem o manejo de políticas públicas não é possível alcançar a igualdade material entre nacionais e refugiados.

O termo "políticas públicas" traz inúmeras complexidades para sua conceituação. Apesar disso, "o único consenso existente é o de que elas resultam de decisões governamentais e se referem a ações de governo" (BIRKLAND, 2005, p. 18 *apud* FONTE, 2015, p. 46). E assim, utilizando-se de uma conceituação proposta por Anderson (*apud* FONTE, 2015, 47), temos as políticas públicas como ações intencionais realizadas por um ou mais sujeitos para enfrentar problemas sociais. Com a adoção deste singelo conceito, é interessante notar que as políticas públicas se traduzem na comunhão das demandas da sociedade e os objetivos do Estado para solucionar áreas tidas como problemáticas.

Ao partir da premissa de que os problemas sociais precisam ser enfrentados pelo Estado por intermédio de mecanismos efetivos para solução das mazelas sociais, cumpre correlacionar este agir do Estado com o dever de assegurar a concretude dos direitos fundamentais. Cumpre se valer dos dizeres de Freire Júnior (2005, p. 48):

> Interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los.

Neste sentido, o conjunto de ações coordenadas pela Administração Pública tem como missão dar efetividade aos direitos fundamentais e sociais de todos os indivíduos, seja quanto a garantia do meio-ambiente saudável, a segurança pública eficaz, a facilitação do direito à moradia as comunidades carentes dentre inúmeros outros direitos de ordem constitucional, ressaltando que a Constituição Federal traz um rol meramente exemplificativo e interdependente destes direitos. Assim, vislumbra-se que as políticas públicas se correlacionam com os direitos prestacionais que o Estado deve de forma ativa atuar em prol da construção e manutenção de uma existência digna de todos os seres humanos.

A partir do conceito exposto, surge uma segunda indagação importante: a elaboração das políticas públicas é de titularidade exclusiva dos entes estatais? Para responder a este questionamento, a doutrina demonstra que do ponto de vista da abordagem estatística ou estadocêntrica, haveria um monopólio dos atores estatais, pois o fator preponderante para qualificar está forma de política é a personalidade jurídica do ente competente para sua elaboração. Sob outra perspectiva, chamada de multicêntrica ou policêntrica, os atores são variados, podendo as políticas públicas serem desenvolvidas por atores governamentais, organizações não governamentais e demais sujeitos independentemente de sua personalidade jurídica ser enquadrada como pública. Esta corrente admite, por exemplo, que atores não estatais liderem processos de elaboração e implementação de políticas públicas. Do ponto de vista do objetivo que se almeja, a abordagem multicêntrica se torna mais ampla e efetiva para atender os anseios da sociedade, sendo inspiração do filósofo Karl Polanyi e do cientista Elinor Ostrom (SECCHI; COELHO; PIRES, 2019).

No atual cenário nota-se que a sociedade civil, sobretudo as organizações não governamentais e as associações civis sem fins lucrativos desempenham verdadeiro protagonismo no desenvolvimento de políticas públicas aos refugiados. Por intermédio destas há a integração entre sociedade e imigrantes, o fomento ao trabalho, a oportunidade de moradia, o aprendizado da língua portuguesa, dentre outros direitos tidos como básicos e necessários a qualquer pessoa, o que acarreta a melhor reconstrução da dignidade e a reafirmação de que os migrantes tem direitos e deveres no país em que buscou refúgio. A proposta humanitária no acolhimento e apoio ao refugiado é sinônimo de busca de justiça social que se alinha com a construção de uma sociedade plural e isonômica.

O Perfil socioeconômico dos refugiados no Brasil, elaborado pela Agência da ONU para Refugiados que implementou a Cátedra Sérgio Vieria de Mello (CSVM) em cooperação com universidades e com o Comitê Nacional para Refugiados demonstra que em que pese os refugiados encontrem dificuldades no Brasil, eles acreditam na possibilidade de melhora de sua condição de vida e reconstrução de seu núcleo familiar.

A conta de tudo isso, não se pode olvidar que os entes estatais possuem papel de destaque no delineamento das políticas públicas, eis que na concepção de Estado Moderno é o governo que assume a titularidade de dirigente máximo da sociedade. Uma vez nesta posição, não se pode deixar aos problemas sociais a responsabilidade exclusiva da própria sociedade para resolvê-los. Em arremate, o Estado detém prerrogativas frente ao particular, como o monopólio do uso da força legítima, a arrecadação e controle dos recursos financeiros, o que fatalmente o coloca numa posição privilegiada para assumir o controle e responsabilidade de parte significativa das políticas públicas em prol dos refugiados.

CONCLUSÃO

Para resguardar os direitos fundamentais e sociais dos refugiados, dadas suas características de universalidade, interdependência, rol aberto, historicidade e irrenunciabilidade, são necessários mecanismos para o enfrentamento das questões que emergem na sociedade. O fato destes direitos serem assegurados, na Lei de Migrações, a todos os migrantes, não significa dizer que a sociedade está pronta e acabada para concedê-los aos indivíduos que aqui chegam nesta condição, sobretudo aos refugiados. Diversas são as dificuldades enfrentadas por estes indivíduos e, se não forem traçadas diretrizes objetivas e factíveis, no sentido de tutelar as garantias indispensáveis da condição de pessoa, teremos apenas um campo teórico em consonância com os direitos humanos, porém esvaziado de práticas que corroborem com as disposições legais internacionais e nacionais.

Reestabelecer a dignidade humana a todos aqueles que tiveram seus direitos maculados não é tarefa fácil; também não é dever único e exclusivo do Estado. A sociedade deve se despir do individualismo e dos discursos preconceituosos com relação ao outro, caso contrário, não será apenas o refugiado prejudicado na sua própria condição de existência, e sim toda a sociedade, pois colherá os frutos do insucesso que se revelarão

com os problemas sociais decorretes do mau manejo de políticas públicas em favor daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Ofertar condições de vida digna aos refugiados é respeitá-los na condição de pessoa, sendo obrigação em um Estado Democrático de Direito zelar pelo cumprimento dos preceitos de proteção dos direitos humanos tão discutido a nível internacional. O processo de acolhida de um refugiado vai muito além do país possibilitar a entrada do imigrante em solo nacional e da não devolução deste a seu país de origem. Passa por respeito a sua individualidade, a efetivação de seus direitos e sobretudo o olhar de alteridade da sociedade brasileira.

Por conseguinte, o desenvolvimento de ações e práticas para o enfrentamento dos problemas sociais que podem acometer os refugiados é, ainda que indiretamente compartilhado entre Estado e sociedade. A conduta de todos os integrantes da sociedade é decisiva para o sucesso que se busca: implementar os direitos fundamentais e sociais aos refugiados, considerando-os também como sujeitos de direitos em solo nacional, já que acima de tudo são seres humanos.

REFERÊNCIAS

ACHOTEGUI, Joseba. **La inteligencia migratoria:** manual para inmigrantes en dificuldades. Madrid: Nuevos Emprendimientos Editoriales, 2017.

BARBOSA, Carolina Bonança. **Refugiados e o trabalho em território brasileiro:** uma análise das barreiras à empregabilidade e à efetivação dos direitos trabalhistas. 1ª ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos no novo direito constitucional brasileiro. Pós-modernidade, teoria e crítica e pós-positivismo. **Revista de Direito Adminsitrativo**. Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul-set. 2001.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREIRE JR., Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito e Garantias Constitu-

cionais Fundamentais) – Curso de Direito – Faculdades de Vitória, Vitória, 2004.

GRUBBA, Leiliane Serratine. **Direitos humanos:** o sistema global das Nações Unidas. 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

REDIN, Giuliana. **Direito de imigrar:** direitos humanos e espaço público na sociedade contemporênea. 2010. Tese (Doutorado) – Curso de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010.

REFÚGIO. In: MICHAELIS, **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Editora Melhoramentos, 2021. Disponível em: < https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/refugio>. Acesso em: 2 abr. 2021

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

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Vlademir. **Políticas públicas:** conceitos, casos práticos, questões de concursos. 3ª ed. São Paulo: Cengage, 2019.

TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros:** para além do choque das civilizações. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

UNHCR. **Help UNHCR.** Como posso solicitar refúgio? Disponível em: https://help.unhcr.org/brazil/asylum-claim/como-posso-solicitar-refugio-passo-a-passo/ Acesso em: 2 abr. 2021.

WINTER, Chase. Hungria usa política de fome para se livrar de refugiados. DW Brasil, 23 ago. 2018. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/hungria-usa-pol%C3%ADtica-de-fome-para-se-livrar-de--refugiados/a-45196239. Acesso em: 3 abr. 2021.

O POSICIONAMENTO DO BRASIL APÓS A CONDENAÇÃO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO JULGAMENTO DO CASO DE DAMIÃO XIMENES LOPES

Patrícia Bortoluzzi Zago [32]
Carina dos Santos [33]

INTRODUÇÃO

O processo de construção da tutela dos direitos humanos perpassa por uma dimensão evolutiva histórica, envolvendo a positivação das diretrizes e posterior concretização das políticas públicas, as quais devem também atender a saúde mental. Nesse sentido, os direitos inerentes a todos os seres humanos advêm para conferir maior singularidade e subjetividade às pessoas, devendo ser respeitados incondicionalmente, especialmente no ordenamento interno, momento em que cada nação delibera acerca da normatização e efetivação destas políticas públicas.

No que tange a saúde mental, desde o Brasil colônia houve transformações significativas. Na época, a realidade era muito similar à do continente europeu antes do século XVII, quando a chamada loucura não era

32 Graduanda em Direito pela Universidade Franciscana (UFN).

33 Graduanda em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Graduada em Administração pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

vista como doença, mas entendida como mais um elemento do diagrama da paisagem urbana e rural e os loucos compunham a vida cotidiana, vagando livremente. Com a chegada da família real portuguesa na cidade do Rio de Janeiro em 1808, o cenário de liberdades que acompanhava a loucura se modificou, adotou-se o enclausuramento daqueles que, por qualquer razão, representassem perigo ou preocupação à ordem pública (FERRAZZA; ROCHA, 2015).

A partir de 1830, a comunidade médica brasileira, representada pela recém-criada Academia Imperial de Medicina, iniciou o movimento de insurgência contra a situação dos doentes mentais nas Santas Casas de Misericórdia, sendo as primeiras Instituições de saúde voltadas ao atendimento de doentes mentais. Neste cenário, os hospitais psiquiátricos se difundiram por muitas regiões do país, com a finalidade exclusiva de abrigar os alienados.

Em seguida, a assistência aos doentes mentais passou a ser responsabilidade médica e estatal. Esses, que outrora perambulavam pelas ruas, passaram a ser vistos como uma questão de saúde pública. Nesse contexto, emergiu a assistência psiquiátrica pública, já dentro dos moldes instituídos pelos valores da época. A assistência psiquiátrica pública adotou o manicomialismo de matriz pineliana, foram criados os hospícios, que representaram os espaços voltados ao controle e administração institucional da loucura. Essas instituições afastaram o doente mental do seu núcleo familiar e da sociedade, tornando-se lugares de maus-tratos, crueldades e desassistências (COLVERA; MACHADO, 2000).

Em 1978, o Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental demandou melhorias nas condições de trabalho dos profissionais em saúde mental, denunciando escassez de recursos nas unidades. Passaram a lutar, também, por "condições mais humanitárias de atendimento e a criticar a cronificação dos pacientes em hospitais psiquiátricos, o uso do eletrochoque" (SOUZA, 2012, p. 58).

Com os ideais democráticos e a necessidade de salvaguardar direitos humanos no país, especialmente no contexto pós-guerra e pós-ditadura, alterou-se o conceito de saúde e se lutou pela transformação do sistema de atenção à saúde mental.

A 8ª Conferência Nacional da Saúde de 1986 foi a primeira que contou com a participação dos usuários e foi aberta ao povo. Reestruturou

o conceito de saúde adotado até então, o qual passou a compreender a interdisciplinaridade, assim como a abranger outros aspectos da existência humana, como condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, lazer, liberdade, acesso à serviços de saúde e à posse de terra. Saúde passou a representar, então, direito do cidadão e dever do Estado, apontando a necessidade de integrar a política de saúde às demais políticas econômicas e sociais (BRASIL, 2019).

Por sua vez, a I Conferência Nacional de Saúde Mental de 1987 foi inovadora ao conceber a campanha "Por uma Sociedade sem Manicômios" e marcou o início do processo de desinstitucionalização nas políticas de saúde mental no país. Assinalou a necessidade de superação do modelo hospitalocêntrico para reestabelecer a autonomia do indivíduo e a retomada de direitos de cidadania. Transferiu-se o centro da atenção das instituições para as comunidades, distritos e territórios, suplantando a separação artificial do paciente, para integrá-lo à comunidade e ao núcleo familiar.

Internacionalmente, a Conferência Regional para a Reestruturação da Assistência Psiquiátrica realizada em Caracas no ano de 1990, representou um marco para a superação do modelo hospitalocêntrico. Os países da América Latina, incluindo o Brasil, comprometeram-se a reestruturar a assistência psiquiátrica, rever o papel hegemônico e centralizador do hospital psiquiátrico na prestação de serviços, assegurando que todos os recursos, cuidados e tratamentos salvaguardassem, invariavelmente, a dignidade pessoal e os direitos humanos e civis e, por fim, ajustar a legislação interna para respeitar os direitos humanos e civis dos doentes mentais. A Declaração de Caracas foi reavaliada e reafirmada em 2005 sob a forma do documento denominado "Princípios Orientadores para o Desenvolvimento da Atenção em Saúde Mental nas Américas", nele foram reconhecidas evoluções significativas na saúde mental no Brasil nos últimos 15 anos.

O presente artigo, por meio de um estudo de caso, busca estabelecer um panorama geral dos efeitos da condenação do Brasil no julgamento do caso de Damião Ximenes Lopes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente quanto ao posicionamento adotado na tutela dos direitos das pessoas com necessidades em saúde mental. Para tanto, foram apresentados aspectos relevantes do caminho trilhado pela saúde mental

no país, estabelecendo um paralelo entre a legislação brasileira relativa aos direitos dos portadores de doença mental e a influência desta condenação no posicionamento do Brasil quanto as diretrizes voltadas à saúde mental.

1. PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES LEGAIS NA TUTELA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM NECESSIDADE EM SAÚDE MENTAL

No ordenamento jurídico brasileiro a tutela à saúde mental está prevista principalmente na Lei Orgânica da Saúde, oriunda do Projeto de Lei nº 3.657/89, postulado em 1989, pelo então Deputado Federal Paulo Delgado, com o propósito da Reforma Psiquiátrica. Após mais de uma década, foi aprovado e deu origem à Lei nº 10.216/2001, que representou marco para uma nova estrutura de garantia dos direitos das pessoas com necessidades em saúde mental. Além deste marco legal, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.598/00, que estabelece diretrizes ao atendimento médico a pacientes portadores de transtorno mental e a Portaria nº 336/2002 do Ministério da Saúde, a qual versa sobre o redirecionamento do modelo assistencial de saúde mental, representam verdadeiros avanços à tutela dos doentes mentais.

Para melhor esclarecer, convém analisar especificamente os preceitos emanados por cada uma destas disposições para, posteriormente, compreender os possíveis efeitos da condenação do Brasil no julgamento do caso de Damião Ximenes Lopes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Inicialmente, a Lei nº 10.216/01 dispõe acerca dos direitos específicos dos pacientes portadores de transtornos mentais e o redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental no âmbito da reforma psiquiátrica. Traduz a concretização da correspondência entre os direitos fundamentais e a saúde mental no Brasil, visto que no preâmbulo já expõe que tem por objetivo "a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais" (BRASIL, 2001). Essa conquista, é alvitre de longo período de lutas sociais, marcado por denúncias das péssimas condições que os pacientes eram submetidos, bem como as precárias estruturas para os profissionais desenvolverem seu trabalho durante as décadas de 1970 e 1980 (TENÓRIO, 2002, p. 32).

Com o advento da referida lei, houve reorientação quanto a adoção do modelo assistencial em saúde mental. Isso porque até então era adotado o modelo centrado na primazia do hospital psiquiátrico, contexto em que eram denunciadas inúmeras violências presenciadas nos "manicômios". A partir de 1992, com a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a luta pela Reforma Psiquiátrica ganhou novas perspectivas, resultando sua edição fundada em um modelo assistencial distinto, como asseveram Costa et al. (2011).

> Com o desenvolvimento do novo modelo organizacional objetivava-se a reversão do modelo assistencial de cuidados de transtornos mentais, centrado no hospital. As condições institucionais ratificadas pela Lei nº 10.216/2001 transformaram, em política pública instituída, os objetivos originais da reforma psiquiátrica: a redução dos leitos em hospitais psiquiátricos e o desenvolvimento de alternativas assistenciais comunitárias (COSTA et al., 2011).

Dessa forma, o panorama hospitalocêntrico deu lugar ao comunitário, na assistência às pessoas com transtornos mentais. Com o advento da Lei, os objetivos originais da assistência aos doentes mentais foram retraçados a fim de engendrar equilíbrio às ações governamentais, integrando-as.

A Lei nº 10.216/2001 foi reconhecida como uma grandiosa evolução aos direitos dos doentes mentais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e foi caracterizada no Relatório da III Conferência de Saúde Mental (2001, p. 34) como sendo um poderoso instrumento na conquista da cidadania para seus destinatários (FREIRE JUNIOR; QUEIROZ; SILVA,2018, p. 262). Nesse contexto, o julgamento do caso de Ximenes Lopes operou grande impulso para que a Lei fosse aprovada e implementada.

Na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.598/2000, há disposições orientadoras ao atendimento médico aos pacientes portadores de transtorno mental. Estabelece a necessidade de normas para a correta adequação da realidade assistencial nacional aos padrões internacionais, demonstrando zelo aos Tratados dos quais o Brasil é signatário. Demonstra imperativos à assistência adequada às necessidades de saúde de cada paciente, por meio de uma equipe multiprofissional, sendo dever de cada

profissional assegurar o tratamento aos pacientes com respeito e dignidade e, em caso de omissão, pode ser denunciado e responsabilizado.

Para além desses preceitos, há a Portaria nº 336 do Ministério da Saúde. Esta estabelece esclarecimentos a respeito da estruturação dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), cujo principal objetivo é realizar o atendimento de pacientes com transtornos mentais severos e persistentes, em regime de tratamento intensivo, semi-intensivo e não intensivo (BRASIL, 2002). No mesmo sentido, a Resolução nº 1.952/2010 do Conselho Federal de Medicina advém para demonstrar expressamente a adoção e implementação do modelo de assistência integral em saúde mental adotado pelo Brasil, bem como para revogar outras resoluções, mais especificamente a nº 1407/1998 e a nº 1408/1998, cujos dispositivos estavam baseados em leis já revogadas ou com princípios totalmente diversos dos propugnados após o novo modelo assistencial.

Apesar dos avanços na busca pela concretização e efetivação dos direitos dos doentes mentais, ainda existem retrocessos evidentes, haja vista a condenação do país na Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo julgamento do caso de Damião Ximenes Lopes.

2. O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES: ANÁLISE INVESTIGATIVA

Os direitos humanos foram firmados e consolidados após a Segunda Guerra Mundial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, representando uma perspectiva de superação das atrocidades ocorridas durante os conflitos deste período. Para além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos representou o tratado internacional que estabeleceu a base para a proteção dos direitos humanos no sistema interamericano. Logo, os pactos estabelecidos, assinados e internalizados passaram a orientar diversas políticas, práticas e programas de positivação de direitos no mundo. Muitos aspectos acerca das diretrizes voltadas à garantia de direitos básicos à dignidade humana passaram a ser discutidos e difundidos.

Nesse contexto, surgiram diversos órgãos regionais no mundo, com a finalidade de implementar, garantir, efetivar e proteger os direitos positivados. Os órgãos que orientam o sistema interamericano de proteção aos

direitos humanos são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede na cidade de Washington, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sediada em San José da Costa Rica, responsáveis por traçar diretrizes importantes de ratificação dos direitos humanos. No Brasil, desde 1992, estes direcionamentos são aplicados para elaboração e alteração de normas voltadas a garantia dos direitos fundamentais, orientando também os programas de saúde pública.

O Brasil se comprometeu com o dever de emanar os valores propagados pela Declaração de 1948 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos, sob pena de ser submetido ao Órgão regional nos casos de violação do acordo. Todavia, o Brasil foi condenado pela primeira vez pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2006 no caso Ximenes Lopes por violações a direitos humanos previstos na Convenção Ameicana.

Damião Ximenes Lopes sofria de transtorno mental e epilepsia e foi internado na casa de repouso Guararapes, na cidade de Sobral no Estado do Ceará, no dia 1º de outubro de 1999 (CORTEIDH, 2006). Damião Ximenes Lopes sofreu violência física e psicológica nas dependências desta casa de repouso, resultando sua morte no dia 04 de outubro de 1999. O laudo médico descreveu as causas da morte como naturais, devido a uma parada cardiorrespiratória. Entretanto, a família de Damião alegou maus tratos por parte da instituição psiquiátrica, o que trouxe graves consequências ao quadro clínico de Damião e resultou em sua morte.

Damião Ximenes Lopes nasceu em 25 de junho de 1969, filho de Albertina Viana Lopes e Francisco Leopoldino Lopes, uma família humilde do interior do Ceará. Contava com seis irmãos, sendo um deles, Cosme, seu irmão gêmeo. Por vezes, durante a infância sofreu por crises psiquiátricas, que durante a adolescência se tornaram mais agudas. Damião geralmente se isolava, ficava quieto, não se manifestava e ignorava o que os outros lhe diziam, outras vezes, agitava-se e saia vagando sem rumo. Em uma grave crise em dezembro de 1995, Damião foi internado pela primeira vez por sua família na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, Estado do Ceará, única instituição que trabalhava com saúde mental na região.

Ficou internado por dois meses e passou então a fazer uso de medicações. Ximenes Lopes era tímido, mas reclamou do tratamento que recebeu na instituição. A família decidiu não mais interná-lo, mas três

anos depois, agravado seu quadro clínico, foi internado na mesma casa de repouso, ainda a única mais próxima da residência da família. Nesta segunda internação, a família de Damião identificou ferimentos em seu corpo após a alta, demonstrando as condições insalubres da instituição psiquiátrica. Após este episódio, Damião nunca mais fora o mesmo, já que não se alimentava e tinha dificuldades para dormir, o que deixou a família sem alternativas a não ser retornar à Cada de Repouso e realizar nova consulta médica.

No início do mês de outubro de 1999 foi sua última internação. Depois de três dias, Albertina Viana Lopes, sua mãe, voltou à casa de repouso, mas foi impedida de ver seu filho. Desesperada e já aos gritos, pôde ver Damião, mas não esperava tamanha surpresa. Ele, com as mãos amarradas para trás, vestindo roupas sujas e rasgadas, cheirando a excremento, o corpo sujo de sangue já apodrecido e com visíveis sinais de ferimentos. O médico do local atendeu Albertina e, sem muita preocupação, prescreveu medicação injetável para o paciente. A mãe voltou para casa, viajou cerca de 72 Km até Varjota, Ceará, sofrendo por ter deixado seu filho naquele local. Chegando em Varjota, já havia um telefonema à sua espera, pedindo que retornasse. Quando chegou à Casa de Repouso, apenas o corpo sem vida de seu filho a esperava e o laudo médico apontou que a morte de Damião teria sido natural por uma parada cardiorespiratória.

Para esclarecer as circunstâncias da morte de Damião, foi realizada nova necropsia, que então revelou a verdadeira causa da morte como as escoriações, sendo que o corpo tinha muitos machucados que revelavam os vários golpes sofridos em diversas regiões.

A partir da morte de Damião, a família relatou a severa realidade, pediu justiça e punição dos responsáveis ao Ministério Público, à Polícia local e à Comissão de Direitos Humanos da Assemleia Legislativa do Ceará, mas todas as tentativas, na prática, restaram infrutíferas.

> Após muita luta e insistência da família, algumas providências foram tomadas em nível local. Ocorreram auditorias, sindicâncias, a mãe de Damião propôs uma ação de indenização por danos morais, a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará investigou o caso e a Casa de Repouso Guararapes terminou com uma intervenção e descredenciamen-

> to. Procedimentos relacionados à atribuição de responsabilidade administrativa e penal foram iniciados, porém nenhum resultado prático havia sido alcançado quando da denúncia perante o sistema interamericano de direitos humanos. (FRISSO; PAIXÃO; SILVA, 2007, p. 6).

Em 22 de novembro de 1999, foi instaurado processo judicial perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), proposto por Irene Ximenes Lopes, irmã de Damião, tendo como copeticionária a organização não-governamental brasileira Justiça Global. Nos autos, denunciaram o Estado brasileiro por violação aos direitos à vida, à integridade pessoal, à proteção à honra e à dignidade e o direito a garantias judiciais. Pugnaram pela responsabilização da Casa de Repouso Guararapes e seus respectivos funcionários, como também o Estado brasileiro, todos sujeitos a pagamento pecuniário face a indenização material e imaterial pedida.

Embora os fatos comprovassem a gravidade da situação envolvendo os atores do caso, nenhum resultado efetivo ocorreu de imediato em relação a denúncia na esfera internacional. Somente em 2006, decorridos quase sete anos da morte de Damião, houve o desfecho do processo, culminando na primeira condenação do Brasil na CIDH.

No caso de Ximenes Lopes, a condenação ocorreu pela incidência dos artigos 4º, 5º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, dispõe o art. 4º acerca do direito à vida, o qual deve ser respeitado por todos e protegido pela lei, sendo que ninguém pode ser privado da vida de forma arbitrária. Já no art. 5º, há determinação acerca do direito à integridade pessoal, compreendendo o aspecto físico, psíquico e moral. Logo, como Damião encontrava-se em extrema vulnerabilidade devido a sua doença, necessitava, na verdade, de maior zelo e efetividade na promoção de seus direitos.

No que se refere ao artigo 8º, cuida-se das garantias judiciais, estabelecendo-se que toda a pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por tribunal ou juiz competente, independente e imparcial, quando da apuração de acusação penal. No caso concreto, transcorridos mais de sete anos da data dos fatos, ainda não havia responsabilidade dos autores dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes à Damião.

> Neste caso a Corte estabeleceu que, transcorridos mais de seis anos dos fatos, os autores dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, bem como da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, não foram responsabilizados, prevalecendo a impunidade (CORTEIDH, 2006, p. 80)

A Corte afirmou que o Estado brasileiro deveria ter proporcionado uma investigação efetiva e um processo judicial célere, com vistas ao esclarecimento dos fatos e à punição dos responsáveis. Também, os prazos proporcionados pelo Estado não foram razoáveis, visto que o caso não era complexo, havia cooperação da família, existia apenas uma vítima claramente identificada, e deveria, portanto, ter havido processo penal contra os supostos responsáveis dentro de um prazo razoável.

Além disso, expõe-se o art. 25, do Pacto de San Jose da Costa Rica no viés de garantir a proteção judicial para toda a pessoa submetida a ato que viole seus direitos fundamentais. Esses direitos podem ser os reconhecidos pela Constituição, pelas leis internas ou pelo Pacto, ainda que a violação tenha sido realizada por pessoa no exercício de sua função oficial.

No caso de Ximenes Lopes, a violação ao disposto no art. 25 da Convenção deu-se em razão de que foi constatado, durante o procedimento na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que os familiares da vítima não dispuseram de amplas possibilidades de serem ouvidos e de atuarem nos processos. Assim, como o Estado brasileiro não proporcionou recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, à investigação e à verdade dos fatos, violando o direito às garantias judiciais.

Um dos principais aspectos abordados pela Ilustre Corte foi o reconhecimento da responsabilidade do Estado Brasileiro por ato particular, mas que se encontrava sob a administração e inspeção do poder público. Neste sentido, os funcionários da casa de repouso Guararapes que causaram a morte de Damião eram supervisionados, seus atos eram de responsabilidade do Estado, tendo em vista que as verbas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS) remuneravam a instituição. O fato de o Estado pagar um ente particular para realizar o serviço público não o eximiu da responsabilidade primária.

Das reparações fixadas pela corte, a título de danos morais e materiais o Brasil foi condenado a pagar o montante total de US$ 136,5 mil

aos diversos familiares de Damião, divididos em valores diferentes a cada uma das partes, mais US$ 10 mil em custas e gastos pagos também a familiares de Damião, valor referente aos gastos com o ingresso ao sistema interamericano. Também, foi condenado à obrigação de investigação e punição dos responsáveis pela morte de Damião em processo interno e o transcurso em prazo razoável. Ainda, publicar o disposto no capítulo VII, relativos aos fatos que levaram à sentença e a parte resolutiva da ação, uma única vez no Diário Oficial bem como em um jornal de ampla circulação.

Por fim, o Brasil foi recomendado a investir em políticas públicas, adotando medidas necessárias à implementação de um sistema de proteção ao direito a vida e uma justiça eficaz com base no artigo 4º da CIDH, devendo, ainda, dar continuidade a programas de capacitação para os profissionais da saúde mental, a todos os envolvidos no atendimento de portadores de deficiência mental.

3. OS EFEITOS DO CASO XIMENES LOPES NO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO BRASIL ACERCA DA TUTELA DAS PESSOAS COM NECESSIDADE EM SAÚDE MENTAL

A condenação expôs a urgência no estabelecimento de novas políticas públicas para a saúde mental, em resposta às demandas da CIDH em 1999, exigindo investimentos, adotando medidas necessárias à implementação de um sistema de proteção ao direito a vida, com base no artigo 4o da Convenção Americana dos Direitos Humanos. As recomendações da Corte foram no sentido de que houvesse o desenvolvimento de novas políticas públicas, promovendo melhoria no atendimento aos pacientes, por meio de capacitação dos profissionais que atuam na área, como médicos, psiquiatras, assistentes sociais e terapeutas ocupacionais. Além disso, houve estabelecimento de ordem para cumprir com os princípios internacionais sobre pessoas portadoras de deficiência mental.

Quanto à efetivação, houve o desenvolvimento do Programa Permanente de Formação de Recursos Humanos para a Reforma Psiquiátrica e outros cursos de especialização voltados à qualificação dos profissionais multidisciplinares que atuam nos Centros de Apoio Psicossociais (CAPS), bem avaliado pela CORTEIDH.

> Este Tribunal destaca o fato de que em 3 de novembro de 2005 o Estado deu ao Centro de Atenção Psicossocial de Sobral (CAPS), instalado na cidade de Sobral no âmbito da criação da Rede de Atenção Integral à Saúde Mental, o nome de "Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes". O Estado também deu à sala em que se realizou a Terceira Conferência de Saúde Mental o nome do senhor Damião Ximenes Lopes. Isso contribui para conscientizar quanto à não-repetição de fatos lesivos como os ocorridos neste caso e manter viva a memória da vítima. (CORTEIDH, 2006).

O caso de Ximenes Lopes contribuiu para que o projeto de lei do qual advém a Lei nº 10.216/2001 fosse incentivado e rapidamente aprovado pelo Congresso Nacional. O advento da Lei foi destacado pela CIDH.

> Em 2001, aprovou-se a Lei n° 10.216, cuja base é a defesa dos direitos do paciente mental, a mudança do modelo de assistência em instituições como a Casa de Repouso Guararapes por uma rede de cuidados aberta e localizada na comunidade e o controle externo da internação psiquiátrica involuntária, nos termos propostos pela Declaração de Direitos do Paciente Mental da ONU de 1991. (CORTEIDH, 2006).

Essa nova política busca a promoção da integração social, bem como o fortalecimento da autonomia, do protagonismo do indivíduo portador de doença mental. Dessa forma, resta estabelecida pelo Ministério da Saúde a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) circunscrita pelo Sistema Único de Saúde. A rede engendra diversas entidades que buscam a assistência integral, como o Serviço Residencial Terapêutico (SRT) e o Programa de Volta para Casa.

No ano de 2008, o desenvolvimento dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) se tornou mais efetivo, e houve a criação dos Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF), integrados à rede de atenção em saúde mental, a fim de realizar um atendimento diferenciado a família, como residências terapêuticas e ambulatórios. O Residencial Terapêutico (SRT), que visa a reinserção do paciente ao convívio social e familiar, não é efetivo devido ao alto custo de manutenção. O Programa de Volta para

Casa, apresenta problemas, atende poucos pacientes, sendo que, apenas 1/3 dos internados de longa permanência eram beneficiados com o programa em 2010. Em relação ao Ambulatório Multiprofissional de Saúde Mental, também apresenta deficiências (CORREIA; ROSATO, 2011).

Embora empregados esforços para melhorar a qualidade das políticas públicas, a Corte avaliou que o Brasil prestou contas de forma geral, mas não foi claro a respeito dos programas de saúde empreendidos, tampouco em relação ao detalhamento das práticas desenvolvidas nos cursos de capacitação disponibilizados aos profissionais da saúde. Sendo assim, a CIDH considerou, de acordo com o último relatório de supervisão, que o Brasil não alcançou resultados satisfatórios no objetivo de atender todas as obrigações impostas na sentença, especialmente no que se refere às políticas públicas, há falhas no sistema de saúde mental brasileiro. Isso porque não se comprovou a real efetividade das mudanças, agravados por novos episódios de mortes por maus tratos nas dependências de casas psiquiátricas posterior a 1999.

> O sistema é ineficaz, pois ainda persistem 35.426 leitos ativos em hospitais psiquiátricos, muito embora já tenha ocorrido o fechamento de 16 mil leitos, a expressiva quantidade de leitos ativos demonstra a carência nas políticas públicas (CORREIA; ROSATO, 2011).

Portanto, houve avanços na formulação de novas políticas públicas. Todavia, mesmo representando um ponto positivo, o Brasil não foi exitoso na proteção aos direitos fundamentais na área da saúde (KOHLS; LEAL, 2018). Principalmente, restaram insuficientes as ações do poder Executivo e Judiciário na busca e punição dos culpados diretos pela morte de Damião, verdade e justiça essenciais à família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos são a base para a positivação dos direitos fundamentais. Sendo assim, tutelar os direitos do indivíduo é imprescindível, bem como adotar medidas efetivas que respeitem às particularidades e necessidades de cada um. O presente caso nos remete a uma reflexão acerca da humanização da saúde mental.

Diante de todo o arcabouço teórico acima pautado, verifica-se a busca pela superação do modelo manicomialista para priorizar a emancipação do doente mental e a garantia de seus direitos como cidadão, por meio do redirecionamento das políticas públicas do modelo assistencial hospitalocêntrico para o comunitário. A ressignificação da saúde e os passos trilhados na busca por uma sociedade mais solidária, igualitária e justa são fatores que lançam um novo olhar sobre as pessoas que necessitam de saúde mental no Brasil. As instituições psiquiátricas brasileiras progrediram nas políticas voltadas a saúde mental, relativas à estruturação e ao desenvolvimento de novas práticas e tratamentos. Todavia, o caso apresentado demonstra as falhas de um sistema de saúde ineficiente.

Por fim, os princípios da Igualdade, da Dignidade Humana, da Fraternidade e da Solidariedade são as diretrizes basilares, orientando as ações diárias voltadas a garantir a vida, a saúde e a segurança dos doentes com necessidades em saúde mental e seus familiares. A saúde mental representa um grande desafio para sociedade, devendo envolver a todos, Estado, Poder Judiciário, profissionais da saúde, instituições, bem como familiares dos portadores de doença e deficiência mental, conduzidos por valores éticos, morais e humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.216**, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <L10216 (planalto.gov.br)>

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. 8ª Conferência Nacional de Saúde. **8ª Conferência Nacional de Saúde: quando o SUS ganhou forma**. Brasília, 22 maio 2019. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/592-8-conferencia-nacional-de-saude-quando-o-sus-ganhou-forma. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 336**, de 19 de fevereiro de 2002. Disponível em: <Ministério da Saéde (saude.gov.br)>

COLVERA, L.; MACHADO, A. Cuidado da enfermagem em saúde mental: desafio da modernidade. In: JORGE, M.; SILVA, W.; OLI-

VEIRA, F. (Orgs.). **Saúde mental: da prática psiquiátrica asilar ao 3º milênio.** São Paulo: Lemos, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.598**, 18 de agosto de 2000. Disponível em: <TERMO DE ATESTO - 1598_2000.pdf (cfm.org.br)>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.952**, 7 de julho de 2010. Disponível em: <1952_2010.htm - 1952_2010.pdf (cfm.org.br)>.

CORREIA, Ludmila; ROSATO, Cássia. Caso Damião Ximenes Lopes: Mudanças e Desafios Após a Primeira Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. Disponível em: http://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur15-port-cassia-maria-rosato-and-ludmila-cerqueira-correia.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. **CORTEIDH**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

COSTA, Nilson do Rosário et al. Reforma Psiquiátrica, Federalismo e Descentralização da Saúde Pública no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011001300009. Acesso em: 26 mar. 2021.

FERRAZZA, Daniele Andrade; ROCHA, Luiz Carlos da. Sobre a reforma psiquiátrica brasileira: história e âmbitos atuais de luta. **Unisc. Barbarói.** Revista do Departamento de Ciências Humanas. Disponível em: https://*on-line*.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/5690. Acesso em: 23 mar. 2021.

FREIRE JUNIOR, Antônio; QUEIROZ, Adson; SILVA, Zairo. A reforma psiquiátrica brasileira à luz do direito internacional dos direitos humanos: reflexos do caso ximenes lopes vs. Brasil. **Os Desafios do**

Direito Internacional Contemporâneo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

FRISSO, Giovana; PAIXÃO, Cristiano; SILVA, Janaína. Caso Ximenes Lopes versus Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos: Relato e Reconstrução Jurisprudencial. **Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública**. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

KOHLS, Cleize; LEAL, Monica. Direitos fundamentais e o dever de proteção: uma análise pautada no sistema constitucional e na decisão do caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Portal Periódicos Unoesc**. Disponível em: https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/6490/pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

SOUZA, Vinícius Rauber e. **Contrarreforma psiquiátrica: o modelo hospitalocêntrico nas políticas públicas em saúde mental no rio grande do sul.** Dissertação (Doutorado) – Curso de Ciências Sociais. *In*: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4703/1/438729.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021.

TENÓRIO, F. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. *In*: **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0104-59702002000100003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 27 mar. 2021.

O EMPREGO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL EM CONTRAPONTO COM A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Adriane Luiza Sodré de Souza[34]
Gabriela Perrelli de Melo[35]

INTRODUÇÃO

O incremento de novas tecnologias alcançou todos os ramos da sociedade, inclusive o universo jurídico. Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem apoiado o aprimoramento do uso da inteligência artificial nos processos de tomada de decisão nos órgãos judiciais brasileiros.

Segundo o painel de projetos com inteligência artificial no Poder Judiciário, já existem 41 projetos em funcionamento, dos quais 46% englobam o tratamento de dados pessoais, enquanto 41% atuam no tratamento

34 Mestranda em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Maurício de Nassau e em Direito de Estado pela Universidade Anhanguera. Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

35 Mestra em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Participou do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Católica de Pernambuco, obtendo menção honrosa. Advogada.

de informações de identificação pessoal (CNJ, 2020). Nesse cenário, surge o seguinte questionamento: a tomada de decisões judiciais por meio da Inteligência Artificial (IA) possibilitará a evolução axiológica e o reconhecimento de novos direitos humanos e fundamentais?

Pretende-se, neste artigo, analisar a (in)suficiência na realização de julgamentos proferidos por inteligência artificial, concernentes aos direitos humanos e fundamentais, no que diz respeito à sua evolução axiológica e inovadora. A escolha específica dos direitos humanos e fundamentais está relacionada tanto às peculiaridades quanto às suas características, forma de construção e tratamento diferenciado conferido pelos ordenamentos jurídicos. Deste modo, pretende-se realizar uma abordagem particularizada, sobretudo no que se refere à característica da historicidade e dinamicidade na criação de novos direitos, bem como na mudança de sentido daqueles já reconhecidos.

A pesquisa realizada será de cunho teórico, exploratório, bibliográfico e documental. O procedimento instrumental, que resultará no alcance dos objetivos, consistirá na leitura e estudo aprofundado de doutrina, artigos científicos, análise de princípios e legislação pertinente. O conteúdo será do tipo expositivo e argumentativo, pois além de descrever os fenômenos e institutos que se constituem no objeto da pesquisa, também serão apresentadas críticas e estratégias de argumentação. Com a finalidade de solucionar a problemática apresentada, buscar-se-á, de forma fundamentada, confrontar os diferentes posicionamentos teóricos quanto à temática, através do método dialético.

Na primeira seção, serão estudados os conceitos e características dos direitos humanos e fundamentais, com ênfase na historicidade. Em seguida, será delimitado o conceito de Inteligência Artificial, as suas principais características e utilização no Poder Judiciário. Na última parte será analisado o papel do julgador e a revisão judicial na criação e salvaguarda de direitos e na evolução dos direitos humanos e fundamentais.

A temática é atual e relevante ao mundo jurídico, em razão do crescimento da utilização da Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário, bem como diante da inexistência de uma lei nacional disciplinadora. O objeto de estudo também apresenta importância social, visto que a salvaguarda e evolução dos direitos humanos e fundamentais é condição necessária para a concretização de uma vida digna.

1. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS INERENTES AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Na concepção de Norberto Bobbio (2013), os direitos humanos despontam como direitos naturais universais, os quais se desenvolvem quando as Constituições incorporam Declarações de Direitos, para finalmente alcançar a plena realização como direitos positivos universais.

Ingo Sarlet (2011) traça uma distinção pela qual os direitos fundamentais seriam os direitos humanos afirmados na ordem constitucional de certo Estado, enquanto os direitos humanos guardariam relação com os documentos de Direito Internacional, sendo dotados de um caráter supranacional e universal, estendendo-se para toda a humanidade.

Por sua vez, Flávia Piovesan (2013), afirma que os direitos humanos decorrem de uma dinâmica histórica não linear, fruto de um processo evolutivo da construção humana:

> A historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório. (PIOVESAN, 2013, p. 117).

Em razão da historicidade, os direitos humanos podem tanto se consagrar, como também desaparecer em um cenário posterior diante das mudanças e anseios sociais. Pode-se afirmar que são direitos "nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (BOBBIO, 2004, p. 5).

Acerca da temporalidade, remete-se à obra "*The right to privacy",* escrita em 1890, na qual as fotografias instantâneas e as práticas jornalísticas ameaçavam as esferas da vida privada e doméstica. No presente, a nova sociedade se preocupa com a propagação da realidade aumentada e reconhecimento facial, a multiplicação dos aplicativos, dentre outras inovações. Por isso, defende-se uma releitura dinâmica do direito à privacidade, não se limitando

à sua concepção positivada, e sim, a partir do contexto sociocultural, para alcançar a sua efetividade. (MISUGI; FREITAS; EFING, 2016).

José Afonso da Silva (1982) tratou da aplicabilidade mínima das normas constitucionais: ainda que algumas delas não pudessem produzir todos os seus efeitos, todas as normas constitucionais eram capazes de produzir ao menos alguns efeitos, como servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade e, especialmente, estabelecer um dever para o legislador infraconstitucional.

Ingo Sarlet (2011), sob outra ótica, mas concluindo de modo similar, trata da decisão do Constituinte em determinar expressamente, por meio do art. 5º, §1º, da Constituição Federal (CF) de 1988, que todos os direitos fundamentais sejam normas de aplicabilidade imediata. Por esta razão, ainda que se trate de norma carecedora da atuação do legislador para obter a sua eficácia plena, a norma já terá a força de produzir efeitos imediatos, para gerar direito subjetivo para o titular.

É importante saber que o teor do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988 (CF), corresponde a uma cláusula aberta, admitindo o conceito material de direitos fundamentais, aceitando, para além da designação formal, os direitos que abranjam em seu conteúdo a dignidade da pessoa humana e que, devido à sua importância, possam ser equiparados (SARLET, 2011). Desse modo, é reconhecida a existência de direitos fundamentais explicitados em outros dispositivos constitucionais, em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, além da possibilidade de contemplar direitos fundamentais implícitos ou decorrentes de princípios constitucionais (SARLET, 2011). A própria Suprema Corte brasileira também já decidiu neste sentido quando do julgamento na ADI 939/DF (STF, 1993). O STF assim entende por que muitas vezes, mesmo um direito estando previsto fora do rol do art. 5º ou mesmo fora do Título II da CF, a Constituição não pode ser interpretada com dispositivos de forma isolada, pois ela é um todo sistemático. Por conseguinte, não é preciso estar topograficamente localizado no art. 5º para ser considerado um direito fundamental e, logo, uma cláusula pétrea.

Insta salientar que o artigo 60, §4º da CF de 1988 elenca as denominadas cláusulas pétreas, as quais não podem ser abolidas pelo processo de emenda à Constituição porque compõem o núcleo material intangível, composto pelos seus valores fundamentais. Conforme Flávia Piovesan

(2013), estão sob este manto protetivo os tratados de direitos humanos, os direitos elencados nos tratados internacionais que o Brasil tenha subscrito, assim como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição Federal. Para além das regras, também os princípios passaram a ser entendidos como normas jurídicas, de modo que ambos compartilham do mesmo nível de ordem hierárquica no ordenamento. Trata-se do pós-positivismo.

Segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais, os princípios são mandamentos de otimização, são normas *prima facie*, cuja satisfação depende de possibilidades fáticas e jurídicas. Por seu turno, as regras são normas que contêm razões definitivas, salvo exceções. A distinção, portanto, é de ordem qualitativa e não hierárquica (ALEXY, 2008).

Robert Alexy (2008) explica que os princípios possuem valor axiológico mais facilmente perceptível do que as regras, além do diferencial de poderem ser reconhecidos implicitamente. Segundo o autor, as decisões judiciais comumente difundem entendimentos acerca do que deve ser o direito.

A equivalência entre princípios e regras no que diz respeito à sua importância para o ordenamento jurídico correspondeu a um avanço para a Teoria dos Direitos Fundamentais. Alçando os dois o mesmo patamar de norma jurídica, conferiu-se deferência à atividade intelectiva do magistrado. O juiz, cujo trabalho antes era mecânico (mera "boca da lei") e pautado por paradigma racionalista (SILVA, 2006), passou a ser instado a trabalhar valorativamente.

Isso foi necessário. As demandas são complexas e percebeu-se a falibilidade do Legislativo, pois não consegue produzir regras para todos os conflitos de uma sociedade, muito menos é capaz de antever todas as lides que possam vir a existir. Como bem aduz Ovidio (2006) ao tratar dos pensamentos de Savigny e de Leibniz, somos herdeiros da ilusão de transformar o direito numa ciência tão exata quanto a matemática. Em realidade, o direito é muito mais complexo.

2. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA UTILIZAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O desenvolvimento da tecnologia da Inteligência Artificial (IA) é responsável por conferir a programas de computador a capacidade de apren-

dizado para atuar de forma autônoma, independentemente de uma instrução específica imposta por um ser humano (PIRES, 2017).

As aplicações da Inteligência Artificial podem ser definidas em três áreas. Através da *Natural Language Processing* os computadores analisam, compreendem e concluem com base na fala; por esta razão é utilizada para realizar traduções e analisar sentimentos. (TACCA; ROCHA, 2018.) Nesse campo específico, podem ser considerados problemas de aprendizagem a parte da marcação do discurso, reconhecimento dos institutos nomeados, a análise fora de contexto, ou ainda, a análise de sua dependência (MOHRI; ROSTAMIZADEH; TALWALKAR, 2018).

A segunda técnica, *Machine Learning,* é aplicada através de métodos computacionais que utilizam a experiência alcançada pela análise das informações anteriores disponibilizadas para a máquina aprendiz, as quais normalmente assumem o formato de dados eletrônicos coletados. Cabe salientar que o sucesso no aprendizado teórico para um algoritmo, dependerá da complexidade das classes de conceito analisados, bem como do tamanho da amostra de dados (MOHRI; ROSTAMIZADEH; TALWALKAR, 2018).

Com efeito, o aprendizado da máquina está ligado à compreensão de algoritmos personalizados e direcionados à execução de funções preditivas, denominadas de generalização, que consiste na habilidade de extrair o comportamento subjacente de dados pretéritos, e prever com exatidão, os dados desconhecidos. Ressalta-se, que esse modelo de aprendizagem, necessita de um impulso inicial de dados e informações, as quais podem nascer ou desenvolver-se de forma defeituosa, fraudulenta ou tendenciosa (FREITAS, 2019).

A última técnica, *Deep Learning,* "permite que os computadores aprendam com a experiência e entendam o mundo em termos de uma hierarquia de conceitos" (GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, 2016). Assim, não há a necessidade da intervenção humana em especificar todo o conhecimento para a máquina. Através da hierarquia dos conceitos, o computador irá compreender conceitos complexos construindo-os a partir de outros mais simples (GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, 2016).

Ainda sobre o tema, Chagas (2019) afirma que a *Deep Learning* se configura como "um subgrupo das técnicas de *Machine Learning*, que ge-

ralmente utilizam-se de redes neurais profundas e precisam de um grande volume de informações para o treinamento". Esse sistema cria padrões básicos das informações, os quais permitem que as máquinas aprendam e se desenvolvam mediante a identificação dos padrões em camadas de processamento.

Para Kaster (2019), a aprendizagem das máquinas depende da projeção de ontologias que possam ser alimentadas de forma automática ou semiautomática. Contudo, existe uma grande dificuldade na criação de ontologias no campo das Ciências Jurídicas, pois tratam de questões sociais e envolvem interações humanas. Logo, as leis e a jurisprudência, por conseguinte as próprias ontologias são incapazes de prever todas essas possíveis interações.

Na seara jurídica, os dados preditivos serão construídos baseados na legislação vigente, jurisprudência pacificada e no teor dos julgados anteriores. Assim, é de suma importância avaliar a qualidade dos dados inseridos para a realização da atividade preditiva para o desempenho adequado da máquina. Nesse viés, importa entender que existe um caráter subjetivo inerente aos objetivos, percepções e prioridades advindos das escolhas do seu criador, que representam os pontos cegos nos algoritmos. (NUNES; MARQUES, 2018).

Outro fator diz respeito à dificuldade que os programadores e engenheiros encontrarão em "traduzir valores éticos e fundamentais em demandas que afetam decisivamente a vida das pessoas" (NEGRI, 2020, p. 2).

No âmbito internacional, os sistemas de IA já realizaram decisões de mérito, a maioria baseada em casos de pouca complexidade ou que foram resolvidas através de classificação binária, como o veredicto de culpado ou inocente, sem fornecer graus de valoração da condenação (SALVO, 2020).

Rodrigo Salvo (2020) narra caso real, ocorrido nos Estados Unidos, no qual, pessoas foram condenadas indevidamente, mediante o uso de um sistema de IA. Na situação, durante o processo de treinamento do sistema de IA, foram inseridos dados históricos de decisões anteriores, tomadas pelas Corte Americana. Ocorre que os seus fundamentos decisórios se pautaram em critérios discriminatórios, nos quais pessoas negras e pobres eram condenadas, enquanto as brancas e ricas eram absolvidas. Os dados, portanto, criaram um "erro", uma predisposição do sistema a

repetir aquelas mesmas discriminações, aprendidas como corretas (SALVO, 2020).

Como no caso apresentado, se os valores aprendidos representarem desigualdades, o uso da IA, nas tomadas de decisões, poderá perpetuá-las ou contribuir para o seu crescimento, através do *feedback loop* (NUNES; MARQUES, 2018).

Dentre os projetos em andamento no Poder Judiciário brasileiro, cabe destacar o programa de IA, denominado Victor pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e desenvolvido para identificar temas de repercussão geral em sede de recursos extraordinários, com maior celeridade. (STAATS; MORAIS, 2020).

A título de exemplo em sede estadual, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) adota o RADAR, hábil a realizar a indexação automática de processos, a fim de promover a identificação mais ágil de demandas repetitivas (STAATS; MORAIS, 2020). Vale mencionar que no ano de 2018, o RADAR identificou e reuniu recursos com pedidos idênticos, e possibilitou a 8ª Câmara Cível do TJMG, julgar 280 processos com apenas um "clique" no computador. Na ocasião, os Desembargadores relatores elaboraram o voto de forma padronizada, a partir de teses fixadas pelos Tribunais Superiores e pelo próprio TJMG. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2018).

No Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) tem sido utilizada a ELLIS, na realização de triagem dos processos de execução fiscal mediante a verificação de questões como ocorrência de prescrição, competência do juízo e incoerências cadastrais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Nesse cenário, conforme o painel de projetos com inteligência artificial do CNJ (2020), em regra, a tecnologia da inteligência artificial é direcionada para a realização de triagens processuais, classificação, agrupamento de processos ou atendimento virtual. Ainda não existe no Poder Judiciário brasileiro uma tecnologia de Inteligência Artificial em funcionamento capaz de realizar decisões complexas inerentes a julgamentos e decisões que devam ser realizados mediante um exercício complexo de valoração. Contudo, com avanço das tecnologias essa é uma realidade eminente ante o avanço das tecnologias e que deve desde já ser estudada e avaliada. Ademais, não existe lei nacional disciplinadora, apenas algumas

resoluções do CNJ, como a de n. 332 de 21/08/2020, a qual dispõe sobre governança, ética e transparência na produção e uso da IA no Poder Judiciário (CNJ, 2020).

No âmbito internacional, cabe mencionar as Diretrizes da União Europeia de 2017, como importante marco na regulamentação da robótica, mas que é precária em diversos pontos; dentre eles, está a ausência de elementos que visem o não impedimento do desenvolvimento tecnológico e econômico em andamento (PEREIRA et al., 2020).

3. O PAPEL DA REVISÃO JUDICIAL NA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

A grande preocupação quanto à possibilidade da máquina tomar decisões judiciais complexas, principalmente quanto aos conceitos e princípios de direitos humanos e fundamentais, diz respeito à condição da atividade judicante possuir uma função criativa e valorativa. Messias (2013) assim entende:

> É nesse ponto que entra a função criativa do juiz, pois se a criação jurisdicional fosse nula, os *hard cases* (casos em que ainda não há precedente sobre o tema, devendo o magistrado refletir, pela primeira vez sobre o assunto, já diante do caso concreto que se apresenta) não poderiam ser resolvidos. Inclusive, é justamente porque o judiciário tem o dever de solucionar todo e qualquer caso que se apresente, incluindo os "difíceis", que ele tem o poder da criatividade. Em suma: a criatividade jurisdicional serve, acima de tudo, para evitar o *non liquet*.

A postura criativa adotada pelo juiz na tomada de decisão é instrumento importante para a concretização dos valores constitucionais, sobretudo diante de omissões legislativas ou quando o texto legal carece de um esforço interpretativo. Nesse sentido, denomina-se ativismo judicial "a hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade é a de concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional" (GRANJA, 2014, p. 3.467).

É aqui que se difere ativismo judicial de judicialização. Ambos são fenômenos presentes em nosso ordenamento jurídico, porém ocorrem em momentos distintos. Enquanto a judicialização corresponde à atitude de

submissão de questões à Corte (logo, um movimento de entrada de determinado tema para a órbita e, por conseguinte, apreciação pelo Judiciário), o ativismo judicial corresponde ao comportamento de um tribunal ou juiz no momento de sua resposta à lide (portanto, um movimento de saída) (MELO, 2020; BARROSO, 2011).

A judicialização é uma realidade concebida no nosso sistema, no desenho constitucional brasileiro. Decorre do próprio texto constitucional. Outrossim, ocorre muitas vezes diante da falha e da inércia do Executivo e do Legislativo (CASTRO, 1996; NUNES JÚNIOR, 2014). A nível mundial, na verdade, tornou-se uma prática comum associar democracia ao mecanismo – muito embora o *status* de condição necessária não seja verdadeiro (GRIMM, 2011). Já o ativismo consiste, em termos gerais, numa atitude de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance, procurando extrair o máximo das potencialidades do Diploma (BARROSO, 2011). O comportamento oposto ao ativismo judicial é chamado de autocontenção, mas todo esse processo de entrada e de saída pode ser chamado de revisão judicial.

Conforme entendimento de Granja (2014), o julgador, por vezes, precisará analisar a particularidade do caso concreto, criando o precedente jurisprudencial, que servirá como diretriz para julgamentos posteriores, podendo até mesmo antecipar-se à produção da lei.

Outras vezes, a Corte pode criar direitos ao superar os seus próprios precedentes. Exemplo disso foi o emblemático caso *Brown v. Board of Education*, amplamente referendado como exemplo de proteção de minorias e um marco na garantia das liberdades civis (BAUM, 2010). Com ele, foi superado o precedente *Plessy v. Ferguson*, passando a ser inconstitucional a segregação racial entre estudantes brancos e negros em escolas públicas. Não obstante a polaridade entre as críticas ao julgamento de *Brown*, o otimismo quanto à revisão judicial continuou presente, por entender que traria um efeito positivo para a sociedade a longo prazo (LIMA, 2014).

Deste modo, a revisão judicial concebe alternativas para certas dificuldades pertencentes ao positivismo, mas sem o afastamento do devido processo legal, podendo os efeitos seguintes serem apontados como os principais na seara dos direitos fundamentais:

> i)o deslocamento da teoria dos direitos fundamentais como direitos subjetivos para a da teoria dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores constitucionais; e ii) o deslocamento da centralidade normativa exclusiva da figura do legislador para uma descentralização da produção normativa também para os demais órgãos que exercem função de poder (como o Judiciário e o Executivo) e até por atores não estatais ou quase estatais com influência política em seus âmbitos (como entidades e organizações nacionais e internacionais) (PETER, 2015, p. 82).

Nesse viés, partindo-se de uma hermenêutica construtiva, a lei deve ser aplicada prestigiando os fins do Direito. Logo, é salutar que o julgador exerça atividade reflexiva, buscando conciliar a razão com a justiça, e evite a aplicação das normas jurídicas com rigidez. No enfrentamento de caso em concreto, com impasse entre fato e valor, a norma deve ser flexibilizada, pois "o hiato entre a verdade e o significado é preenchido pelo reconhecimento da importância do valor na experiência jurídica" (LAFER, p. 283, 1991).

Na era pós-moderna, a grande ameaça à vida, liberdade e segurança "podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condições de usá-las" (BOBBIO, 2013, p.209). Essa citação corrobora a relevância das ponderações apresentadas, visto que a utilização da IA, na tomada de decisões judiciais, requer estudo e cautela. A celeridade processual e a inovação tecnológica, não podem obstar a proteção, a evolução axiológica e o surgimento de novos direitos humanos e fundamentais.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o emprego da Inteligência Artificial no Poder Judiciário brasileiro ainda é muito incipiente. Não existe ainda em funcionamento uma máquina que realize a tomada de decisão judicial com análise de mérito, de forma independente, apenas utilizando-se do conhecimento adquirido com base na experiência ou como resultado da realização de análise preditiva.

Mesmo nas hipóteses da replicação de decisões judiciais pela máquina em demandas repetitivas, a partir da elaboração de voto padrão, a atividade-

de decisória é executada pelos Desembargadores. A contribuição da inteligência artificial, nesses casos, consiste em conferir celeridade à marcha processual.

São notáveis as contribuições advindas dos avanços da inteligência artificial, sobretudo para impulsionar o andamento processual, o que condiz o princípio constitucional da duração razoável do processo, além de ensejar economia e eficiência do Poder Judiciário. Todavia, tais benesses não podem implicar na violação de outros direitos e garantais fundamentais.

Em virtude da característica da historicidade, os direitos humanos e fundamentais tanto podem ser consagrados, como também desaparecer em um cenário futuro em razão das transformações sociais. Nesse movimento, destaca-se a relevância da revisão judicial, exercida através da tomada de decisão após o exame das particularidades dos casos concretos, que são devidamente interpretados, valorados e julgados de modo sincronizado com o contexto e momento social vivenciado.

Introduzir a IA indistintamente, não considerando a existência dos *hard cases*, equivale a retroceder ao positivismo e ao paradigma racionalista, quando a Escola da Exegese defendia reduzir o papel do Judiciário à reprodução de uma lei. A história e a filosofia, todavia, já mostraram o quão complexos os casos submetidos à análise judicial podem se mostrar, culminando na falibilidade da crença cega não apenas no Legislativo, mas também em um sistema cuja atividade do juiz é puramente matemática. A interpretação é necessária.

Nota-se que o aprendizado da máquina pode ser defeituoso, ainda que baseado em decisões legais anteriores, à época daquela tomada de decisão, os valores eram outros. Sem a capacidade de percepção humana e ausente a função criativa do julgador, a inteligência artificial replicará o passado, engessando o surgimento do novo, sobretudo ao julgar os *hard cases.*

Ademais, foram apontadas aqui experiências no âmbito internacional, de tomada de decisão realizadas por inteligência artificial, as quais demonstraram a ocorrência de erros graves e falhas procedimentais, que culminaram em enviesamentos algorítimicos multiplicáveis, resultando danos a direitos consagrados com valor supremo: dignidade da pessoa humana, liberdade e privacidade. Nessa toada, urge atentar que inexistem recursos que propiciem plenamente o exercício do controle, fiscalização e transparência em todo o procedimento, desde os aspectos subjetivos do

responsável por inserir os dados na máquina, como os aspectos objetivos inerentes à qualidade e quantidade dessas informações.

Adicione-se que, em virtude da falta de regulamentação legislativa nacional sobre a utilização da inteligência artificial como tomadora de decisão, questões relativas à responsabilização por erros decorrente da conduta humana no controle da máquina ou, até mesmo, defeitos de ordem tecnológica ou em decorrência dos avanços da evolução do conhecimento autônomo da máquina, certamente gerariam, no mínimo, insegurança jurídica.

Por tais razões, os benefícios relacionados à celeridade processual não se sustentam quando sopesados com os riscos da realização de tomada de decisão por uma inteligência artificial, bem como com a salvaguarda e evolução axiológica dos direitos humanos e fundamentais. Logo, no atual cenário do Poder Judiciário brasileiro, as decisões judiciais devem continuar a serem proferidas por magistrados, pessoas humanas, com a capacidade intelectual e sensitiva necessárias para propiciar os avanços contínuos e efetivar a aplicação sempre atualizada e em consonância com as necessidades e valores sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, n. 21, p. 83-122, 2011.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, p. 23, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos.** 7tir. Rio de janeiro: Elsevier, 2004. 217 p.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: **XX Encontro Anual da ANPOCS** – Caxambu. Minas Gerais: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), 1996.

CHAGAS, Edgar Thiago de Oliveira. **Deep Learning e suas aplicações na atualidade. Revista Científica Multidisciplinar Nú-**

cleo do Conhecimento. ano 4, ed. 5, v. 4, p. 05-26 maio 2019. DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/administracao/deep-learning. Acesso em: 20 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel dá transparência a projetos de inteligência artificial no Judiciário.** 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/painel-da-transparencia-a-projetos-de-inteligencia-artificial-no-judiciario. Acesso em: 17 jan. 2021.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editora Revista dos Tribunais, 1982.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344516315_ANALISE_PREDITIVA_E_DECISOES_JUDICIAIS_controversia_ou_realidade_PREDICTIVE_ANALYTICS_JUDICIAL_DECISIONS_controversy_or_reality Acesso em: 18 jan. 2021.

GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. Book Review: **Deep Learning.** Cambridge, MA, USA: The MIT Press. 2016. DOI: https://doi.org/10.4258/hir.2016.22.4.351 Acesso em: 3 abr. 2021.

GRANJA, Cícero Alexandre. O Ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro-RIDB.** Ano 3, n. 5, p. 3463-3490, 2014. Disponível em: http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/publicacoes/ridb/RIDB-052014.pdf Acesso em: 21 jan. 2021.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**, n. 21, p. 25-44, 2011.

KASTER, Gerson Bovi; ROVER, Aires José. Revisão sistemática: ontologias e inteligência artificial aplicadas ao Direito. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis,

v. 1, n. 18, p. 80-93, 2019. Disponível em: https://docplayer.com.br/199640511-Revisao-sistematica-ontologias-e-inteligencia--artificial-aplicadas-ao-direito.html Acesso em: 18 jan. 2021.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e Política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MELO, Gabriela Perrelli. **Judicialização e o Jogo Político Democrático**: o STF em reação aos partidos políticos. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2020.

MESSIAS, João Lucas Souto Gil. Notas sobre a jurisdição como função criativa do juiz. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3637, 16 jun. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/24717. Acesso em: 21 jan. 2021.

MISUGI, Guilherme; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Releitura da privacidade diante das novas tecnologias: realidade aumentada, reconhecimento facial e internet das coisas. **Revista Jurídica Cesumar**. maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 427-453. DOI: http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n2p427-453 Acesso em: 22 jan. 2021.

MOHRI, Mehryar; ROSTAMIZADEH, Afshin; TALWALKAR, Ameet. **Foundations of machine learning**. 2 ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 2018.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho Avila**.** Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na inteligência artificial. **Revista Pensar,** Fortaleza, v. 25, n. 3, p. 1-14, jul-set. 2020. DOI: https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.10178 Acesso em: 17 jan. 2021.

NUNES JUNIOR, Amandino Teireixa. **A judicialização da política no Brasil**: análise das decisões do TSE e do STF sobre a verticalização das coligações e fidelidade partidária. 2014. 200 f. Tese (Douto-

rado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, vol. 285/2018, p. 421 – 447, Nov, 2018, DTR\2018\20746. Disponível em:https://www.academia.edu/37764508/intelig%c3%8ancia_artificial_e_direito_processual_vieses_algor%c3%8dtmicos_e_os_riscos_de_atribui%c3%87%c3%83o_de_fun%c3%87%c3%83o_decis%c3%93ria_%c3%80s_m%c3%81quinas_artificial_intelligence_and_procedural_law_algorithmic_bias_and_the_risks_of_assignment_of_decision_making_function_to_machines Acesso em:17 jan. 2021.

PEREIRA, A. C. DE S.; BRUNO, A. L. B.; AZEVEDO, A. M. DE; PINHEIRO, C. DA R.; CAMPOS, L. M. H.; ORNELLAS, N. V. A.; PAIXÃO, V. P. Inteligência artificial e direitos humanos: impactos e dilemas éticos atuais. **Homa Publica – Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas**, v. 4, n. 1, p. e:059, 30 jan. 2020. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30504#:~:text=O%20problema%20de%20pesquisa%20possui,Europeia%20no%20ano%20de%202019. Acesso em: 17 jan. 2021.

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3094 Acesso em: 21 jan. 2021.

PIOVESAN, Flávia**. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**.14. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 238-254, 2017. Disponível em: ht-

tps://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4951 Acesso em: 17 jan. 2021.

SALVO, Rodrigo de Vasconcelos. **Juízes artificiais:** Aplicação da Inteligência Artificial no julgamento de processos. Uberlândia, MG, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/30070/1/JuizesArtificiaisAplica%C3%A7%C3%A3o.pdf Acesso em: 15 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STAATS, Sabrina Daiane; MORAIS, Fausto Santos de. O programa RADAR como auxílio na resolução das demandas repetitivas e garantia de eficiência processual. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 2, n. 20, p. 61-69, 2020. Disponível em: https://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/342 Acesso em: 15 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 939/DF – Distrito Federal**. Relator: Min. Sydney Sanches. Data de julgamento: 15/12/1993. Data de publicação 18/03/1994. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1571506. Acesso em: 4 abr. 2021.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 38.2, jul./dez. 2018. Disponível em: http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493 Acesso em: 15 jan. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Assessoria de Comunicação Institucional. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.YGkFch9KiUk Acesso em: 3 abr. 2021.

COLISÃO ENTRE OS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À PRIVACIDADE

Isaura Raquel Castagnari[36]
Joana Schwan Estrada[37]
Verena Dias Barboza Munhoz[38]

INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, muito se discute a respeito de direitos constitucionais. Nessa esteira, podem-se destacar as discussões e dúvidas que se encontram no conflito existente entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade. Esses princípios encontram os seus suportes normativos e extraem as suas validades diretamente do texto da Constituição Federal de 1988, visto que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e, assim, tem como fundamento, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, consubstanciados na plena liberdade de expressão e na preservação da privacidade.

É importante destacar que este trabalho tem por finalidade apresentar as características dos dois princípios constitucionais, as discussões doutri-

36 Acadêmica do 3º ano de Direito da Universidade Estadual de Maringá.

37 Acadêmica do 3º ano de Direito da Universidade Estadual de Maringá.

38 Acadêmica do 3º ano de Direito da Universidade Estadual de Maringá.

nárias acerca dos conflitos entre à liberdade de expressão e à privacidade e, ainda, as possibilidades de soluções desses conflitos.

Na sequência, passa-se ao exame e desenvolvimento do princípio da liberdade de expressão, sua importância, bem como as suas consequências e responsabilidades, para a seguir, do mesmo modo, expor o direito à privacidade e seus parâmetros normativos. Em consonância com o tema, apresenta-se o problema do conflito ou colisão entre à liberdade de expressão e o direito à privacidade e as suas possibilidades de interpretação, assim como a utilização da técnica de ponderação. Por fim, demonstra-se a posição e a análise da interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Nesta pesquisa será utilizado o método dedutivo, utilizando como base doutrinas, artigos, jurisprudência e a legislação brasileira, observando-se a pesquisa bibliográfica.

1. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade é tema controverso, discutida desde tempos longínquos, e se reflete no estudo da filosofia e expande para diversas áreas, inclusive a jurídica. Juridicamente, assim se dispõe sobre a noção de liberdade:

> Faculdade ou o poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. A liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritiva ao exercício da atividade. (SILVA,1961, p. 490).

Nessa medida, convém tecer algumas considerações históricas sobre a liberdade de expressão.

1.1. HISTÓRIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A proteção à liberdade de expressão remonta à cultura grega com o conceito de isegoria, um dos traços mais marcantes da democracia da Grécia Antiga, que era motivo de orgulho dos atenienses e era garantido

pela politeia, em que todos podiam usar igualmente a fala nas assembleias públicas (DE FARIAS, 2001, p. 48).

Em consequência, é seguro afirmar que este direito é proveniente de um período relativamente recente, sendo que sua proclamação como direito subjetivo foi para consolidar o Estado liberal em contraposição ao Antigo Regime (DE FARIAS, 2001, p. 49). Portanto, a liberdade de expressão e comunicação foi uma conquista, em especial da Inglaterra, país pioneiro, quando por meio de seu Parlamento resolveu não reiterar o *Licensing Act*, em 1695, que previa censura prévia. Entretanto a primeira menção expressa do direito à liberdade foi na *Magna Carta Libertatum*, emanada em 1215 pelo Rei João Sem Terra ao garantir o *Habeas Corpus* (NUNES, 2013, p. 1)

Nos Estados Unidos, o *Virginia Bill of Rights* de 1776 proclamou a liberdade da imprensa como um dos baluartes da liberdade, enquanto na França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabeleceu a livre manifestação do pensamento e da opinião como um dos direitos mais preciosos ao homem. Não obstante, a liberdade de expressão e comunicação integra o *International Bill of Rights* (NUNES, 2013, p. 1).

Assim, ao lado do direito à igualdade, o direito à liberdade, em especial à liberdade de expressão, encontra-se atualmente no texto de diversas Constituições, inclusive na Constituição brasileira, sendo assegurados aos cidadãos, sem exceção, nos termos da lei.

1.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988, que enquadra o Brasil como um Estado Democrático de Direito, dispõe em seu art. 5º, inciso IV – "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; inciso IX – "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Consagra, ainda, no seu art. 220, *caput*, que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". (BRASIL, 1988)

Nos subsequentes parágrafos do art. 220 da CF, em especial no § 2º, veda-se toda censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988)

Tem-se, portanto, que a liberdade de expressão, em sentido amplo, abarca a liberdade de informar e de ser informado, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa. Essa liberdade deve ser exercida em sua plenitude, honrando os conceitos basilares em busca de uma sociedade justa e igualitária, sendo a liberdade de informação um pressuposto fundamental para o direito de respeito à vida privada (ALVES, 2003, p. 2). Desse modo, a liberdade de imprensa significa que os meios de comunicação são livres para publicar suas opiniões, manifestando críticas, informações e, ainda, podendo investigar e denunciar se necessário, desde que a divulgação dessas informações seja feita de modo responsável e que tenha compromisso com a verdade, seja objetiva, precisa e equilibrada (ALVES, 2003, p. 2).

A liberdade de expressão e de informação são tidas como alguns dos direitos mais elementares e é entendida como sendo escolha do indivíduo a livre manifestação de seus entendimentos e ideias por meio de palavras, imagens ou qualquer outro meio, pois a democracia inexiste sem a liberdade de expressão.

2. DIREITO À PRIVACIDADE

2.1. ORIGEM DO DIREITO À PRIVACIDADE

A privacidade é um direito que o ser humano carrega desde a época das culturas hebraica, grega e da China antiga, era o direito de estar sozinho, porém como a vida se desenvolvia em espaços públicos, não se tinha intimidade. No Império Romano, a vida privada era vista de forma negativa. Assim, até o fim da Idade Média as relações eram coletivistas. Nos anos 1950 é que a vida privada e a intimidade se tornaram direitos autônomos, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Na realidade, a proteção internacional do direito à privacidade se sobressaiu em 1948 na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ela afirmava no art. 5° que "toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar". Também foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no mesmo ano, a Declaração Universal de Direitos do Homem, que enunciava em seu Art. 12 que "ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação" (OLIVEIRA, 2014, p. 1).

No ordenamento jurídico brasileiro, embora houvesse previsões sobre a proteção aos direitos fundamentais nas Constituições, como a inviolabilidade de domicílio, sigilo das correspondências e das comunicações, foi na Constituição Federal de 1988 que se destacou a proteção à vida privada e à intimidade, o artigo 5º, inciso X, estabelece: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". É preciso lembrar que o direito à vida privada tem destaque no art. 21 do Código Civil: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (OLIVEIRA, 2014, p. 1).

2.2 ABRANGÊNCIA DO DIREITO À PRIVACIDADE

Privacidade é um direito que pertencente à pessoa, fora do âmbito do Estado, inerente a qualquer indivíduo para proteger sua vida particular, como vida doméstica, relações familiares e afetivas, hábitos, nome, imagem e segredos. O direito à privacidade abrange o direito à intimidade, à honra, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas. (ANDRADE, 2015)

Dessa forma, o direito à intimidade faz parte da abrangência do direito à privacidade, é um direito inalienável, de cunho individualista, pois o direito à intimidade está amplamente ligado a ideia de guardar o indivíduo, protegendo-o da exposição aos outros. (BARROS,2009, p.29) O Estado também deve respeitar esse direito, porém a exceção existe em caso de estado de emergência e de ruptura de legalidade, onde pode ocorrer violação de direitos à vida privada e à intimidade. (OLIVEIRA, 2014, p. 1).

Já quanto ao direito à honra e à dignidade, o Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto 678 de 1992, assegura em seu art. 11 a sua proteção (OLIVEIRA, 2014). De outro lado, o direito à imagem, por exemplo, segundo o art.666, inciso X, do Código Civil dispõe que: "A pessoa representada e seus sucessores diretos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto."

Diante desse quadro, sobreleva salientar que os direitos da personalidade são absolutos, indisponíveis, inalienáveis, intransmissíveis, impres-

critíveis, irrenunciáveis e impenhoráveis, portanto, os direitos da personalidade asseguram à pessoa a defesa do que lhe é próprio, como integridade física, intelectual e moral (FERRETO, 2001, p. 1).

2.3. NÍVEIS DE PRIVACIDADE

Quanto aos níveis de privacidade existe o nível privado, íntimo e secreto, para explicar há a teoria das esferas do direito alemão, é uma limitação da liberdade individual no plano social que necessita de tutela jurídica, então a intensidade dessa tutela jurídica deve variar de forma inversamente proporcional à sociabilidade do comportamento. Assim, quanto mais interno dentro das esferas estiver o comportamento, mais intensa deve ser a proteção jurídica (HIRATA, 2017, p.1).

A teoria das esferas divide, desse modo, a noção de privacidade em três esferas chamadas de *Privatsphäre*, *Intimsphäre* e *Geheimsphäre* (esfera privada, íntima e secreta). Na primeira, a esfera privada, se encontram aspectos da vida da pessoa excluídos do conhecimento de terceiros (HIRATA, 2017, p.1).

A esfera íntima é a segunda, sendo valores do âmbito da intimidade, com acesso restrito a determinados indivíduos (HIRATA, 2017, p. 1).

Por fim, a menor e mais interna esfera, a do segredo, referindo-se ao sigilo. Essa teoria é criticada pelo fato de não se pode determinar as fronteiras que dividem as três esferas, assim como no direito brasileiro os conceitos de vida privada e intimidade estão contidos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal: "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". (HIRATA, 2017, p.1)

3. COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE

3.1 CONCEITO DE NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

É importante diferenciar as acepções de normas, princípios e regras na área jurídica. Explica José Afonso da Silva (2019) que normas são preceitos que administram momentos subjetivos entre as pessoas jurídicas ou físicas.

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de tutelar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se as exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem (SILVA, 2019, p. 93).

De outro lado, os princípios, ainda segundo Jose Afonso da Silva (2019) irradiam em todo o sistema jurídico brasileiro. São, [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensação' nos quais confluem valores e bens constitucionais (SILVA, 2019, p. 94).

De acordo com Luís Roberto Barroso (2003, p. 144) as regras são majoritariamente objetivas, descritivas e limitadas a determinados fatos, quando ocorre conflito entre regras, apenas uma será aplicada ao caso concreto. Em comparação, os princípios constituem valores da sociedade que devem ser protegidos, em hipótese de conflito, neste caso, o intérprete deverá utilizar racionalmente a ponderação, visando medir a eficácia de cada norma levando em consideração o caso concreto, pois ambos os princípios são importantes para o agente.

É importe destacar que ambos são normas, ou seja, descrevem condutas a serem seguidas pela sociedade, já que derivam da mesma, possuem também uma sanção para os seus transgressores, para Maria Helena Diniz são elementos fundamentais da norma, a imperatividade que vai ser responsável por definir as condutas e a "autorizante" que concede ao lesado o direito de exigir reparação dos danos que sofreu. (DINIZ, 2012, p. 381-406).

Por fim, a principal diferenciação entre regras e princípios se encontra na abrangência e na aplicação da norma, no qual os princípios influenciam todo o ordenamento e, em casos de colisão, não se pode deixar de aplicar um princípio tendo em vista outro, ao contrário do que acontece com as regras, além disso, as mesmas gerenciam apenas uma determinada situação concreta.

3.2 COLISÃO DE PRINCÍPIOS

Os dois princípios, liberdade de expressão e privacidade, têm seu suporte normativo no mesmo estatuto jurídico, a Constituição Federal de

1988, sendo, portanto, do mesmo nível hierárquico. Com certa frequência, a livre expressão choca-se com os direitos fundamentais e as garantias individuais.

Segundo Sergio Cavalieri Filho (1996):

> Sempre que princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos.

Ambos são direitos da personalidade, logo, são direitos autônomos dos quais todo indivíduo é titular. São atributos inerentes ao ser humano e que expressam a própria dignidade humana, portanto são atribuídos a todos e incluídos pelos textos constitucionais em geral, e sua violação produz repercussão econômica ou patrimonial, trazendo várias possibilidades de reparação, como o direito de resposta e/ou a indenização por dano moral, consoante Constituição Federal de 1988 no art. 5º, incisos: V e X BRASIL. Constituição (1988).

Por classificação da doutrina, os direitos da personalidade convergem-se em direitos à integridade física e direitos à integridade moral, no qual se destacam os direitos à honra, vida privada, intimidade, imagem, entre outros. (BARROSO, 2004, p. 28). Com efeito, observa-se, especificamente, o conflito entre à liberdade de expressão e o direito à privacidade que, conforme Gilmar Mendes expõe (2019):

> Exemplo de típica colisão em sentido estrito se verifica justamente nas situações de contrariedade, ainda que aparentes, entre a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, artigo 5º, IX) e a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas (CF, artigo 5º, X).

Desse modo, analisa-se neste artigo a interpretação normativa e o modo de sua solução diante de colisão de direitos fundamentais.

3.3. MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL E A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

Desta forma, é relevante salientar que os critérios tradicionais de interpretação, que Barroso explica pelo processo de análise do fato e pela busca de uma norma jurídica que encaixe a situação, levando em consideração os elementos de interpretação, também chamado de método subsuntivo, ainda são utilizados no direito e resolvem boa parte dos processos jurídicos, se tratando de regras. (BARROSO, 2003, p. 151).

Entretanto, quando se discorre sobre o direito constitucional, atualmente, se pode perceber os conflitos entre princípios constitucionais, isso ocorre por haver a proteção de direitos fundamentais diversos que possuem a mesma posição no ordenamento e entram em choque no momento de aplicação ao caso concreto, salvo casos que o legislativo expressamente limita a aplicação do princípio. Nos casos de colisão não se pode escolher uma norma e excluir a outra que também é viável ao caso, pois não há hierarquia entre esses princípios. (BARROSO, 2003, p. 151).

Em suma, surge a necessidade de elaborar meios para lidar com essas colisões entre direitos fundamentais, que levem em consideração todos os aspectos das normas que regulam o caso concreto, mesmo que uma se sobreponha sobre a outra, ambas serão contempladas. Nesse contexto, é criada a técnica de ponderação, que segundo Barroso (2003, p. 153) é usada em casos complexos, em síntese essa técnica mede os direitos e normas que serão aplicados nos casos concretos.

Barroso acrescenta ainda que a ponderação pode ser considerada um método que possui três fases, na primeira ocorre a identificação das normas que se encaixam as circunstâncias fáticas e observar se há algum conflito entre elas, na segunda fase realiza-se a análise do fato e das consequências e desdobramentos que cada norma traria a ele, por fim na última fase acontece a decisão, todas as fases são observadas de forma cumulativa e estudadas tendo por fim escolher a norma que vai prevalecer e sua força dentro do caso concreto.

É essencial para esse processo a argumentação, que concede causa para distintas decisões, a argumentação visa encontrar elementos jurídicos, universalidades e princípios constitucionais visando atingir uma ponderação racionalizada (BARROSO, 2003, p. 154-161). Nessa perspectiva, Edilson Pereira de Farias (2001) afirma que há dois casos em que acontecem a colisão, a forma estrita e a forma ampla:

> A colisão de direitos fundamentais pode ocorrer de duas maneiras: (i) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão de direitos fundamentais em sentido estrito); (ii) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de bens coletivos protegidos constitucionalmente (colisão de direitos fundamentais em sentido amplo).

Portanto, pode-se observar que a ponderação é utilizada quando os métodos tradicionais de interpretação são insuficientes, objetivando harmonizar a aplicação do direito de acordo com o caso concreto, conforme interpretação do STF.

4. INTERPRETAÇÃO DO STF

O Supremo Tribunal Federal, guardião e intérprete da constituição, tem decidido as colisões entre princípios constitucionais, especialmente, entre o conflito existente entre à liberdade de expressão e o direito à privacidade.

Nesse sentido, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4.815, julgada pelo STF, onde houve um conflito entre a liberdade de expressão do escritor Paulo César de Araújo, que produziu uma biografia não autorizada e a privacidade do cantor Roberto Carlos. A relatora dessa ação foi a ministra Cármen Lúcia, que assim decidiu:

> O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de

> criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4.815, DF.

Nota-se, neste caso, que o STF faz uso da ponderação para deliberar, prevalecendo o princípio à liberdade de expressão e informação do escritor da biografia não autorizada, frente ao direito à intimidade do cantor Roberto Carlos, que se demonstra mais restrita quando se trata de pessoas públicas, pelo fato do seu trabalho consistir em constantes exposições.

Além disso, a exigência de autorização prévia de biografias, traz consigo uma série de prejuízos, como menciona Barroso em seu voto, tal como, a diminuição de obras biográficas, e aumento de obras autorizadas que serão de acordo com a pessoa biografada ou sua família, levando então a uma ocultação histórica. Portanto, neste caso, especialmente, prevaleceu o princípio à liberdade de expressão do escritor Paulo César de Araújo sobre o direito à privacidade do cantor Roberto Carlos, pois este é uma pessoa pública.

CONCLUSÃO

O direito à liberdade de expressão e o direto à privacidade são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e estão inscritos na Constituição Federal de 1988. Esses princípios se encontram no mesmo plano hierárquico e, em determinados casos, chocam-se entre si, causando as colisões ou conflitos entre princípios constitucionais.

Para resolver a colisão entre princípios constitucionais, os intérpretes utilizam a técnica da ponderação, por meio da qual é realizada a análise da situação fática e tomada a decisão de qual princípio deve preponderar no caso concreto.

Para aclarar a questão, foi apresentada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, julgada pelo STF, referente a biografia não autorizada, publicada pelo escritor Paulo César de Araújo sobre a vida do cantor Roberto Carlos. O Supremo Tribunal Federal, por meio de seus ministros,

utilizou a técnica da ponderação e julgaram no sentido que, neste caso específico, deve preponderar o direito à liberdade de expressão e informação em face do direito à privacidade.

Por todo o exposto, pode-se concluir que a forma de solucionar as situações em que acontecem colisões ou conflitos entre princípios constitucionais, depende da situação fática ou do caso concreto sob análise, por meio da técnica da ponderação, a qual contempla todos os aspectos dos princípios constitucionais em conflito, e resolve a questão da colisão, com a prevalência de só um princípio constitucional, contudo não suprime totalmente a incidência do princípio preterido.

REFERÊNCIAS

ALVES, Daniela Ferro Affonso Rodrigues. Direito à Privacidade e Liberdade de Expressão**. Revista da EMERJ**, v.6, n. 24, 2003, p. 2.

ANDRADE, Geraldo. **Direito à Privacidade:** intimidade, vida privada e imagem, 2015. Disponível em: <https://quentasol.jusbrasil.com.br/artigos/214374415/direito-a-privacidade-intimidade-vida-privada-e-imagem>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado.** 2.ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação: **i**nterpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 02 Mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DE FARIAS, Edilsom Pereira. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional.** Tese (Pós-graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito:** Introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 23 ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

FERRETO, Regina. **Direito à imagem.** 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2306/direito-a-imagem>. Acesso em: 25 fev. 2020.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Tomo direito administrativo e constitucional, 2017. Disponível em: <https://enciclopedia-juridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 27 out. 2020.

MENDES, Gilmar. **Liberdade de expressão e Direitos de personalidade.** Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao-direitos-personalidade>. Acesso em: 28 fev. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **O direito à liberdade de expressão e direito à imagem.** Disponível em: <flaviotartuce.adv.br> Acesso em: 24 fev. 2020.

OLIVEIRA, Rogerio Donizetti. **Direito à intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-intimidade-e-sua-protecao-baseada-nos-direitos-humanos--no-mundo/>. Acesso em: 25 fev. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42.ed, São Paulo; Malheiros, 2019.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Forense, 15 ed.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815**, DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP HYPERLINK >. Acesso em: 27 fev. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RIO DE JANEIRO. II Grupo de Câmaras Cíveis. **Emb. Infr. na Ap. Civ. nº 1996.005.00005**. Maioria. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho. J. 05 jun. 1996.

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: CONCEPÇÕES TEÓRICAS E UTILIZAÇÃO NA LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA EM DIREITOS HUMANOS

Mariana Coelho Prado[39]
Ana Luiza Gregorio Vidotti[40]

INTRODUÇÃO

O artigo versará sobre o princípio da proibição do retrocesso social como um importante corolário para a litigância estratégica em Direitos Humanos[41]. Ao longo da pesquisa percebeu-se que o princípio, se mais utilizado, poderia promover efeitos importantes para essa temática. O objetivo do presente artigo é partir de uma concepção teórica do princípio e

39 Estudante de Direito do último ano da graduação na Faculdade Armando Álvares Penteado e pesquisadora empírica do direito, principalmente na temática dos direitos humanos.

40 Mestranda em Direito e Desenvolvimento na FGV Direito SP, com apoio da bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa e da Bolsa PROSUC-CAPES. É Bacharel em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

41 O artigo é derivado da monografia publicada pela Escola de Formação Pública, intitulada *Partidos políticos e organizações da sociedade civil como indutores da litigância estratégica: percepção do princípio da proibição do retrocesso social* (PRADO, 2020).

atingir a perspectiva de que o princípio se sustenta como fundamento da litigância estratégica em Direitos Humanos.

O questionamento norte do referido trabalho é entender por que princípios importantes para os Direitos Humanos não são aplicados em outras áreas do direito, principalmente o Direito Penal. Surge disso o recorte da pesquisa, que, aliado à dura luta em favor de uma garantia fundamental-constitucional, qual seja, a defesa da presunção de inocência, muito pautada pelo precedente emblemático que foi a decretação do estado de coisas inconstitucional nos presídios, colaborou para a conexão entre o uso do princípio nos Direitos Humanos e no Direito Penal.

Mas mais do que isso, foi pela importância da temática que buscou-se defender a batalha pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal como importante luta pelo não retrocesso no Direito Penal, ao permitir que haja nova discussão sobre presunção de inocência, um princípio que é tido como cláusula pétrea para o Direito Penal. Nesse sentido, foi escolhida a discussão da presunção de inocência como exemplo de que modificações em interpretações jurisprudenciais já consolidadas, seja no Direito Penal, seja em outros ramos do direito, precisam ser defendidas sob a égide da vedação do retrocesso social.

Optou-se, pois, por destrinchar a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social dentro do Direito Penal, por essa área do direito ser talvez a área que mais precise conviver com os Direitos Humanos. Afinal, o Direito Penal tem como bens jurídicos a vida e a liberdade, os bens jurídicos mais importantes a serem tutelados. É por isso que, mais ainda do que em outras searas, o princípio da vedação do retrocesso social como um filtro para barbáries deveria ser utilizado, o que será, ao longo desta pesquisa, analisado e refletido.

Busca-se entender o porquê de o princípio da proibição do retrocesso social não ser encontrado frequentemente para fundamentar demandas de litigância estratégica que envolvam Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direito Penal. O artigo teve como fundamento uma pesquisa escrita pela autora Mariana Coelho Prado, sob orientação da coautora Ana Luiza Gregorio Vidotti, no âmbito da Escola de Formação Pública, da Sociedade Brasileira de Direito Público, na qual estudou-se o que litigantes em direitos fundamentais percebiam sobre o uso do princípio no cotidiano da litigância estratégica contra retrocessos sociais.

Dessa forma, o artigo abordará, como dito, a concepção teórica do princípio da proibição do retrocesso, e se dividirá em três seções. A primeira será destinada a um compilado histórico sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e sobre como o princípio da vedação do retrocesso se encaixa perfeitamente bem nessas temáticas; a segunda trará definições de termos importantes para a pesquisa e o terceiro abordará a aplicação do princípio na prática da litigância estratégica em Direitos Humanos. Por fim, conclui-se que a maior utilização desse princípio pode promover um aprimoramento da prática da litigância estratégica contra retrocessos sociais.

1. RETROSPECTIVA HISTÓRICA

Assim sendo, em razão do que já foi exposto, torna-se muito importante contextualizar o princípio da proibição do retrocesso social. Dessa forma, para melhor identificar em qual área sua incidência é mais influente, optou-se por tecer breve recapitulação da construção histórica dos Direitos Humanos. E nesse sentido, após lento e doloroso processo do enfrentamento de guerras e batalhas brutais entre potências universais, inicia-se essa recapitulação histórica.

No ano de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, correspondendo à lógica do Direito Internacional instituído pela Carta das Nações Unidas. Por ser uma lista de obrigações morais, a Declaração precisou ser complementada por dois pactos relativos a Direitos Humanos, sendo eles o Pacto de Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992a) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992b), ambos datados de 1966.

É fundamental lembrar que, para que ascendesse à fase da afirmação dos Direitos Humanos e a compreensão de que são eles direitos universais e positivos, foi necessário vivenciar um processo em que os direitos, antes eram vistos como direitos do homem, fossem reconhecidos não mais de modo restrito a cada Estado. Nessa concepção universalista de Direitos Humanos inserida na Declaração Universal, os direitos compreendem toda a humanidade e não têm mais fronteiras, sendo os direitos do homem assim transformados em direitos do cidadão do mundo.

Tal Declaração foi emitida pela Assembleia Geral da ONU respeitando o ideal comum de atingir a todos os povos e todas as nações, a fim de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade se esforçasse, através do ensino e da educação, e procurasse proteger, respeitar e promover todos os direitos ali firmados. Além disso, foi a Declaração adotada, de acordo com Belisário dos Santos Jr. (2012), como uma linguagem de resistência de grupos opositores a regimes de arbítrio.

É extremamente importante, também, salientar a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. São Direitos Humanos os direitos intrinsecamente relacionados à condição humana e que estão previstos em documentos internacionais. Em contrapartida, Direitos Fundamentais são aqueles previstos nacionalmente, ou seja, de estatura constitucional.

Nessa seara, faz-se necessário apontar entendimento de Ingo Sarlet (2017), quando desmembra tais diferenciações, ao dizer:

> [...] a Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF/88) se caracteriza por uma diversidade semântica, valendo-se de termos diversos ao referir-se aos Direitos Fundamentais. Em caráter ilustrativo, referem-se as expressões a) Direitos Humanos (art. 4º, II), b) Direitos e Garantias Fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º), c) direitos e deveres individuais e coletivos (epígrafe do respectivo capítulo), d) liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV).

O fato de haver uma diversidade terminológica em matéria de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais faz a diferenciação entre as duas definições abranger distintas causas. Ao que parece, a expressão Direitos Humanos é mais difundida também na esfera não jurídica, ou seja, dentre as ciências humanas como a Sociologia, Antropologia e Filosofia, enquanto os Direitos Fundamentais se restringem mais ao universo jurídico, até por estarem intimamente ligados ao Direito Constitucional.

Aliás, é importante ressaltar que essa divisão parte da concepção contemporânea de Direitos Humanos, a qual veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. E, ainda, dentro dessa categoria de Direitos

Fundamentais, existem os direitos individuais (artigo 5º, CF/88) e os direitos sociais (artigo 6º, CF/88). Essa concepção universalista dos Direitos Humano é decorrente do pós-guerra, como salienta Flávia Piovesan (2019, p. 16):

> Essa concepção é fruto da internacionalização dos Direitos Humanos, que constitui um movimento recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de Direitos Humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões de pessoas, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça – a raça pura ariana.

É importante frisar, pois, que a partir da fixação dessa concepção de Direitos Humanos, diversos países se comprometeram a realizar um esforço conjunto para eliminar toda e qualquer forma de desrespeito a direitos considerados essenciais e comuns a todas as pessoas. Dessa feita, foi e deve ser sempre respeitada a escala de valores criada universalmente pela comunidade internacional.

Em seu preâmbulo, a Declaração Universal de Direitos Humanos expõe que devem ser protegidos os valores inseridos no documento internacional "pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão". Ou seja, estudar e defender a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social nos Direitos Humanos, sendo ele diretamente atrelado aos direitos mais intrínsecos dos cidadãos, é uma analogia pertinente considerando o preâmbulo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, [2021]).

As violações aos Direitos Humanos após o massacre do Carandiru, em 1992 (CUSTÓDIO, 2014), não deveriam mais ser banalizadas, principalmente quando se cumula a violação de Direitos Humanos e de garantias penais e processuais penais. Entretanto, por mais que existam

recomendações de como agir para evitar tratamentos desumanos e preconceituosos e para coibir a Seletividade Penal, permanecem acontecendo e sendo relativizadas chacinas em comunidades como Paraisópolis (CARTA CAPITAL, 2019), em 2020, mortes de ativistas sociais como Marielle Franco (PENNAFORT, 2021) em 2018, e Leila Arruda (ISTOÉ, 2020), em 2020 etc. Dentre esses, outros acontecimentos demonstram que, infelizmente, o princípio da proibição do retrocesso social não vem sendo utilizado no Brasil como poderia ser, ou seja, não representa a filtragem constitucional de condutas que violem cláusulas pétreas.

A fim de desmembrar os impactos desse instituto, comentado tanto em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e também inserido como princípio implícito na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, [2020]), enfatiza-se que a essência de sua implementação está no respeito à preservação mínima do núcleo essencial de direitos que não pode ser flexibilizado ou alterado por norma superveniente. E, como visto acima com os exemplos de casos reticentes, deve ser um princípio valorizado e utilizado em fundamentações de defesas de Direitos Humanos e Fundamentais.

Nesse sentido, o intuito da proibição do retrocesso como corolário é limitar a reversibilidade dos direitos adquiridos, demandando, pois, ora uma atuação positiva do Estado como forma de vedar contrarrevoluções ou evoluções reacionárias no campo dos direitos sociais, ora uma obrigação negativa por parte também do Estado, para não permitir que violações aos direitos sociais ocorram. Afinal, cabe reforçar que os princípios constitucionais só fazem sentido no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, e principalmente quando o país é periférico e precisa de princípios fortes para manter sua estabilidade.

É notório que os advogados e estudantes de direito precisam efetivar a busca da paz social e da justiça dentro e fora dos limites nacionais em que vivem. E a pesquisa acadêmica em direito, muito antes do aprimoramento pessoal de cada estudante, deve retribuir algo à sociedade e apresentar uma justificativa plausível para que o direito caminhe para ser um instrumento de transformação social.

Tomando como panorama de uso do princípio o Direito comparado, a vedação ao retrocesso social começou a ser mais debatida e estudada no meio jurídico principalmente a partir da década de 1970 e do início da

década de 1980, sendo amplamente utilizada no Tribunal Constitucional Português. O acórdão que ficou conhecido como *leading case* foi o Acórdão 39/1984, que versava sobre o Serviço Nacional de Saúde, conforme relatado por Cristina Queiroz.

Dito isso, e concluída a etapa de construção histórica e contextualização do porquê da escolha desse tema para o artigo, seguir-se-á para a etapa de fundamentações teóricas, que serão essenciais para o desenvolvimento do artigo. Afinal, o princípio que prima pelo respeito e valorização dos Direitos Humanos e pelo não retorno ao que já foi conquistado em sede de Estado Democrático de Direito conecta-se diretamente à litigância estratégica em Direitos Humanos.

1.1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A fim de que sejam mais bem compreendidos os termos centrais do artigo, nesta seção, além do princípio que norteou toda a pesquisa, ora o princípio da proibição do retrocesso, buscarei elucidar melhor, através de compilações de construções teóricas, o termo litigância estratégica (BARCELLOS, 2017).

O princípio da proibição do retrocesso como meio argumentativo para a consolidação de um novo paradigma de direitos foi inicialmente abordado no Tribunal Constitucional Português, em decisão proferida no AC. 39/84. Destaca-se o seguinte trecho (CONTO, 2008):

> [...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Em relação a esse paradigma, afirmou Canotilho, profundo estudioso do princípio da proibição do retrocesso, que "uma vez tendo contemplado um direito social, não pode eliminá-lo posteriormente retornando

sobre seus passos" (CANOTILHO, 1993), trecho esse que foi destacado na jurisprudência portuguesa no referido acórdão (PRADO, 2020).

De forma a comparar as experiências internacionais que utilizaram esse princípio – tendo como maior exemplo Portugal – e a experiência nacional, há de se buscar definições mais concretas sobre o princípio a partir de doutrinas conhecidas. Respaldado no respeito à democracia e na realização dos Direitos Fundamentais de acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017), o princípio da proibição do retrocesso é aquele segundo o qual não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, uma verdadeira limitação que atinja seu núcleo essencial (PRADO, 2020).

Dessa forma, vê-se que tal instituto baseia-se na vedação de eliminar ou restringir um direito já concretizado e que precisa ser protegido. O instituto, também denominado princípio da vedação ao retrocesso ou conhecido como *"effet cliquet"*, abrange não somente os direitos sociais, como todos os Direitos Humanos (PRADO, 2020).

No âmbito internacional, o princípio da proibição do retrocesso encontra-se respaldado pelo artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e está completamente atrelado à concepção de Estado Democrático do Direito (PRADO, 2020).

E tratando-se desse intercâmbio entre Direito Penal, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, vale esclarecer a diferença entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Para tanto ressalta-se exposição de Ingo Sarlet (2011, p.77):

> [...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos fundamentalidade formal, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados. agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal.

Acrescenta-se a essa diferenciação entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos o fato de que os Direitos Humanos são divididos por di-

mensões, ou seja, há uma razão de ser da divisão entre os Direitos Humanos a depender da evolução contexto histórico-social (PRADO, 2020).

A primeira dimensão está ligada aos direitos de "liberdade", ou seja, àqueles que têm como titular os indivíduos, tendo como exemplos o direito à vida, à liberdade e à intimidade. A segunda traz como exemplo os direitos sociais, culturais e econômicos, isto é, os direitos de "igualdade". E a terceira dimensão está atrelada aos direitos ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, ou seja, os direitos de "fraternidade". Há, por sinal, ainda quem defenda a existência de uma quarta dimensão de Direitos Humanos, que são aqueles direitos que ascendem com a globalização, por exemplo os direitos à democracia, ao pluralismo e à integração (PRADO, 2020).

E, diferentemente dos Direitos Fundamentais, os direitos transcendentais que são respeitados internacionalmente, conforme a documentação de cada país, a concepção de Direitos Humanos a ser seguida no presente trabalho é a de Flávia Piovesan (2007, p.16), qual seja, a concepção universalista dos Direitos Humanos. Sobre tal concepção, salienta-se:

> Os universalistas concebem os Direitos Humanos como direitos decorrentes da dignidade humana e com valor intrínseco à condição humana, defendendo a existência de um mínimo ético irredutível, cujo alcance pode até ser discutível de acordo com a cultura adotada, mas que não perde seu caráter de inerência à condição humana como tal; de sorte que, ainda que se possa falar em variabilidade de direitos a partir da diversidade de tradições, existirá sempre um ponto de partida comum a todas elas e consubstanciado nesse mínimo ético irredutível.

Seguindo tal concepção universalista dos Direitos Humanos, vale mencionar como são esses direitos positivados em cada ordenamento jurídico através do processo de internacionalização dos Direitos Humanos. Nas palavras de Débora Soares Guimarães (2013):

> [...] torna-se cada vez mais evidente e necessário a partir das grandes transformações econômicas, tecnológicas, sociais e culturais geradas pela globalização e dos seus efeitos positivos e negativos; devendo-se buscar uma proteção internacional da pessoa humana em bases jurídicas justiciáveis e, ao mesmo tempo, capazes de res-

> peitar o pluralismo jurídico, ou seja, as peculiaridades culturais no âmbito das sociedades modernas.

Sendo assim, depois de positivados e internacionalizados, mesmo novos tratados internacionais não podem impor restrições ou diminuir a proteção desses direitos que são universais, indivisíveis e interdependentes. Aliás, a promoção dos Direitos Humanos é nossa missão constitucional, conforme consta nos artigos 1º, III, e 5º, o que faz com que o instituto também encontre sustentáculo na Constituição Federal (PRADO, 2020).

Como a pesquisa irá dialogar tanto com o fundamento do princípio da proibição do retrocesso, no plano nacional, ou seja, sob o panorama dos Direitos Fundamentais, e também no internacional, sob o prisma dos Direitos Humanos, nacionalmente vale dizer que o princípio é compreendido por Fileti (2009, p.178) como princípio constitucional implícito. Em relação a essa concepção, ressalta-se excerto exposto pelo referido autor:

> Pode-se exprimir assim o princípio da proibição do retrocesso social: princípio que se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva o equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

Ademais, tal princípio, diante do diálogo entre a concepção universalista dos Direitos Humanos e sua recepção no ordenamento jurídico nacional, é fruto da combinação dos seguintes dispositivos, de acordo com André de Carvalho Ramos (2017) na obra "Curso de Direitos Humanos" (PRADO, 2020):

> 1) Estado Democrático de Direito (artigo 1º, caput, CF);
>
> 2) Dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF);
>
> 3) Aplicabilidade imediata das normas definidoras de Direitos Fundamentais (artigo 5º, § 1º, CF);

> 4) Proteção de confiança e segurança jurídica (artigo 1º, caput, e artigo 5º, XXXVI, CF); e
>
> 5) Cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, IV, CF.

É preciso frisar, contudo, que a vedação ao retrocesso não representa uma vedação absoluta a qualquer medida de alteração ou proteção de direitos específicos, respeitando, dessa forma, três condições para que a eventual diminuição ou proteção normativa ou fática de um direito seja permitida: a justificativa de uma estrutura jusfundamental, que a diminuição supere o crivo da proporcionalidade, e que seja preservado o núcleo essencial do direito envolvido (RAMOS, 2017).

Tais condições valem-se da estrita necessidade de a proibição do retrocesso estar condicionada ao respeito dos dispositivos basilares da Carta Magna de 1988 citados acima, a nível nacional, e também inserido no conteúdo da Declaração Universal de Direitos Humanos, em âmbito internacional. Ou seja, não significa que as medidas tomadas para defender os Direitos Humanos não possam ser alteradas, mas sim que há um núcleo essencial de direitos conquistados pelo povo que, mesmo a pretexto de superação de dificuldades econômicas, não pode ser revogado ou anulado pelo Estado sem uma contrapartida (PRADO, 2020).

Outro termo que merece destaque aqui e que faz conexão direta com o princípio ora estudado é a litigância estratégica. O termo merece ser aqui definido porque o princípio da proibição do retrocesso fundamenta a litigância estratégica; e ainda pelo fato de o artigo analisar o uso prático do princípio exatamente sob o prisma da litigância estratégica (PRADO, 2020).

Assim posto, conhecida como uma nova e promissora forma de defesa de direitos no Judiciário, segundo Ana Valéria Araújo (FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS, [2016]), litigância estratégica é:

> [...] um termo usado no Direito e quer dizer o ato de mover ações na Justiça e de atuar perante o Judiciário. Litigância estratégica é uma ampliação desse conceito para abranger não só a noção tradicional do Direito, mas também um conjunto de ações de advocacy e comunicação para incidência no Legislativo e no Executivo, com o objetivo de viabilizar políticas públicas que defendam e

> efetivem direitos dos diversos segmentos vulneráveis da sociedade. Ela é estratégica porque não é qualquer ação, mas sim aquela que tem uma dimensão emblemática, capaz de criar precedentes e gerar resultados positivos. Tais resultados terão efeito multiplicador, transformando-se em exemplos bem-sucedidos a serem aplicados em outros casos similares, possibilitando assim um salto na garantia dos Direitos Humanos.

É importante mencionar que a escolha desses dois termos decorre da necessidade de a pesquisa acadêmica não se restringir ao público letrado e que entende os termos jurídicos ou técnicos, mas sim a todos aqueles que queiram aprimorar o conhecimento nas temáticas de defesa de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Afinal, reitero sempre que esse trabalho representa um instrumento de luta pela continuidade da defesa do direito como um mecanismo de transformação social e que precisa trazer pesquisas significativas para a sociedade (PRADO, 2020).

2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NA PRÁTICA DA LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA

Por mais que seja um princípio de definição ainda incerta, existe o consenso de que a proibição do retrocesso está intimamente ligada à necessidade de assegurar os Direitos Fundamentais e à manutenção de uma ordem constitucional íntegra em que impere a segurança jurídica. De acordo com Häberle (VALADÉS, 2008), o princípio da proibição do retrocesso social possui "um núcleo de elementos que se fundamentam na dignidade humana e no princípio democrático e que não podem ser eliminados".

Assim sendo, denota-se uma preocupação de qualificar e caracterizar o princípio, ainda implícito na Constituição Federal, como um princípio atrelado aos mais basilares pilares do Estado Democrático de Direito, sendo o mais simbólico deles a primazia da dignidade da pessoa humana. Segundo Rosângela Tremel (2012, p. 1):

> [...] a evolução dos ordenamentos jurídicos em geral e, principalmente em relação ao brasileiro, dada à ordem constitucional vigente, torna-se evidente a aplicação de princípios que maximizam

> os Direitos Fundamentais. Para isso o princípio da proibição do retrocesso é de observância cogente, impondo-se ao Poder Público o dever de implementar políticas públicas e manter as existentes, garantindo o acesso aos dos cidadãos aos direitos básicos.

Nesse sentido, é imperioso afirmar que quaisquer princípios que reforcem a nossa obrigação de respeitar e proteger os Direitos Fundamentais, em um país cujo passado amedronta pelos resquícios e obstáculos que nunca resolveu, são válidos e urgentes. O princípio, conforme comprovado no acórdão paradigma julgado no Tribunal Português e já mencionado no capítulo de definição de termos (TC 39/84), realiza uma filtragem constitucional de modo a proteger Direitos Fundamentais e, de acordo com Rodrigo Goldschmidt (2011, p. 277-287), é um parâmetro "à medida que fundamenta uma 'barreira' ou um 'limite' à, impedindo-o de implementar mudanças interpretativas ou legislativas que determinem um retrocesso na área juridicamente protegida pelo direito fundamental em voga".

O que precisa ser compreendido por todos é que o Estado, além de reconhecer e proclamar os Direitos Fundamentais, precisa também implementar medidas que preservem o núcleo mínimo de direitos já conquistados e que, não só positivados, precisam ser efetivados. Desta feita, é preciso entender o porquê de o princípio da proibição do retrocesso social, que ao que se assemelha parece se equiparar a uma cláusula pétrea no sentido de "vedar qualquer modificação legislativa ou interpretativa que tenda a abolir um direito fundamental reconhecido" (GOLDSCHMIDT, 2011, p. 284), não ser tão difundido e utilizado no caso de violações de Direitos Humanos em discussões de matéria Penal e processual Penal.

A eficácia normativa do princípio da vedação do retrocesso social, expresso na Constituição de forma implícita, e sempre atrelado ao artigo 30 da Declaração Universal de Direitos Humanos, está assegurada pelo artigo 5, §§ 2º e 3º da Constituição, como disposto anteriormente. Tal dispositivo menciona expressamente o caráter constitucional das normas integrativas dos Direitos Humanos.

O que se busca analisar aqui é por qual motivo o Direito Penal tem se afastado gradativamente dos Direitos Humanos – vez que princípios que poderiam ser mais abordados nessa temática são ignorados. E ainda, por

que precedentes importantes gerados nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos ainda não são tão bem recepcionados como deveriam no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão de seu conteúdo, deveria o princípio da proibição do retrocesso, tal como idealizado, ser utilizado tanto por advogados em suas peças e sustentações orais como pelas organizações da sociedade civil como um auxílio de interpretação, haja vista que a atividade restritiva de interpretação dos direitos não pode ser exercida de forma livre pelo legislador. O princípio estudado deve ser usufruído na defesa de Direitos Fundamentais como um mecanismo de controle e, por mais que seja ainda pouco manejado no meio jurídico, poderia servir como um instrumento teórico e prático para a proteção e garantia dos Direitos Fundamentais (PRADO, 2020).

Em tema de Direitos Fundamentais, o princípio da proibição do retrocesso social impede que conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele se encontra sejam desconstituídas. De modo a aprimorar a exposição teórica do princípio, entende-se que na prática o uso do princípio concretiza-se na ampliação do alcance do direito e na proteção e prerrogativas a ele conferidas (BARCELLOS, 2017):

> Ao regulamentar um determinado direito fundamental, o legislador faz opções em função daquilo que lhe parece mais conveniente e necessário em face do momento histórico em que vive e do futuro próximo. Se se entender que a vedação do retrocesso impede qualquer tipo de restrição da regulamentação vigente, isso significará concluir que as opções concretas de um determinado legislador não poderiam ser alteradas, salvo para ampliar o alcance do direito ou a proteção e as prerrogativas por ele conferidas. Isto é: a regulamentação concreta de um direito formaria com a sua própria previsão constitucional uma espécie de bloco de constitucionalidade, à qual se reconheceria o *status* de uma cláusula pétrea ampliada, inviabilizando sua restrição. A conclusão parece problemática por alguns fundamentos.

Nesse sentido, fica evidente que o princípio da proibição do retrocesso social tem sido mais utilizado quando há clara afronta aos Direitos

Fundamentais, como no caso em que se defende a participação popular na gestão de recursos hídricos, no combate à tortura e principalmente por organizações da sociedade civil. Por mais que haja essa perspectiva, deve a sociedade civil representada por suas organizações, e devem os advogados, inspirados pela sede de justiça social e pela defesa do Estado Democrático de Direito, manejar amplamente do princípio da proibição do retrocesso social como fundamento para a litigância estratégica.

CONCLUSÃO

Por fim, diante do exposto, torna-se possível perceber que internacionalmente o princípio estudado não só é mais aplicado como mais difundido e valorizado. Nesse sentido, torna-se fundamental continuar os estudos e pesquisas sobre o princípio a fim de entender a sua importância como instrumento ético e ferramenta válida para a litigância estratégica em Direitos Humanos. Afinal, essa recente prática na advocacia é um caminho jurídico-político que possibilita a representação a organizações da sociedade civil e, portanto, democratiza o acesso à justiça e fornece voz a entidades cuja luta é diária e urgente em prol da defesa de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Isto posto, restou compreendido o fato de que, por mais que o princípio seja conhecido pela doutrina e utilizado por operadores do direito, ele ainda é um princípio implícito em nosso ordenamento jurídico. A importância de se incluir o princípio da proibição do retrocesso social na defesa de Direitos Humanos é que, com a sua implementação, há uma filtragem constitucional, ou seja, é estabelecido previamente o limite da discussão do que será julgado, não se admitindo, portanto, flexibilizar cláusulas pétreas e entendimentos consolidados.

Inicialmente, existia a percepção de que o princípio seria utilizado quase como um discurso utópico por operadores do direito. O que foi descoberto após os estudos, entretanto, foi que o princípio, ainda que timidamente, é utilizado e visto como fundamento para a litigância estratégica.

Aliás, vale salientar que a maioria dos princípios aos quais cabe interpretação têm sido mais utilizados como argumento retórico, o que não deveria acontecer. Isso ocorre porque um princípio, como não é uma re-

gra, às vezes é utilizado como recurso hermenêutico, o que pode ser benéfico ou não, a depender do porquê e da finalidade da escolha do princípio.

Ademais, uma das grandes preocupações era descobrir que há mesmo uma diferença no tratamento dos princípios e na escolha dos argumentos no Direito Processual Penal e no Direito Penal e nos Direitos Humanos. Felizmente, a suposição estava equivocada e, de fato, encontrou-se como pressuposto através dos estudos e leituras, quase que unânime, que todo advogado criminalista, mais ainda, todo operador do direito deve ser, sempre, um defensor de Direitos Humanos.

Portanto, diante do exposto, o aprimoramento de estudos sobre o Princípio da Proibição do Retrocesso pode nutrir sua utilização, para que, em um futuro esperançoso, se torne basilar para decisões emblemáticas. Afinal, defender princípios que tenham como objetivo limitar restrições e violações aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos é um dever de cada um de nós que faz parte do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia das normas constitucionais**. 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/135/edicao-1/eficacia-das-normas-constitucionais. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARTA CAPITAL. **"Foi uma chacina, uma chacina de verdade", diz moradora de Paraisópolis**. 2019. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/foi-uma-chacina-uma-chacina-de-verdade-diz-moradora-de-paraisopolis/. Acesso em: 3 abr. 2021.

CONTO, Mário de. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CUSTÓDIO, Rafael. **Julgamento do massacre do Carandirú**: Conectas lista as razões que levaram à tragédia e as características que perduram no sistema prisional de hoje. 2014. Disponível em: https://www.conectas.org/noticias/julgamento-do-massacre-do-carandiru. Acesso em: 3 abr. 2021.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. **Litigância Estratégica em Direitos Humanos**: Experiências e reflexões. [2016]. Disponível em: https://fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf. Acesso em: 0 abr. 2021.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua função protetora dos Direitos Fundamentais**. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., 2011, Chapecó. **Anais [...]**. Chapecó: UNOESC, 2011. Disponível em: https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/906. Acesso em: 7 abr. 2021.

GUIMARÃES, Débora Soares. A Internacionalização dos Direitos Humanos: análise da proposta liberal universalizante. **Revista CEJ**, Brasília, DF, ano XVII, n. 59, p. 125-137, jan./abr. 2013. Disponí-

vel em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32660.pdf. Acesso em: 3 abr. 2021.

ISTOÉ. **PA**: Candidata do PT à prefeitura de Curralinho é morta; ex-marido é suspeito. 2020. Disponível em: https://istoe.com.br/pa-candidata-do-pt-a-prefeitura-de-curralinho-e-morta-ex-marido-e-suspeito/. Acesso em: 3 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [2021]. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

PENNAFORT, Roberta. **Marielle Franco**: as perguntas sem respostas, três anos após execução. 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56368243. Acesso em: 3 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Desafios contemporâneos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: sociedade de direitos versus era dos radicalismos. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXIX, n. 143, p. 15-21, ago. 2019.

PRADO, Mariana Coelho. **Partidos políticos e organizações da sociedade civil como indutores da litigância estratégica**: percepção do princípio da proibição do retrocesso social. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), 2020. Disponível em: http://sbdp.org.br/publication/partidos-politicos-e-organizacoes-da-sociedade-civil-como-indutores-da-litigancia-estrategica-percepcao-do-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social/. Acesso em: 7 abr. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. **É necessário criar corte mundial de direitos humanos**. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-dez-14/belisario-santos-preciso-criar-corte-mundial--direitos-humanos. Acesso em: 3 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. e ampl.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Conceito de direitos e garantias fundamentais**. 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais. Acesso em: 3 abr. 2021.

TREMEL, Rosângela. Princípio da proibição do retrocesso: sua importância e necessidade de ampliação do entrenchment para proteção dos hipossuficientes. **Unisul de Fato e de Direito**, Florianópolis, v. 2, n. 4, p. 109-120, 2012. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1080. Acesso em: 7 abr. 2021.

VALADÉS, Diego (Org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ACESSO A RECURSOS GENÉTICOS E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL VERSUS INDEVIDA BIOPROSPECÇÃO

Jamile Gonçalves Calissi[42]
Renato Zanolla Montefusco[43]

INTRODUÇÃO

A Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica das Nações Unidas (COP 10/CDB) buscou apreciar a necessária tutela ao

42 Doutorado e Mestrado (Bolsista Integral CAPES) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Coordenadora do grupo de Pesquisa em Direito Contemporâneo da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG).

43 Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência, Tecnologia e Sociedade da Universidade Federal de São Carlos – PPGCTS-UFSCar. Mestrado em Direito com ênfase em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UEL – Universidade Estadual de Londrina-PR. Professor das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Professor de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Coordenador do Grupo de Pesquisa NEDEEC – Núcleo de Estudos de Direito Empresarial e Economia Circular da Universidade do Estado de Minas Gerais.

acesso de recursos genéticos, ao conhecimento tradicional associado e a devida repartição de benefícios. Nesse contexto, a meta da repartição justa e equitativa entre seus membros de benefícios decorrentes dos recursos genéticos advindos de plantas, animais e micro-organismos foi exposta. Trabalhar com recursos genéticos e dados associados requer maior atenção desde que o Protocolo de Nagoya sobre Acesso e Compartilhamento de Benefícios (ABS, *Access and Benefit-Sharing*) entrou em vigor no ano de 2014.

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) reconhece, em seu Artigo 3º, que "os Estados têm, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, o direito soberano de explorar seus próprios recursos". Nesse sentido, o artigo 15 da Convenção reconhece os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, sendo que os países "esperam" uma parcela justa e equitativa de quaisquer benefícios decorrentes da utilização comercial dos 'recursos genéticos' desse material; o art. 15, item 7, afirma que os países são obrigados a promulgar legislação ou outros critérios regulatórios para gerenciar o acesso.

Sob a perspectiva acima evidenciada pela CDB, o bioma pátrio detém mais de duzentas mil espécies na flora e fauna nos ecossistemas nacionais (Mata Atlântica, Caatinga, Pantanal, Pampa, Cerrado e Amazônia) e zonas costeiras e marinhas, no entanto a estimativa pode alcançar marca de um milhão de espécies, diante a ausência de catalogação segundo o Ministério do Meio Ambiente:

> O **patrimônio genético (PG) nacional e os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade brasileira (CTA) tem sido uma grande contribuição para o desenvolvimento de novos produtos, muitos deles patenteados, visando a sua exploração comercial. [...] 1) A biodiversidade**: São mais de 200 mil espécies já registradas em seus biomas (Amazônia, Caatinga, Cerrado, Mata Atlântica, Pantanal e Pampa) e na Zona Costeira e Marinha. **Estima-se que este número possa chegar a mais de 1 milhão e oitocentas mil espécies** [...]. (BRASIL, s.d. – grifo nosso).

A biodiversidade nacional representa grande atrativo para inúmeros setores que fomentam tecnociência na busca de novos paradigmas em áreas

como química, bioquímica, farmacologia e cosmetologia. A exploração de patrimônios genéticos e conhecimentos tradicionais associados propiciam pensamentos acerca do uso racional do capital natural em prol da sustentabilidade objetivando a conservação através da proteção dos recursos naturais, com a utilização racional, garantindo sustentabilidade e existência para as futuras gerações nesse sentido Rodrigues (2016) explica que:

> É evidente que **a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país constituem microbens ambientais que são essenciais para a obtenção do equilíbrio ecológico**, ou seja, têm uma função ecológica essencial e indispensável. Todavia, bem se sabe que **o patrimônio genético é também fator de enorme interesse científico e econômico** (basta pensar na indústria farmacêutica e nas patentes), motivo pelo qual também fica evidente que deve o Poder Público fiscalizar as entidades que sejam dedicadas a manipulação e pesquisa nessa área. (RODRIGUES, 2016, p. 101-102 – grifo nosso).

Como aludido, há interesse científico-econômico sobre a diversidade do patrimônio genético, sendo necessário ao Poder Público criar mecanismos de fiscalização e tutela. O ordenamento jurídico brasileiro no âmbito constitucional estabelece diretriz clara acerca da tutela ambiental no art. 225, *in verbis*:

> 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**. (grifo nosso).

A defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado não afasta possibilidade da utilização racional do patrimônio genético (PG) e do conhecimento tradicional associado (CTA). Fato é que, infraconstitucionalmente foi editada legislação acerca da utilização racional, Lei nº 13.123/15 – Lei da Biodiversidade, que estabeleceu: (*i*) uso de patrimônio genético; (*ii*) acesso conhecimento tradicional associado, e; (*iii*) repartição de benefícios para a conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Nesse ínterim surgiu o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético[44] (CGen) com caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, que regulamenta o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado buscando expor que a conservação não é considerada um sinônimo de proibição, tão somente a proteção dos recursos naturais, com a utilização racional, garantindo sua sustentabilidade e existência para as futuras gerações, (AMADO, p. 525, 2014).

A construção normativa pátria firma postura identitária acerca do (PG) e (CTA) e necessário cadastramento feito junto ao CGen para ser possível o acesso e remessa de patrimônio genético como evidenciado no artigo 12 da Lei nº 13.123/15, *in verbis*:

> Art. 12. Deverão ser cadastradas as seguintes atividades:
>
> I – **acesso** ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado dentro do País **realizado por pessoa natural ou jurídica nacional, pública ou privada**;
>
> II – **acesso** ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado por pessoa jurídica sediada no exterior **associada a instituição nacional de pesquisa científica e tecnológica, pública ou privada**;
>
> III – **acesso** ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado realizado no exterior por pessoa natural ou jurídica nacional, pública ou privada;
>
> IV – **remessa de amostra** de patrimônio genético **para o exterior com a finalidade de acesso**, nas hipóteses dos incisos II e III deste **caput;** e
>
> V – **envio de amostra** que contenha patrimônio genético por pessoa jurídica nacional, pública ou privada, **para prestação de serviços no exterior como parte de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico**.

44 O CGen é um órgão colegiado que busca fazer com que o sistema nacional de acesso e repartição de benefícios seja uma ferramenta de desenvolvimento econômico, social, cultural e ambiental do País, propiciando a conservação da biodiversidade brasileira.

> § 1º **O cadastro de que trata este artigo terá seu funcionamento definido em regulamento** [...]. (grifo nosso).

O mosaico normativo acima insculpe nos incisos I, II e III que o *acesso* ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado por pessoa natural ou jurídica (pública ou privada), com sede no Brasil ou no exterior exige *cadastramento prévio* para o exercício de controle, ademais segundo os incisos IV e V afirmam que aquele cadastramento é necessário para ser possível a remessa/envio de amostra para o exterior com finalidade de acesso para pesquisa ou desenvolvimento tecnológico.

Nesse diapasão, observar o acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios como direito fundamental *versus* indevida bioprospecção traduz uma realidade para a sociedade pós-moderna de forma transdisciplinar, ou seja, para além dos critérios socioeconômicos é necessário observar o caráter sociopolítico da apropriação *versus* expropriação do patrimônio genético e conhecimentos tradicionais.

1. INDEVIDA BIOPROSPECÇÃO

Humberto Maturana e Francisco Varella, em obra intitulada *A árvore do conhecimento – as bases biológicas do conhecimento humano*, afirmam que o mundo que todos veem não é "o" mundo, mas "um" mundo que produzimos com outros [...] o mundo só será diferente se vivermos diferente (MATURANA, et al., 1995, p. 245). Resta evidenciado argumento de interação e participação responsável e consciente do indivíduo ao meio, não apenas a apreciação do que seja uma postura sustentável; "meio", como aludido, envolve o ser humano, exposto na sociedade de risco, tanto à tecnosfera quanto biosfera e, nesse sentido em constante evolução.

A indevida bioprospecção, também nominada como biopirataria, traduz um legado, uma herança posta à sociedade pós-moderna de um comportamento colonialista que se protrai no tempo. Apontamentos da evolução histórica demostram a existência de confrontos coloniais por conta da exploração, extrativismo e pelo roubo, propriamente dito, de tesouros biológicos nativos de uma determinada região (colônia ou não), para comercialização ou introdução de espécime de fauna ou flora noutra região.

Neste contexto, inúmeros são os exemplos: (*i*) em 1532 a cana *"foi trazida"* para o Brasil; pelas mãos de Martim Affonso de Souza, vindos de Nova Guiné e Índia; (*ii*) em 1746, o cacau *"foi levado"* da Bahia para a África e Ásia, onde o produto começou a ser utilizado e vários derivados foram produzidos; (*ii*) Em 1876, sementes de seringueira *"foram levadas"* do Brasil para Inglaterra e distribuídas por suas colônias asiáticas.

Exploradores que se assumiam como missionários religiosos e as "missões diplomáticas" sempre visavam à exploração de biodiversidades para a utilização em um comercio extremamente lucrativo, nesse sentido:

> Os caçadores de plantas estão hoje sendo substituídos por exploradores de genes. Os mercados globais, em mudança histórica, passaram a trocar a utilização de combustíveis fósseis e de metais raros pelos recursos genéticos e biológicos.
>
> As indústrias farmacêuticas, cosméticas e de alimentos, dentre outras, contrabandeiam os conhecimentos dos povos nativos, acrescentam alguma modificação na composição genética das plantas e intitulam de descoberta científica a manipulação de recursos nativos, ou sabedoria primitiva, angariando, após patenteamento, grandes lucros.
>
> Para se ter uma ideia desse rico filão, basta lembrar que três quartos de todas as drogas utilizadas pela indústria farmacêutica derivam de plantas antes utilizadas na medicina indígena. (ALVES, 2002, p. 16).

Para além dos exemplos históricos é factível, na sociedade pós-moderna, observar elementos da biopirataria ou indevida bioprospecção. No começo do século XXI o emblemático "Caso Cupuaçu" onde a empresas japonesas (Cupuacu International Inc. e a Asahi Foods Co. Ltd.) patentearam o fruto e registraram um chocolate feito com o caroço de cupuaçu (cupulate), nesse contexto é factível observar que a indevida prospecção é patente à sociedade pós-moderna constatando que as atuais formas de gestão desenvolvidas para proteção e promoção do saber tradicional configuram-se como "ilhas" de coordenação que são incapazes de evitar a biopirataria (REZENDE, 2009, p. 53). Diante disso, o Brasil não podia exportar o produto utilizando o nome cupuaçu e cupulate sem o paga-

mento de royalties para as empresas japonesas; um pouco depois uma rã da Amazônia – sapo flecha – que cientistas capturaram de maneira ilegal e, após estudarem seu veneno, chegaram a um produto analgésico que foi patenteado ulteriormente (CUNHA, 2020, p. 32).

Outros produtos e substâncias foram objeto da indevida bioprospecção, dentre os quais: a acerola, o bibiri, a andiroba, a espinheira santa entre outros, que resultaram em concessões de patentes em âmbito internacional, sendo que algumas já foram derrubadas, mas outras seguem na justiça. O açaí também foi alvo de biopirataria pelo Japão em 2003, tendo sido objeto de pedido de concessão de patente pela empresa K.K. Eyela Corporation, sendo que somente no ano de 2007 o Brasil conseguiu derrubar tal patente (CUNHA, 2020, p. 33).

Vale ressaltar que desde a edição da MP 2.186 – 16/2001, que cedeu espaço à Lei nº 13.123/15, o país tem direcionado seus olhares à proteção ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, sendo que:

> **Além de proteger o conhecimento tradicional associado das comunidades indígenas e locais**, o legislador reconheceu expressamente o direito desses povos de decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, inclusive o declarando patrimônio cultural brasileiro, não podendo ser obstados a preservação, a utilização e o desenvolvimento de conhecimento tradicional de comunidade indígena ou comunidade local. **Foi ressalvada a propriedade intelectual, de modo que a proteção ao conhecimento tradicional associado não a prejudicará ou limitará, em claro dispositivo que atende apenas aos interesses econômicos**. (AMADO, 2014, p. 527 – grifo nosso).

Os colonizadores de outrora apenas ganham nova roupagem e são substituídos na atualidade pela bioprospecção e pelos exploradores de materiais genéticos, de modo que indústrias farmacêuticas, alimentares e cosméticas se utilizam desses exploradores para contrabandear conhecimentos de povos nativos. Diante da manipulação dos materiais genéticos "contrabandeados" e posterior modificação na estrutura genética, por

exemplo das plantas, intitulam como descoberta científica uma manipulação de recursos nativos ou sabedoria de povos primitivos, onde parte-se do pressuposto que tais povos primitivos, também nominados como sociedades tradicionais são entendidos como:

> [...] grupos humanos culturalmente diferenciados que historicamente reproduzem seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base em modos de cooperação social e formas específicas de relacionamento com a natureza. Esta noção se refere tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos. (DIEGUES, 2000, p. 22).

A coleta de materiais para utilização na fabricação de medicamentos fora do Brasil, sem qualquer tipo de pagamento de *royalties* ao Brasil acontece principalmente na região da Amazônia por conta da imensa diversidade de recursos genéticos e ausência de mecanismos de controle e fiscalização capazes de evitar a biopirataria. A ECO-92 tal como a CDB, já mencionadas anteriormente, reconheceram que "os recursos genéticos *não devem ser vistos como patrimônio comum da humanidade*, em face da soberania dos países e do dever de preservar os seus próprios recursos genéticos". Desta forma, foram estabelecidos *royalties* ao país fornecedor de recursos genéticos em caso de descoberta de novo produto ou medicamento que tenha utilizado matéria-prima de outro país ou conhecimentos de comunidades tradicionais que vivam nas regiões de grande diversidade biológica, (FIORILLO, 2001, p. 177).

> Em 2006, **o povo Ashaninka, que vive no Acre, deflagrou uma guerra contra a biopirataria.** A vitória ocorreu no último dia 10, quando o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen) deu ganho de causa à comunidade contra **a empresa Tawaya pelo uso indevido do conhecimento tradicional dos indígenas na fabricação do sabonete de murumuru** – uma planta de origem amazônica com alto poder de hidratação. Por 13 votos favoráveis e uma abstenção, **a empresa foi multada em R$ 5 milhões, fora os valores arbitrados pelo Ministério Públi-**

> **co Federal (MPF) do Acre que chegaram a R$ 500 milhões**. (PROJETO COLABORA, 2019 – grifo nosso).

No Brasil, o patenteabilidade de organismos geneticamente modificados está sujeita à disciplina dada pela lei nº. 9.279/96 (LPI), conhecida como Lei de Propriedade Industrial. A legislação em tela observa ser proibida a concessão de patentes para aquilo que seja "contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde pública; o do todo ou de parte dos seres vivos, exceto os microrganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade", observadas hipóteses elencadas no art. 10º da LPI, em particular o inciso IX:

> Art. 10**. Não se considera invenção** nem modelo de utilidade: [...]
>
> IX – o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais. (grifo nosso)

A lei ainda considera como organismos os microrganismos transgênicos, exceto o todo ou parte de plantas ou animais que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais. Portanto, somente são patenteadas as invenções que não possuam vida, uma vez que seres vivos não são passíveis de "invenção" pelo homem (FIORILLO, 2001, p. 177-178).

1.1. BIOMA AMAZÔNICO, PATRIMÔNIO GENÉTICO E A INDEVIDA BIOPROSPECÇÃO

A biodiversidade brasileira é reconhecida em amplitude global como uma das mais significativas do planeta desempenhando papel muito importante ao bem-estar do ser humano. Tamanho patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados dão origem a inúmeros produtos em inúmeros setores, como por exemplo: fármacos, madeira, alimentos e muitos outros.

> [...] a biodiversidade brasileira é conhecida mundialmente como uma das mais significativas da biosfera terrestre e por consequência desempenha um importante papel no bem-estar do ser humano, fornecendo produtos básicos e serviços ecossistêmicos – que são os bens ou serviços que obtemos dos ecossistemas direta ou indiretamente. Os produtos ou bens provenientes do sistema natural incluem fármacos, alimentos, madeira, minerais, entre outros. Além disso, dão suporte à vida, purificando o ar e a água, regulando o clima. Ainda se tem hábitats reprodutivos e alimentares para extrativismo; menciona-se também a manutenção de organismos responsáveis pela ciclagem de nutrientes do solo, tornando-os disponíveis para absorção pelas plantas (CUNHA *apud* ALHO, 2012, p. 28).

Diante da perspectiva do bioma brasileiro ser detentor dessa diversidade e uma grande quantidade de espécies endêmicas (espécies que estão presentes em uma região geográfica exclusiva), por óbvio acaba atraindo a bioprospecção para vários interesses, desde pesquisas de cunho científico até interesses farmacêuticos industriais internacionais, que se servem das riquezas do País, já que a fiscalização é um hiato sombrio e lacunoso diante a "inexistência prática" de órgãos e mecanismos fiscalizatórios (a não ser aqueles contingenciados em sítios do governo que meramente expõe a existência de um mecanismo fiscalizador), além de ser observado que a legislação é extremamente branda no ordenamento jurídico pátrio para "infrações e desrespeitos" ao patrimônio genético (PG) ou conhecimento tradicional associado (CTA).

Os fatores acima evidenciados acabam sendo facilitadores da coleta e o envio de informação e materiais para o exterior sem o devido pagamento de *royalties* ao Brasil. Para exemplificar tal situação observa-se a exigência de R$ 25 milhões para indenização pela bioprospecção e pelos danos morais em face de "uma instituição acadêmica" pelos advogados da associação indígena Kapéy (AVILA, 2004). Referidos materiais e informação são coletados principalmente na região amazônica, visto que possui uma imensa diversidade de materiais genéticos. Além disso, essas empresas são atraídas pelos conhecimentos da população sobre plantas e medicinas locais (ALHO, 2012).

Existe franca dificuldade no combate à bioprospecção indevida no bioma amazônico. A dimensão territorial do bioma e a biodiversidade, por ocupar 50% (cinquenta por cento) de todo o território nacional, além do pouco investimento em mecanismos fiscalizatórios para toda essa vastidão acaba sendo um "convite" a bioprospecção, biopirataria propriamente dita. Conforme mencionado anteriormente, os prejuízos são incalculáveis, pois os recursos naturais são retirados do país sem a necessária autorização e sem o pagamento de *royalties*. Não haverá repartição justa e equitativa com o país detentor do recurso (provedor), além de acarretar risco a biodiversidade de uma determinada área com a extração predatória pelo "usuário", nesse sentido há inquietação e indagações diante tal realidade, nesse sentido:

> Quantos sais, remédios e conhecimento tradicional ainda não foram devidamente registrados e explorados no nosso país? Plantas medicinais, fármacos, produtos de estética poderão ser descobertos mediante o estudo e a pesquisa da biodiversidade contida nas florestas brasileiras (RODRIGUES, 2016, p. 28).

Analisar o argumento supramencionado sob a ótica da tecnociência solidária e apropriação social dos saberes é crucial; a patrimonialização do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado orbita um núcleo essencialmente econômico. Neste contexto, possíveis negociações, visam atender não a tecnociência solidaria, mas tão somente à tecnociência capitalista, pois o meio ambiente se torna uma mercadoria negociável. Sendo assim, é sabido que com o vasto bioma que a Amazônia possui, além de uma fiscalização mais ativa e presente, é necessário que a república brasileira apoie a ciência, as pesquisas e as necessárias catalogações de possíveis patrimônios genéticos para que a utilização destes, uma vez catalogados, possa traduzir respeito ao paradigma normativo pátrio na Lei nº 13.123/15, tal como o próprio Protocolo de Nagoya e a Convenção sobre Biodiversidade Biológica para justa retribuição e repartição de benefícios por futuras concessões de patentes baseadas no PG e CTA.

> A medicina usa atualmente 119 substâncias químicas extraídas de menos de 90 plantas para fabricar medicamentos. Apenas 5% da

> flora mundial já foi estudada para se identificar seu valor farmacológico potencial e destacou o potencial que existe nas 250 mil plantas ainda não estudadas. [...] E citou exemplos: as larvas de moscas têm sido testados na limpeza de tecidos necrosados em ferimentos e os urubus podem ser usados na localização de matadouros clandestinos. O pesquisador lembrou o caso bem-sucedido da toxina botulínica, conhecida como botox. [...] O cientista citou ainda estudo do Jardim Botânico de Nova Iorque que reforça a importância dos conhecimentos tradicionais. Segundo a instituição norte-americana, dos 120 componentes ativos isolados de plantas e usados na medicina, 74% têm apresentação correlata positiva entre o uso moderno e o uso tradicional. (MONTENEGRO, 2017).

A biotecnologia está em rápida evolução, o fato é que jungir bioprospecção e biotecnologia traduz a busca do Homem para o aumento da exploração, ademais um fator importante a ser pontuado é que, independentemente da espécie de (in)devida bioprospecção, quer seja flora ou fauna, na atualidade o transporte do material genético é mais simples e fácil de ser realizado.

1.2. O COMBATE À INDEVIDA BIOPROSPECÇÃO NO BRASIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

Em busca de coibir as ações de bioprospeções indevidas na república brasileira a Polícia Federal estimulou várias atividades, em parceria com o IBAMA, através de todas as suas delegacias qualificadas em crimes ambientais. A bioprospecção indevida e os "biopiratas" de várias empresas, principalmente da indústria de cosméticos que utilizam "rótulos verdes" sem a devida repartição dos lucros com as comunidades que foram exploradas para obtenção do material foram o alvo de investigações. No total foram 35 empresas autuadas por usarem os recursos nativos de forma ilegal, sendo aplicado um valor de 88 milhões em multas no total (CUNHA, 2020, p. 35). Entretanto, mesmo diante da multa aplicada, é incalculável o dano pela exploração indevida do PG e CTA sem a retribuição justa e equitativa.

Outras formas adotadas pelo governo brasileiro para suprimir esse tipo de crime são feitas por meio de campanhas educativas com cartazes

em pontos estratégicos, repressão de criminosos e fiscalização em aeroportos, além de criar uma lista como vários nomes de espécies brasileiras que podem ser utilizadas por indústrias mundiais na produção de várias mercadorias em diversas áreas. Esta lista foi enviada para diversos escritórios responsáveis por patentes mundiais em vários países, tendo como objetivo inibir que materiais genéticos brasileiros sejam transformados em patentes internacionais por meio da biopirataria. Segundo a ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, foram registradas 84 tentativas de patentes de produtos com nomes típicos da biodiversidade brasileira para serem transformados em marcas internacionais. Ademais o Brasil rastreia através de suas embaixadas a busca de informações sobre marcas brasileiras registradas, tentando resolver o problema da biopirataria (PENSAMENTO VERDE, 2017).

Além dos programas criados pelo Governo Federal para o combate à biopirataria, cabe mencionar a maior fonte de proteção ao Direito: a Constituição Federal de 1988. Ela traz no caput do seu artigo 225 a premissa de que todos possuem direito ao meio ambiente equilibrado e o classifica como um bem de uso comum de todos os cidadãos sendo essencial para a qualidade de vida. A Carta Magna determina que o Poder Público é responsável por preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras, conforme observa-se na transcrição que segue *in verbis*:

> 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. (grifo nosso).

A exposição do dispositivo constitucional, o artigo 225 da carta republicana, deve ser observado sob a ótica do princípio da sustentabilidade ambiental, sendo garantida a proteção ao meio ambiente, não só para a atual geração, mas para as gerações futuras também. Sustentabilidade pode ser sinteticamente explicada aqui como a garantia de condições necessárias para o bem-estar físico e psíquico no momento presente sem prejuízo no futuro (FREITAS, 2012, p.32). Neste ponto, é imperioso observar que não se está apenas a cortejar a ideia de sustentabilidade sob a ótica interge-

racional, mas, também observar que a bioprospecção realizada de forma devida enaltece na exata medida do meio ambiente ecologicamente equilibrado a sadia qualidade de vida, sendo assim, a interpretação o art. 225 da CF/88 deve ser realizada de forma transdisciplinar.

A Carta Magna adotou critérios legais em busca da efetiva proteção da vida em todas as suas formas segundo Fiorillo (2001) no sentido de ser observada a aplicação de possíveis sanções penais ambientais com o objetivo elementar de assegurar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país um direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

Para uma proteção eficaz deste meio ambiente com uso equilibrado dos recursos naturais brasileiros, a Constituição Federal no § 1º, inciso II, artigo 225, determina o seguinte:

> [...] § 1º Para **assegurar a efetividade desse direito**, incumbe ao Poder Público:
>
> [...] II – **preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético**; [...]. (grifo nosso).

No §4º do artigo 225, a Constituição exemplificou as áreas onde a concentração de diversidade biológica é maior, impondo que as utilizações desses materiais devam ocorrer em forma de lei esparsa, dentro de limites que assegurem a proteção ambiental. Observe-se a transcrição do dispositivo, *in verbis*:

> [...] § 4º **A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei**, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. [...]. (grifo nosso).

A promulgação da Lei nº 13.123/2015 representa a primeira fonte normativa a tratar especificamente sobre o acesso ao patrimônio genético bem

como o uso do conhecimento tradicional associado e a necessária repartição de benefícios. Ao analisar a legislação é necessário pontuar que há um capítulo específico (artigos 27 a 29) estipulando várias sanções administrativas na tutela do patrimônio genético e o conhecimento tradicional associado. Não resta dúvida que há eficácia jurídica, entretanto cogita-se acerca da efetividade social da legislação e os mecanismos de controle e fiscalização criados desde a entrada em vigor do ato normativo primário. Nesse sentido, art. 27 *in verbis:*

> Art. 27. **Considera-se infração administrativa contra o patrimônio genético ou contra o conhecimento tradicional associado toda ação ou omissão que viole as normas desta Lei**, na forma do regulamento.
>
> § 1o Sem prejuízo das sanções penais e cíveis cabíveis, as infrações administrativas serão punidas com as seguintes sanções:
>
> I – advertência;
>
> II – multa;
>
> III – apreensão:
>
> a) das amostras que contêm o patrimônio genético acessado;
>
> b) dos instrumentos utilizados na obtenção ou no processamento do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado acessado;
>
> c) dos produtos derivados de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado; ou
>
> d) dos produtos obtidos a partir de informação sobre conhecimento tradicional associado;
>
> IV – **suspensão temporária da fabricação e venda do produto** acabado ou do material reprodutivo derivado de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado até a regularização;
>
> V – **embargo da atividade específica relacionada à infração**;
>
> VI – **interdição parcial ou total do estabelecimento**, atividade ou empreendimento;

> VII – **suspensão de atestado ou autorização** de que trata esta Lei; ou
>
> VIII – **cancelamento de atestado ou autorização** de que trata esta Lei. (grifo nosso).

Este mosaico desnuda a proteção legal ao patrimônio genético e combate à bioprospecção indevida. Ocorre que a lei não traz disposição específica para delimitar o exato alcance da norma, classificando de maneira genérica toda ação ou omissão que a viole, dando margem a ampla conceituação e dificultando a aplicação das sanções. A edição do Decreto nº 8.772/2016 trouxe a tipificação de condutas e respectivas sanções para a prática da biopirataria versando sobre os casos pretéritos, impondo às empresas que realizaram atividades de comercialização e exploração desde 30/06/2000, prazo de um ano para adequar suas atividades realizando o cadastro dos materiais ou conhecimentos que foram explorados, além da notificação dos produtos e repartição dos benefícios. Além disso, a norma criou o SISGen (Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado) e estabeleceu os procedimentos para a devida repartição de benefícios (SILVA NETO; ZANTUT, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessária tutela ao patrimônio genético (PG), ao conhecimento tradicional associado (CTA) e a repartição de benefícios é resultado de um esforço transnacional glocalizado. A Convenção de Diversidade Biológica (COP10), o Protocolo de Nagoya em amplitude transnacional e a Lei nº 13.123/2015 delineiam maior efetividade ao artigo 225 da CF/88 por agregar valor ao direito fundamental ao meio ambiente.

Como restou evidenciado, existem mecanismos de fiscalização ao acesso de recursos genéticos e repartição de benefícios, sendo patente a eficácia jurídica do diploma legal pátrio, entretanto a efetividade social da aplicabilidade da legislação é afrontada pela indevida bioprospecção e ausência fiscalizatória eficaz.

A bioprospecção é uma via de mão dupla onde o "provedor" de recursos e os "usuários" deveriam pactuar suas relações de forma

transparente. Nesse sentido, a indevida bioprospecção corporifica uma prática que se protrai no tempo através da conhecida biopirataria traduzindo um legado, uma herança posta à sociedade pós-moderna de um comportamento colonialista que se protrai no tempo. Entretanto, a pós-modernidade social buscou mecanismos de tutela e supressão a práticas seculares.

Portanto, como evidenciado na pesquisa em tela, a tutela do direito ao meio ambiente como um direito fundamental traduz necessária visão transdisciplinar onde se objetiva garantir o uso racional do meio ambiente e sua necessária conservação para as gerações futuras.

REFERÊNCIAS

ALHO, Cleber. J. R. Importância da biodiversidade para a saúde humana: uma perspectiva ecológica. 2012. **Estudos Avançados**, v. 26, n. 74, São Paulo. 2012. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103=40142012000100011-&lng=pt&nrm-iso. Acesso em: 22 mar. 2021.

ALVES, Eliana Calmon. Direitos de quarta geração: biodiversidade e biopirataria. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**, v.4, n.1, p. 41-61, dez. 2002. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/79058283.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Método Gen, 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Comissão de estudo de biotecnologia**. Disponível em https://abpi.org.br/. Acesso em: 2 abr. 2021.

ÁVILA, Thiago Antonio Machado. "Não é o jeito que eles quer, é do jeito que nós quer": biotecnologia e o acesso aos conhecimentos tradicionais dos Krahô. **Antropologia e Direitos Humanos.** Blumenau, v. 4, p. 121-183, 2006. Disponível em https://miriamgrossi.paginas.ufsc.br/files/2012/03/antro-e-direitos2.pdf. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil**. 05 de Outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 2519.** 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm#. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.772**. 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8772.htm#. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.123**. 20 de maio de 2015. Regulamenta a Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.729**. 14 de março de 1996. Regulamenta os direitos e obrigações relativo a propriedade industrial e da outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm#. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Cgen – conselho de gestão do patrimônio genético.** Disponível em https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico-cgen. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados. s/d.** Disponível em http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico.html. Acesso em: 1 abr. 2021.

CUNHA, Ada Helena Schiessl. A biopirataria no Brasil: aspectos relevantes da Lei nº 13.123/2015 e o dever de proteção do Estado à Biodiversidade. In: SCUR, Luciana; GIMENEZ, Juliano R.; BURGEL, Caroline F. (Orgs.). **Revista Biodiversidade, recursos hídricos e ambiental**. Caxias do Sul: EDUCS, 2020.

DIEGUES, Antônio Carlos. **Os saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil**. São Paulo: MMA/COBIO/NUPAUB/USP, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2001.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MONTENEGRO, Mônica. **Inpa: solução para a biopirataria é investir em pesquisa**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/agencia/noticias/112148.html. Acesso em: 10 fev. 2021.

PENSAMENTO VERDE. **O problema da biopirataria na Amazônia**. Disponível em http://www.pensamentoverde.com.br/amazonia/o-problema-da-biopirataria-na-amazonia/. Acesso em: 12 jan. 2021.

PROJETO COLABORA. **Vitória da biodiversidade na guerra contra a biopirataria**. Disponível em https://projetocolabora.com.br/ods12/biopirataria/. Acesso em: 16 fev. 2021.

REZENDE, Enio Antunes; RIBEIRO, Maria Teresa Franco. O cupuaçu é nosso? Aspectos atuais da biopirataria no contexto brasileiro. In: **Revista de Gestão Social e Ambiental**, v. 3, n. 2, p. 53-74, 2009. Disponível em https://rgsa.emnuvens.com.br/rgsa. Acesso em: 03 jan. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**. Pedro Lenza (coord.). São Paulo: Ed. Saraiva, 3 ed., 2016.

SILVA NETO, Orlando da; ZANTUT, Loren Tazioli E. O Combate à biopirataria brasileira: uma análise legislativa. In: **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR**, v. 20, n. 1, p. 119-136, jan-jun. 2017. Disponível em: https://www.revistas.unipar.br/index.php/juridic a/article/view/6736/3586. Acesso em: 3 fev. 2021.

UNFCCC. **COP 10**. Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica das Nações Unidas (COP 10/CDB). Disponível em https://unfccc.int/process-and-meetings/conferences/past-con-

ferences/buenos-aires-climate-change-conference-december-2004/cop-10. Acesso em: 2 jan. 2021.

VARELA, Francisco; MATURANA, Humberto. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas do conhecimento humano**. São Paulo: Ed. Psy II, 1995.

OBESIDADE, DIREITO ADMINISTRATIVO E POLÍTICAS PÚBLICAS: E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adriana Schier[45]
Tais Martins[46]

INTRODUÇÃO

O presente artigo se presta a destacar perspectivas críticas sobre a alimentação, a obesidade e a carência de Políticas Públicas mais adequadas que sejam capazes de assegurar a efetividade dos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, será empreendida uma breve análise sobre as limitações jurídicas e estatais no que concerne à Obesidade e seus liames com o Direito ao Desenvolvimento. Esse é o problema a ser desvendado. Foi adotado o método de revisão bibliográfica, com o objetivo de apontar que o corpo e a obesidade não recebem a devida abordagem assegurada pelos Direitos Fundamentais.

A obesidade, a alimentação, a saúde e as políticas públicas são temas de estudo e pesquisa instigantes em diversas searas hermenêuticas. No entanto, a psicologia abarca essa tarefa de modo amplo e irrestrito, o Direito

45 Doutora pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/PR. Professora do Programa do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil.

46 Doutoranda em Direitos Fundamentais e Democracia na Unibrasil.

por sua vez, segue alijado dessas tratativas, conduta que propicia o comprometimento da efetividade dos elementos constitucionais, pilares do Estado Democrático de Direito (ROCHA; BUISSA; MOTTA, 2020) e culminam com as proposições referentes às garantias elencadas pelos Direitos Humanos (FACHIN, 2013). Parafraseando Amartya Sen (2000) no que concerne às capacidades, igualdade e liberdade, tratadas na sua obra sobre Direito ao Desenvolvimento, o obeso vive a vida que "pode" viver e não necessariamente a que escolhe viver – uma vez que ser julgado pela aparência não parece uma escolha, mas sim uma condenação social. Conjuga-se o debate sobre a alimentação e a imagem corporal, pois segundo a forma de alimentação que a pessoa segue será também construída uma imagem corporal diante do corpo e da aparência desejados (WEINBERGER, *et.al.,* 2016, p. 424–441). O Estado não oferece escolhas e carece de Políticas Públicas eficientes, leia-se que a obesidade é considerada uma pandemia (WHO, 1998). Sabe-se da existência de indivíduos obesos já na época paleolítica, há mais de 25.000 anos atrás (HALPERN, 1999). O restrito entendimento sobre o impacto da obesidade compromete uma abordagem jurídica eficiente e ensejadora de uma análise crítica.

1. OBESIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS – UMA ANÁLISE CRÍTICA

As análises dos documentos do Ministério da Saúde e dos dados da Organização Mundial de Saúde e da Cartilha do SUS apontam para dados preocupantes sobre a obesidade, apontando que essa doença já apresenta traços de pandemia. Segundo dados da ABESO e levantamentos do IBGE, o índice beira os 60%. Cerca de 82 milhões de pessoas apresentaram o IMC igual ou maior do que 25 (sobrepeso ou obesidade). Isso indica uma prevalência maior de excesso de peso no sexo feminino (58,2%), que no sexo masculino (55,6%). Os dados anunciados pelo IBGE traduzem a urgência de se pensar Políticas Públicas adequadas à prevenção e tratamento do sobrepeso e obesidade. No entanto se resumirmos as Políticas Públicas relativas à Obesidade – excetuando o material escrito, mas antevendo os aspectos práticos da cidade de Curitiba. A pesquisa aponta para a deficiência da atuação do Estado, no que tange a resolução do problema. Na Cidade de Curitiba não há um Programa de Enfrentamento

da Obesidade nos últimos dez anos (CURITIBA, 2021). O caderno de Políticas Públicas do CRP de 2007 (SILVEIRA, 2007) não elenca com especificidade as questões relativas à obesidade. O caderno de psicologia e políticas públicas traz em seu bojo elementos como participação política e elenca conceitos básicos como público e privado, Direitos Humanos, cidadania, movimentos sociais, interdisciplinaridade, exclusão e inclusão, dignidade e violência. Trata também do Sistema Único de Saúde e as estratégias de saúde da família elencando temas como educação; criança e adolescente, a lei orgânica da Assistência Social; a questão da mulher; as políticas públicas para idosos; o desenvolvimento urbano; as políticas de trabalho; as políticas e meio ambiente; as políticas da cultura; as políticas públicas do esporte lazer e a rede de defesa de direitos humanos. Diante de seu próprio sumário a afirmação sobre a carência de uma política pública específica é tratada de modo cabal até mesmo pelo CRP (Conselho Regional de Psicologia). Lamentavelmente as políticas públicas voltadas para as pessoas obesas não dimensionam o desenvolvimento humano e a dignidade humana e isso compromete a efetividade dos Direitos Fundamentais.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVIDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITOS HUMANOS E SEGURANÇA ALIMENTAR

As políticas públicas nascem de uma necessidade social, por certo elas não são idênticas nos grupos, é preciso ordenar os antagonismos e as disparidades de modo a organizar a vida comum. A sociedade é um conjunto de pessoas com necessidades, desejos, interesses distintos. Nesse processo grupal o processo identitário não resta descartado.

Para Le Breton: "A existência social só é possível através da capacidade que o indivíduo tem de endossar uma sucessão de papéis diferentes segundo os públicos e os movimentos, mas sempre preservando uma unidade" (LE BRETON, 2018, p. 75). A busca pelo equilíbrio entre os conviveres das sociedades antiga, medieval e contemporânea é a tônica das civilizações desde os primeiros povos dos quais há indícios e comprovações. A Pólis Grega e seu Processo Democrático são os mais destacados. Por vezes através do mais forte ou quiçá através do exercício do convenci-

mento – como as discrepâncias intelectuais entre Eleatas e Sofistas (REALE, 2003). Norberto Bobbio tece a crítica sobre a República ideal, onde a divisão de categorias (governantes-filósofos; os guerreiros e os trabalhadores) e a atribuição de tarefas culminavam num equilíbrio harmônico é um Estado ficto, pois nessa construção perfeita e equilibrada esse Estado nunca existiu (BOBBIO, 2000, p. 45).

Na visão clássica Kelseniana: "O Estado é *Poder* e, por consequência, superior aos indivíduos submetidos às suas regras". E destaca também que: "*Vontade*, também distinta da vontade dos indivíduos, não psíquica e impossível de se conseguir pela simples soma das vontades individuais." (KELSEN, 1938, p. 109). O escrito não pretende deter-se nos aspectos teóricos do Estado. Esse trajeto serve para compreender onde as Políticas Públicas (HOFLING, 2001, p. 55) galgam seu espaço de existência e de aplicabilidade. Através de um recorte jussociológico de Ferdinand Lassale: "só é eficaz aquela Constituição que corresponda aos valores presentes na sociedade" (FERDINAND, 2009, p. 21). As Crises, Revoluções, as Guerras e as vertentes capitalistas interferiram no processo de construção do Estado (BONAVIDES, 1991) e nas suas mais diversas configurações, seja democrático, autoritário, liberal, neoliberal, totalitário, confederado ou unitário. Sob as mais variadas formas de governo: democrático, presidencialista, parlamentarista, socialista, oligárquico ou monárquico. Em que pese o debate entre a Escola Francesa e Alemã sobre formas de governo e formas de Estado (BOBBIO, 2000). O artigo não se presta para uma tratativa sobre a Teoria Geral do Estado ou a História das Constituições, o intento é trazer à lume a verificação da aplicabilidade do Estado de bem-estar social e ainda sua efetividade no Brasil. Aponta a origem do Estado Liberal com ênfase na Burguesia, e o Estado intervencionista também chamado de Social e/ou de providência, com foco nas revoluções bem como as crises e suas causas, delineando conceitos, características e atuação de fato na sociedade. Na demonstração do contexto histórico e baseado nas Constituições do Estado Brasileiro, desde o império em 1824 até a mais contemporânea de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, observando a trajetória e origem do Estado de bem-estar social, e quais os momentos têm respaldo para a aplicação, sendo ou não efetiva (DRAIBE, 2011). Para além da celeuma histórico-hermenêutica, o destaque recai sobre o Estado Social e o Estado de Bem-estar. Entretanto é

sabido que o Estado Social de Direito que se consagra no Século XX ainda não é capaz de corresponder ao Estado de bem-estar (PESCAROLO, 2019). Para Eloisa Hofling, o Estado não estar reduzido à burocracia pública, pois elas consistem na responsabilidade do Estado diante da tomada de decisões para reduzir as desigualdades, através do desenvolvimento socioeconômico (HOFLING, 2021). A educação alimentar não recebe uma atenção central e as causas de morte nem sempre aparecem ligadas à obesidade (CANESQUI, 2005).

As Políticas Públicas (AITH, 2006) trazem em seu bojo os lineamentos dos Direitos Humanos no que concerne à saúde e o bem-estar. Trata-se de uma análise documental da OMS, Cartilhas do SUS e da Cartilha do Conselho Regional de Psicologia. A saúde, a integralidade, a estética, a ética e a literatura trazem em seu bojo o desafio de uma tratativa que transita por incontáveis nuances (SCHENEIDER, 2011). Neste diapasão é preciso observar a Declaração Universal de Direitos Humanos em especial o art. 9º. que considera o Sujeito como elemento central do Desenvolvimento. E a crítica ganha seu contorno quando falamos na Obesidade, pois as suas dimensões ficam restritas ao "perder peso"; controlar o IMC e fazer controle alimentar, mas sem mencionar a qualidade dos alimentos e a publicidade divorciada de culpabilidades, pois a "lei" da oferta e da procura acaba prevalecendo sobre a proteção à saúde. Configurando um panorama excludente e mais adstrito ao consumo livre, a estética do que à saúde.

3.POLÍTICAS PÚBLICAS EXCLUDENTES – A EXCLUSÃO DO OBESO E A INVISIBILIZAÇÃO DO SUJEITO – PANORAMAS GLOBAIS

Preliminarmente, existe a necessidade do entendimento polissêmico sobre Políticas Públicas (BUCCI, 2002, p. 251). É possível compreender que o conceito de Política Pública através da noção de desenvolvimento que culmina na ideia de sustentabilidade. Uma vez que é preciso avaliar os impactos econômicos, políticos e sociais que propiciam mudanças qualitativas na vida dos componentes da sociedade (VEIGA, 2020).

A obesidade constitui um problema mundial. O mapa da obesidade apresentado pela OMS dá conta de que até 2025 cerca de 2,3 bilhões de

adultos estejam com sobrepeso e mais de 700 milhões de obesos. No Brasil, por sua vez, essa quantificação indica que mais de 50% da população adulta estará acima do peso (ABESO, 2020, às 15:40). A Europa apresenta um panorama que envolve estudos interdisciplinares. A obesidade é reconhecida como uma doença crônica por várias organizações nacionais e internacionais, incluindo a Federação Mundial de Obesidade (BRAY; KIM; WILDING, 2017), a Associação Europeia para o Estudo da Obesidade (YUMUK; TSIGOS; FRIED, 2015), a Sociedade de Obesidade (IASO), a Associação Médica Americana (KYLE; DHURANDHAR; ALLISON, 2016) e o Royal College of Physicians do Reino Unido (ROYAL, 2019).

A obesidade é um tema complexo, pois adentra nos meandros de consumo alimentar, da imagem corporal, empregabilidade, estilo de vida e estruturas físico-psicológicas. A obesidade envolve uma predisposição genética e alterações fisiopatológicas específicas, e não é simplesmente resultado do estilo de vida:

> *[…] Obesity is a serious, chronic, relapsing disease with a high prevalence and a substantial unmet medical need. This complex disease is influenced by multiple factors including genetics, physiological factors, psychological issues and environmental variables, both physical and social, and it affects individuals of all ages and regions. Obesity is associated with multiple complications and an increased risk of disability and mortality. Individuals living with obesity experience stigma, discrimination and a negative impact on both mental and health- related quality of life (CATERSON et.al., 2019).*[47]

Num breve pensamento filosófico trazido por Canguilhen, ele aponta reflexões entre o normal e o patológico (CANGUILHEM, 1978), a capacidade do sujeito deve ser diminuída diante de um estado patológico,

47 [...] A obesidade é uma doença séria, crônica e recorrente com alta prevalência e uma necessidade médica substancial não atendida. Esta doença complexa é influenciada por múltiplos fatores, incluindo fatores genéticos, fisiológicos, psicológicos e variáveis ambientais, tanto físicas quanto sociais, e afeta indivíduos de todas as idades e regiões. A obesidade está associada a complicações múltiplas e a um risco aumentado de incapacidade e mortalidade. Indivíduos que vivem com obesidade sofrem estigma, discriminação e um impacto negativo na qualidade de vida mental e relacionada à saúde (CATERSON et al., 2019 – tradução livre).

mas uma forma que não escapa da "norma". A competência do Profissional é cuidar do indivíduo doente, muito mais do que doença. Isso não acontece na Obesidade, onde o sujeito obeso é responsabilizado por sua condição (VIGARELLO, 2012). Surge nesse contexto a dialética da inclusão-exclusão que são imbuídas de uma subjetividade, pois os sujeitos sentem-se ao mesmo tempo incluídos e discriminados (SAWAIA, 2013). As questões econômicas acabam prevalecendo sobre a saúde. O Estado Democrático de Direito resta confrontado pelas conjunturas mercadológicas, gerando um desafio para os administradores públicos no que tange ao desenvolvimento econômico e a sustentabilidade (FREITAS, 2012). Para Daniel Hachem: "A atual noção de desenvolvimento, portanto, pressupõe a interdependência do aspecto econômico com outros elementos, tais como o social e o político" (HACHEM, 2013, p. 383). Para ele, essas transformações transitam entre os aspectos estruturais capazes de assegurar condições de bem-estar social. Essa reflexão coaduna com as proposições dos indianos Arjum Sengupta (2000) e Amartya sem (2000), pois sem descartar as questões relativas entre Estado, Economia e Sujeito eles ofertam uma reflexão dialética entre O Estado Liberal e o Estado Social de Direito, o entrave entre o processo de produção capitalista (ROCHA; BUISSA; MOTTA, 2020) e a acumulação de riqueza não são sinônimos de desenvolvimento, e essa compreensão pode ser configurada pela trajetória das sociedades, sejam elas consideradas primitivas ou modernas. Para Amartya o desenvolvimento deve se prestar ao desenvolvimento de capacidades dos indivíduos (SCHIER, 2019, p. 46).

Para Sengupta (2000) "o direito ao desenvolvimento segundo a Declaração adotada em Viena em 1993 é universal e inalienável". Os Direitos Humanos, através do exercício das liberdades políticas, quando tendo o desenvolvimento como vértice, garantem direitos sociais e a transparência da gestão pública que deve propiciar a sustentabilidade através da busca do bem-estar de todos (TRINDADE, 1993, p. 87).

Para Flores (2009), a luta pela dignidade humana se dá na problematização da realidade através dos Direitos Humanos. Há uma ligação que permeia aspectos sociais e emocionais. É preciso observar que para além do peso existe o sofrimento de uma pessoa (GALASSI, 2015). O direito administrativo tem papel destacado na proteção e inclusão, bem como garantindo a gestão eficiente, competente e transparente (SILVA, 2012).

Para Blanchet (2017, p. 1.150) "a consagração de direitos fundamentais depende diretamente da adequada utilização do Direito Administrativo como modelador de instituições eficientes".

> [...] Ou seja: (1) é dever do Estado garantir a eficácia imediata de direitos fundamentais em sua multifuncionalidade; (2) a garantia desses direitos pode ser realizada por prestações materiais, políticas públicas, serviços públicos e edição de normas; (3) o Direito Administrativo, especialmente pelo ato regulatório, compreende todas essas atividades passíveis de realizar direitos fundamentais; (4) o ato regulatório é dotado de discricionariedade; (5) para realizar direitos fundamentais, a escolha discricionária deve ser eficiente; e (6) a eficiência regulatória pode ser alcançada, dentre outros, pela ponderação de princípios e pelo uso de instrumentos do Direito Econômico (BLANCHET, 2017, p. 1150-1151).

Juarez Freitas (2012, p. 941) fala do Direito ao Futuro e da Sustentabilidade, pois é tarefa hermenêutica impedir as ações excludentes e assegurar a participação e o desenvolvimento livre, como menciona Amartya Sen. Juarez Freitas aborda a sustentabilidade apontando a agenda 2030, da ONU da seguinte forma: "Disso decorre que somente as políticas convergentes com a sustentabilidade multifacetada (social, econômica, ambiental, ética e jurídico-política) são constitucionalmente legítimas" (FREITAS, 2018, p. 941). Juarez Freitas considera ainda que são requisitos de Constitucionalidade de Políticas Públicas em que para uma nova visão, figuram entre outros a competência irrenunciável, a realização de prioridades constitucionais vinculantes, a forma prescrita em Lei de modo a evitar formalismos exacerbados, o objeto determinável e está sob o filtro intencional dos hábitos (FREITAS, 2018, p. 947). Os efeitos psicológicos, jurídicos e sociológicos, apontam a alimentação como um ato que extravasa a nutrição, mas que constitui um ato político (BALESTRO, 2019) atravessado pela íntima proteção dos Direitos Fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da obesidade recebe as mais variadas interferências, seja da moda, da ciência, do culto ao corpo. O controle do peso enseja deba-

tes sobre aspectos sociais, culturais, psicológicos, jurídicos e históricos. A norma social apresenta seu duro viés. As práticas de alimentação saudável, *fitness*, orgânica e vegana, mostram que o consumo alimentar extravasa a nutrição, mas constitui um ato político, atravessado pela íntima proteção dos Direitos Fundamentais.

A obesidade é compreendida na área da saúde como uma epidemia mundial. Por isso as ações para contê-la estão vinculadas a várias áreas: políticas públicas, comunicação pública, custo da saúde, fármacos, educação relacionada à alimentação, atividades físicas e qualidade de vida. No Brasil, como pode ser constatado nas Cartilhas de Saúde, a abordagem das restrições alimentares e a prevenção da Obesidade são restritivas e condenatórias, pois está divorciada dos problemas mais densos que recortam a obesidade. O Direito Administrativo tem papel destacado na proteção e inclusão, bem como garantindo a gestão eficiente, competente e transparente conforme destacadas as lições de Blanchet, Juarez Freitas e Adriana Schier. As políticas públicas tem o condão de colocar o Estado em ação. A obesidade resta como um desafio que conjuga todos esses panoramas numa diretriz comum, assegurar a igualdade, a dignidade humana e uma proteção ampla e irrestrita dos Direitos Fundamentais, através de uma administração pública e de políticas públicas humanizadas e comprometidas com o Desenvolvimento e com o Fomento.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do estado democrático de direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALESTRO, Miriam Villamil; CONTI, Irio Luiz. Atuação de Empresas Transnacionais no Sistema Agroalimentar Brasileiro e o Direito Humano à Alimentação Adequada. In: **Anais do IV Encontro Nacional de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar**, 2019, Goiânia. Anais eletrônicos... Campinas, Galoá, 2019. Disposível em: https://proceedings.science/enpssan-2019/papers/atuacao-de-em-

presas-transnacionais-no-sistema-agroalimentar-brasileiro-e-o-direito-humano-a-alimentacao-adequada-2. Acesso em: 14 jan. 2021.

BLANCHET, Luiz Alberto; BACELLAR, Roberto Ramos. Desafios do direito administrativo no estado regulador. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, p. 1125-1153, 3º quadrimestre 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 18 fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Brasília: UnB, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRAY G.A.; KIM, K.K.; WILDING; J.P.H. World Obesity Federation. Obesity: a chronic relapsing progressive disease process. A position statement of the World Obesity Federation. **Obes Rev**., v.18, p.715- 723, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANESQUI, A.M.; GARCIA, R.W.D. (orgs). **Antropologia e nutrição**: um diálogo possível [*on-line*]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. Antropologia e Saúde collection. ISBN 85- 7541-055-5.

CANGUILHEM, G. **O Normal e o Patológico**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1978.

CATERSON, I.D. *et. al.* Gaps to bridge: Misalignment between perception, reality and actions in obesity. **Diabetes Obes Metab**. v.21, n.8, p.1914-1924, ago.2019. DOI: 10.1111/dom.13752. Epub 2019 May 3. PMID: 31032548; PMCID: PMC6767048.

CZERESNIA, Dina. O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção. *In:* CZERESNIA, Dina; FREITAS, C. M. (Orgs.) **Promoção da saúde**: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro:

Fiocruz, 2003. p. 39-53. Disponível em: http://www.fo.usp.br/wp--content/uploads/AOconceito.pdf. Acesso em: 28 fev. 2019.

DRAIBE, Sônia M.; RIESCO, Manuel. Estados de bem-estar social e estratégias de desenvolvimento na América Latina: um novo desenvolvimentismo em gestação? **Sociologias**, Porto Alegre, v.13, n.27, p.220-254, ago. 2011. DOI: https://doi.org/10.1590/S1517-45222011000200009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222011000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 fev. 2021.

FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

FERDINAND, Lassalle. A Essência da Constituição. 9 ed. Brasília: Lúmen Juris, 2009.

FLORES, Joaquín Herrera. Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Novo Prisma Hermenêutico. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 24, n. 3, p.940-963, set/dez 2018. DOI: 10.14210/nej.v24n3. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749. Acesso em: 10 fev. 2021.

GALASSI, A.; YAMASHITA, A. L. V. Obesidade mórbida, o peso da exclusão. **Revista Científica da Faculdade Dom Bosco de Cornélio Procópio**, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: *facdombosco.edu.br:7080/revseer/index.php/revdireito/article/view/35. Acesso em: 10 fev. 2021.*

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul-set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan-jun. 2013.

HALPERN, Alfredo. A epidemia de obesidade. **Arq Bras Endocrinol Metab**, São Paulo, v. 43, n. 3, p. 175-176, jun. 1999. DOI: https://doi.org/10.1590/S0004-27301999000300002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27301999000300002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 fev. 2021.

HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. **Cad. CEDES**, Campinas, v.21, n.55, p.30-41, nov.2001. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0101-32622001000300003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-32622001000300003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 fev. 2021.

INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE STUDY OF OBESITY (IASO). **The Asia-Pacific perspective**: redefining obesity and its treatment. 2000. Disponível em: http://www.wpro.who.int/nutrition/documents/docs/Redefiningobesity.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1938.

KYLE, T.K.; DHURANDHAR, E.J.; ALLISON, D.B. Regarding obesity as a disease: evolving policies and their implications. **Endocrinol Metab Clin North Am**. v.45, p.511-520, 2016. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4988332/. Acesso em: 10 fev. 2021.

LACHAUSSE, R. G.; SANDOVAL, E. Differences in Health Education Competencies Among Obesity Prevention and Nutrition Education Professionals. Health Promot Pract, v. 21, n. 1, p. 114-122, jan. 2020. DOI: 10.1177/1524839918786234.

LE BRETON, David. Desaparecer de si: uma tentação contemporânea. Trad.Francisco Morás. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

MANCINI, Marcio C. e*t al.* Tratado de obesidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

MARTA, Taís Nader; KUMAGAI, Cibeli. A necessidade da utilização do princípio da diginidade da pessoa humana para efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 6, n. 6, jul-dez. 2009.

PAULA, Natália Ferreira de; PAULA, Nilson Maciel de. Políticas Públicas Promotoras de Ambientes Alimentares Saudáveis em Curitiba/Paraná. **Anais eletrônicos**... Campinas, Galoá, 2019. Disponível em: https://proceedings.science/enpssan-2019/papers/politicas-publicas-promotoras-de-ambientes-alimentares-saudaveis-em-curitiba-pr. Acesso em: 14 jan. 2021.

PESCAROLO, Carina; MARCHI, Soraia Paulino. O estado de bem-estar social no Brasil. **Percurso**, [S.l.], v. 1, n. 28, p. 286 – 303, jan. 2019. ISSN 2316-7521. DOI: http://dx.doi.org/10.21902/RevPercurso.2316-7521.v1i28.3430. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3430. Acesso em: 17 fev. 2021.

REALE, Giovanni; ANTISSERI, Dario. **História da Filosofia**: Filosofia Antiga. v. 1. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003.

REIS, Caio Eduardo G.; VASCONCELOS, Ivana Aragão L; BARROS, Juliana Farias. Políticas públicas de nutrição para o controle da obesidade infantil. **Revista Paulista de Pediatria**, São Paulo, v. 29, n. 4, p.625-633, 2011. ISSN: 0103-0582. Disponivel em: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4060/406038939024. Acesso em: 19 fev. 2021.

ROCHA, Mateus; BUISSA, Leonardo; MOTTA, Fabrício. O Tensionamento entre Estado e Economia no Contexto do Constitucionalismo Democrático: Análise da Função Regulatória e o atual Estágio Jurídico e Econômico do Brasil. **Revista Direitos Fundamentaos & Democracia**, v. 25, n. 3, 2020. DOI: 10.25192/ issn.1982-0496. rdfd.v25i31960.

ROYAL COLLEGE OF PHYSICIANS – RCP. **Calls for obesity to be recognised as a disease**. 2019. Disponível em: https://www.rcplondon.ac.uk/news/rcp-calls-obesity-be-recognised-disease. Acesso em: 17 fev. 2019.

SAWAIA, B. **As artimanhas da exclusão:** análise psicossocial e ética da desigualdade social. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

SCHENEIDERR, A. P. Nutrição Estética: valorização do corpo e da beleza através do cuidado nutricional. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.16, n.9, p.3909-3916, 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232011001000027&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 19 fev. 2021.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Fomento: administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019.

SCHUMPETER, Joseph. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro: Ed. Fundo de Cultura, 1961.

SEN, Amartya Kumar. Sobre ética e economia. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya Kumar. Desigualdade reexaminada. Trad. de Ricardo D. Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SENGUPTA, Arjun. Second Report of the Independent Expert on the Right to Development. E/CN.4/2000/WG.18/CRP.1. 11 set. 2000. Disponível em http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.

nsf/0/4490C26031920601C12569610048A2A0/$File /G0015327.pdf?OpenElement. Acesso em: 23 ago. 2020.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 64, p. 57-85, jul. 2012. DOI: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p57. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100004&lng=en&nrm=iso.Acesso em: 18 fev. 2021.

SILVEIRA, Andrea Fernanda *et al*. Caderno de psicologia e políticas públicas. Curitiba: Gráfica e Editora Unificado, 2007.

STUCKY, Rosane M. Michel. As políticas Públicas e a Exclusão na Conquista do Direito Universal à Saúde. *In*: BONETI, Lindomar Wessler (coord.). **Educação, exclusão e cidadania**. Ijuí: Editora Unijuí, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993): o Legado de Viena. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. San José, Costa Rica: IIDH; ACNUR; CIVC; CUE, 1996.

VEIGA, José Eli da. Saúde e sustentabilidade. Estud. av., São Paulo, v.34, n. 99, p.303-310, ago. 2020. DOI: https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3499.018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000200303&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 fev. 2021.

VIGARELLO, G. **As metamorfoses do gordo***:* História da obesidade. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

WEINBERGER, N. A. et al. Body Dissatisfaction in Individuals with Obesity Compared to Normal-Weight Individuals: a Systematic Review and Meta-Analysis. **Obes Facts.,** v. 9, n. 6, p. 424-441, 2016. DOI: 10.1159/000454837.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Obesity**: preventing and managing the global epidemic. Report of WHO Consultation on Obesity. World Health Organization. Geneva: WHO, 1998.

YUMUK, V.; TSIGOS, C.; FRIED, M. European guidelines for obesity management in adults. **Obes Facts**, v. 8, p. 402-424, 2015. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26641646/. Acesso em: 10 fev. 2021.

DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE POR MEIO DO TESTAMENTO VITAL E SUA REGULAMENTAÇÃO LEGAL

Henrique Lopes Dornelas[48]
Rafael Tinoco Palatnic[49]

INTRODUÇÃO

O envelhecimento da população vem acompanhado do aumento das enfermidades crônicas e incapacitantes. Em adição, o desenvolvimento das ciências médicas, ao mesmo tempo em que propicia maior possibilidade de curar enfermidades e possibilita o reestabelecimento da concepção mais ampla de saúde, também faz com que a sociedade, o direito pátrio e, mormente, os médicos, os familiriares e os pacientes se deparem com a necessidade de decidir sobre a vida, julgando à luz da bioética e do ordenamento jurídico.

Segundo dados do IBGE, no ano de 2017 o Brasil tinha 28 milhões de idosos, ou seja, cerca de 13,5% do total da população. Em dez anos,

---

48 Doutorando em Direito - UNESA. Mestre em Direito – UERJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGSD/UFF. Advogado. Professor na Universidade Estácio de Sá – UNESA, Bolsista Pesquisa Produtividade UNESA, Prof. Orientador Projeto Iniciação Científica UNESA, Professor no Centro Universitário Gama e Souza – UNIGAMA.

49 Graduando em Direito na Universidade Estácio de Sá - UNESA. Médico. Pós-graduado em Cardiologia. Participante Projeto de Iniciação Científica – UNESA.

chegará a 38,5 milhões (17,4% do total de habitantes). Segundo a projeção do IBGE, a previsão é de que no ano de 2042 a população brasileira atinja 232,5 milhões de habitantes, sendo 57 milhões de idosos (24,5%). No Brasil, estima-se que as doenças crônicas não transmissíveis (DCNT) são responsáveis por 72% das mortes (MALTA, 2014).

Após algum tempo do cenário internacional, emerge no Brasil a discussão específica sobre o "direito de morrer" e demais institutos que visam garantir o direito do indivíduo portador de DCNT em estágio de fim de vida morrer dignamente, através das diretivas antecipadas e do testamento vital.

O objetivo deste trabalho foi analisar o instituto do testamento vital como espécie de diretiva antecipada da vontade como um direito fundamental do indivíduo bem como verificar a importância de sua regulamentação legal. A metodologia empregada foi pesquisa bibliográfica e documental, estudo da legislação pertinente e revisão de literatura acerca dos direitos de morrer dignamente e da autonomia da vontade.

1. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E O TESTAMENTO VITAL

As diretivas antecipadas de vontade, mormente o testamento vital, crescem em utilização e importância no cenário atual. É um mecanismo que permite ao paciente com discernimento exercitar sua autonomia, podendo decidir a não ser submetido a tratamentos fúteis em casos terminais, garantindo sua dignidade no momento derradeiro (SILVA, 2017).

A manifestação da vontade de forma livre e consciente é um direito fundamental do indivíduo, dentro do campo da autonomia privada, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III da CF/88) como também dos princípios da Bioética. Nesse sentido:

> O fundamento maior para a adoção do testamento vital no nosso ordenamento resulta, pois, da autonomia da vontade privada do indivíduo, ou seja, o paciente determina-se pela sua vontade, única e exclusivamente, sem sofrer qualquer coerção externa, de modo que essa sua vontade manifesta passa a ter valor jurídico, tendo em vista ser a autonomia privada da fonte produtora de normas jurí-

> dicas, e do respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, de1988, assim como, dos princípios bioéticos da Autonomia, da Beneficência e da Justiça, os quais surgiram com a nova ciência, com a nova ética resultante dos avanços da medicina e da tecnologia quando se trata do prolongamento da vida (AMARAL; PONA, 2008).

O testamento vital enquadra-se como espécie de diretiva antecipada de vontade, assim como o mandato duradouro, como explica Luciana Dadalto (2013):

> Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder se expressar, livre e conscientemente – ainda que por uma situação transitória –, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situações de terminalidade. Enquanto o testamento vital refere-se a instruções acerca de futuros cuidados médicos ao quais uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida, ante um diagnóstico de terminalidade da vida, o mandato duradouro refere-se a simples nomeação de um terceiro para tomar decisões em nome do paciente quando este estiver impossibilitado – definitiva ou temporariamente – de manifestar sua vontade (DADALTO, 2013, p. 107).

O testamento vital "é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade" (BORGES, 2007, p. 240 *apud* PENALVA 2008, p. 518). Segundo Penalva (2008), "o mandato duradouro é um documento no qual o paciente escolhe uma pessoa que deverá tomar decisões em seu nome, quando o próprio paciente não puder exprimir mais sua vontade".

Tal documento poderia ser aplicado em três situações distintas: (i) estado terminal, (ii) doença crônica incurável e (iii) no estado vegetativo persistente. Importante destacar que a terminalidade não se relaciona somente com o tempo de vida, haja vista que o diagnóstico de um paciente terminal consiste naquele em que não há probabilidade de recuperação

com o atual estágio da medicina. Faz-se mister esclarecer que os tratamentos que podem ser recusados por esse documento são os extraordinários, que prolonguem a vida a qualquer custo, mesmo sendo fúteis sem modificar de maneira significativa o quadro clínico do paciente. Os cuidados paliativos não podem ser objeto de manifestação contrária ao seu uso, pois se propõem a amenizar o sofrimento e permitir ao paciente experimentar qualidade de vida em seus momentos finais (SILVA, 2017).

A despeito de não haver lei que determine sua formalidade, de acordo com Luciana Dadalto (2018) é importante que o testamento vital seja lavrado por escritura pública perante um notário, garantindo a segurança jurídica.

Apesar de como salientado, o Testamento Vital não ser estabelecido em lei, ele tem sido reconhecido por atos desprovidos de cunho normativo-jurídico expresso (BARBOSA, 2019), como por exemplo no Enunciado nº 528 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF) que dispõe no seguinte sentido: "É válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado 'testamento vital' em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de expressar sua vontade". Na justificativa apresentada para aprovação do Enunciado, explica-se que a disposição da vontade de ser formalizada por testamento ou qualquer outro documento autêntico (BARBOSA, 2019).

1.1. O TESTAMENTO VITAL E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Os EUA, através da lei federal *Patient Self Determination Act11* (PSDA), de 1991, iniciou o reconhecimento jurídico desses institutos. Essa lei traz o termo *directives*, da lei californiana que inaugurou a discussão naquele país, contudo como um gênero documental (*advanced directives*) de manifestações antecipadas de vontade para cuidados de saúde, a qual se divide em duas espécies de documentos: *living will* (testamento vital) e *durable power of attorney* (mandato duradouro) (DADALTO, 2013).

O estado australiano Austrália do Sul aprovou, em 1995, o Ato para Consentimento para Tratamento Médico e Cuidados Paliativos, lei dividida em duas partes. Sua segunda parte trata das diretivas antecipadas de

vontade, regulamentando quem detém capacidade para decidir sobre seu próprio tratamento, afirmando que os maiores de 18 anos podem recusar tratamentos utilizando testamento vital, nos casos terminais e de estado vegetativo permanente; regulamentando especificamente o mandato duradouro; definindo em relação aos casos de emergência em que o paciente não deixou expressa a sua vontade; e positivando as formalidades que devem ser observadas, inclusive sobre a criação de um Registro Nacional (SILVA, 2017).

Na Europa, o primeiro Estado a positivar as diretivas antecipadas foi a Espanha, ao promulgar sua Lei nº 41/02, em 2002, afastando a terminologia americana (*living will*) e denominando o instituto de *instrucciones previas.* De forma geral, essas devem conter as orientações à equipe médica sobre as vontades nas situações de fim de vida, possibilitando que o outorgante nomeie um representante para que possa manifestar sua vontade, em seu nome. A lei espanhola permite que um mesmo documento possa conter o testamento vital e o mandato duradouro, traduzindo a verdadeira diretiva antecipada. Em 2 de fevereiro de 2007, o Real Decreto 124/07 regulamentou a criação do Registro Nacional de *Instrucciones Previas* (DADALTO, 2013).

Em nosso continente, a experiência argentina fez com que em 2009 fosse promulgada a Lei Federal 26529, que trata dos direitos dos pacientes. Em seu artigo 11, esse diploma legal trata, ainda que genericamente, sobre as diretivas antecipadas de vontade (DADALTO, 2018).

Outros países como Portugal, Itália e Suíça são signatários da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, de 1997, que em seu artigo 9º determina que "serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente, que dizem respeito à intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade." (PENALVA, 2008). Em julho de 2012 Portugal promulgou lei que regulamenta as diretivas antecipadas de vontade (DADALTO, 2013).

1.2. O TESTAMENTO VITAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A discussão acerca dessa temática nos obriga, invariavelmente, a confrontá-la com os princípios e disposições constitucionais, o que, de forma

preliminar, pode parecer tratar-se de uma dicotomia. Ao discutirmos os conceitos relacionados à terminalidade, emerge a dualidade entre o direito à vida e o direito à dignidade humana.

Segundo Barroso e Martel (2010, p. 236):

> O direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer pessoa, sendo tutelado em atos internacionais, na Constituição e no direito infraconstitucional. Ao lado do direito fundamental à vida, o Direito contemporâneo – também em atos internacionais e domésticos – tutela, igualmente, a dignidade da pessoa humana. O direito de todos e de cada um a uma vida digna é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 236).

O princípio da dignidade da pessoa humana é, de acordo com o art. 1º da Constituição Federal (CF), um dos fundamentos basilares da república. Na sua expressão mais essencial, dignidade significa que a vida do ser humano tem valia intrínseca, objetiva, encerra significado em si mesma, e esse princípio constitucional veda, precisamente, uma instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Como descrevem os autores supracitados, "no mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 250).

A autonomia, presente no princípio da dignidade:

> [...] envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los (BARROSO e MARTEL, 2010, p. 252).

A pretensa dualidade surge quando confrontamos o princípio da autonomia, intrínseco à dignidade, com o disposto no art. 5º da CF, cláusula pétrea, que traz em seu *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção

de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (BRASIL, 1988, p. 1). O direito à vida, direito fundamental da pessoa humana, é inerente aos seres humanos, mas tem como principal objetivo respeitar a dignidade da pessoa humana através da proteção do Estado e da garantia de condições mínimas de uma existência digna, cabendo tanto à família quanto ao Estado assegurá-lo (TIBUSCKI; PSCHEIDT, 2020).

Segundo Guimarães (2011) existe claramente uma diferença entre o direito à morte, rechaçado veementemente pela nossa Constituição Federal de 1988 e pelo restante do ordenamento jurídico pátrio, com o direito à morte digna, que traz consigo as noções de piedade e dignidade pessoal, atrelados indubitavelmente à dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, resta claro a necessidade de sopesar, com proporcionalidade, o direito à vida (*caput* do art. 5º da CF), com a dignidade humana (inciso III do artigo 1º da CF).

Outrossim, em consonância com o exposto, ainda podemos destacar o inciso III do art. 5º da CF, *in verbis*: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Serve para corroborar a ideia defendida de ofensa à dignidade humana pelos tratamentos fúteis, descritos anteriormente, e pelo conceito de distanásia, que enfrentaremos mais à frente.

Outro direito constitucionalmente assegurado que contribui para a discussão, o direito à saúde encontra-se expressamente assegurado no art. 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Segundo a OMS, saúde não é o contrário de doença, e sim um estado de completo bem-estar físico, mental e social. O conhecimento médico-científico da atualidade permite que, através meios artificiais de prolongação da vida, seja ofertado ao paciente uma pretensa "sobrevida", na busca incessante em perpetuar a existência humana. Contudo, manter medidas terapêuticas que não reestabelecerão a saúde ou não trarão quaisquer benefícios para o paciente, expondo a pessoa ao risco de mais sofrimento, deve ser considerada inútil por, entre outras, não alterar o prognóstico da doença.

Na ADPF 54/DF, na qual o STF julgou ser direito das mulheres grávidas de fetos anencefálicos optarem por interromper a gestação com assistência médica, o ministro relator fundamentou seu voto, entre outros, na

laicidade do Estado e nos direitos à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia. Reconheceu ainda que a vida não é um direito absoluto, e que não há hierarquia entre ela e os demais direitos assegurados pela Constituição:

> Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão. (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, Relator Min. Marco Aurélio, Julgado em 12/04/2012, Publicação: DJe 30/04/2013).

Além da proporcionalidade, pode ser utilizado, para dirimir essas pretensas antinomias, o princípio *pro homine*. Esse não está declarado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, mas está contido em tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, os quais foram incorporados ao direito interno (LIMA, 2018). Como apuramos em trabalho anterior, "no Brasil, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, dispensando a edição de norma regulamentadora, conforme o artigo 5º, §1º da CF/88" (PALATNIC; DORNELAS, 2020, p. 324). Como descreve Gomes, 2007, acerca do mesmo princípio em referência, a Constituição Federal (CF/88), tratados de Direitos Humanos (TDH) e a legislação infraconstitucional:

> No plano material, quando se enfoca o Direito dos Direitos Humanos, os três ordenamentos jurídicos citados (CF, TDH e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes (ou seja: eles se retroalimentam e se complementam). Em outras palavras, no plano material não há que se falar (ou é irrelevante falar) em hierarquia entre as normas de Direitos Humanos: por força do princípio ou regra *pro homine* sempre será aplicável (no

> caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. Materialmente falando, portanto, não é o *status* ou posição hierárquica da norma que vale, sim, o seu conteúdo (porque sempre irá preponderar a que mais assegura o direito). A fundamentação para o que acaba de ser exposto é a seguinte: por força do art. 27 da Convenção de Viena (que cuida do Direito dos Tratados internacionais), "nenhum Estado que faz parte de algum tratado pode deixar de cumpri-lo invocando seu Direito interno (GOMES, 2007, p. 198).

Segundo Lima (2018), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos descreve em seu art. 5º o princípio *pro homine* como forma de interpretação mais benéfica sobre as normativas que envolvem direitos humanos. O Brasil promulgou o referido tratado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

1.3. O TESTAMENTO VITAL EM FACE DO CÓDIGO PENAL E DA JURISPRUDÊNCIA

O testamento vital é a declaração de vontade do paciente plenamente capaz, apta a produzir efeitos quando esse indivíduo não puder mais exprimir sua vontade, deixando registrado os procedimentos que deseja receber entre o tratamento médico intensivo ou por medidas paliativas que buscam uma morte digna.

No entanto, não resta positivado em nosso ordenamento jurídico disposições específicas concernentes ao testamento vital. Paulo Lôbo (2016 *apud* PESSANHA et al., 2018) sustentam que por tratar-se de negócio jurídico equiparado, o testamento vital deve seguir o preceituado pelo Código Civil, em seu art. 104. Assim, a validade do ato subentende a capacidade do agente, forma prescrita ou não defesa em lei bem como a licitude do objeto.

Segundo Luciana Dadalto (2018, p. 7):

> Sob a égide da constitucionalização do direito civil, o negócio jurídico é uma vontade particular, reconhecida pelo ordenamento, que se presta a produzir determinados efeitos desejados pelo agente. Assim, não basta a vontade do indivíduo, é necessário que

> o sistema normativo vigente reconheça poder de autorregulação, o que se chama atualmente de autonomia privada (DADALTO, 2018, p. 7).

Em julgamento da Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, que objetivou a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 1805 do Conselho Federal de Medicina, houve decisão no seguinte sentido:

> Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me, pois, à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. (SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3).

Certo é que o testamento vital não autoriza a opção de abreviar a vida, como ocorre na eutanásia. A questão a ser enfrentada é a inexorabilidade da morte e a necessidade de reconhecer a incapacidade da medicina em determinados casos. Em última análise, autoriza a não prolongar a vida a qualquer custo, assegurando o direito a uma morte digna, com menos sofrimento.

Nesse sentido:

> O indivíduo é o principal ator nas relações bioéticas e jurídicas e, por essa razão, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos impõe que a autonomia deve ser respeitada. A pessoa será livre para decidir sempre que sua responsabilidade individual puder ser considerada e sua conduta individual respeitar a autonomia dos demais. Aqueles que não são capazes de exercer sua autonomia devem receber proteção, por meio de medidas especiais, para garantir seus direitos e interesses. A autonomia do indivíduo só pode

> ser respeitada quando qualquer procedimento médico preventivo, diagnóstico ou terapêutico é antecedido por uma manifestação de vontade, por um consentimento livre e esclarecido dele. Para que o consentimento seja válido, é fundamental que a informação seja adequada, pois só assim o sujeito será capaz de consentir.

Contudo, como já dito, não existe uma norma jurídica que regulamente o assunto, somente uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, a despeito de não haver impedimentos legais à sua positivação no ordenamento jurídico pátrio. Em que pese sua legalidade, segue jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS):

> APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. **2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural**. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. **4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Fe-**

> **deral de Medicina**. 5. Apelação desprovida" (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013) (TJ-RS, AC 70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013, Primeira Câmara Cível) (grifo nosso).

Ainda que a eutanásia seja tipificada pelo Código Penal brasileiro como homicídio, art. 121, sendo passível de redução de pena pelo disposto no § 1º, "se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção [...] juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço" (BRASIL, 1940), a ortotanásia, atinente ao cumprimento do disposto no testamento vital, não se confunde com ela. Na eutanásia, alguém, por sentimento de piedade, abrevia (causa) a morte de um paciente em estágio terminal, a pedido desse. De forma distinta, a ortotanásia garante o direito de suspender os tratamentos médicos inúteis que prolongam (artificialmente) a vida desse paciente, permitindo a morte, certa, ocorrer ao seu tempo (BARTEL e ANDRADE, 2021). A palavra ortotanásia etimologicamente significa *orthos* (correto, certo) e *thanatos* (morte), a morte no seu tempo certo (SILVA, 2017).

Maria Elisa Villas-Bôas expõe que:

> No que diz respeito à forma de atuação do agente (ou ao modo de execução), divide-se a eutanásia em ativa, quando decorrente de uma conduta positiva, comissiva; e passiva, quando o resultado morte é obtido a partir de uma conduta omissiva. Note-se que as condutas médicas restritivas não devem ser confundidas com a eutanásia passiva, embora seja praxe fundi-las. A eutanásia passiva, bem como a ativa, tem por busca de resultado promover a morte, a fim de, com ela, pôr termo aos sofrimentos. [...] Embora sutil, a distinção entre eutanásia passiva e ortotanásia tem toda relevância na medida em que responde pela diferença de tratamento jurídico proposto: a ilicitude desta e a licitude daquela. Na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se arbitrariamente condutas que ainda eram indicadas e proporcionais, que poderiam beneficiar o paciente. Já as condutas médicas restritivas são lastradas em critérios médico-científicos de indicação ou não-indicação de uma medida, conforme a sua utilidade para o paciente, optando-se conscienciosamente pela abstenção,

> quando já não exerce a função que deveria exercer, servindo somente para prolongar artificialmente, sem melhorar a existência terminal (VILLAS-BÔAS, 2008, p. 63).

Há um anteprojeto para um novo Código Penal Brasileiro (nº 236/2012), que se encontra em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, que sem utilizar o termo ortotanásia, a considera como uma espécie de excludente de ilicitude, conforme disposto no art. 122 no §2º,: "Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, de descendente, cônjuge, companheiro ou irmão".

1.4. AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM) E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS MÉDICOS

Preliminarmente, cabe ressaltar que há grandes diferenças entre as seguintes categorias de terminalidade: eutanásia, ortotanásia e distanásia. Estando os dois primeiros já descritos acima – enquanto a ortotanásia seria morte ao tempo certo e a eutanásia é a morte antecipada – no outro extremo encontra-se a distanásia.

A distanásia consiste em prolongar em quantidade o tempo de vida de um paciente, utilizando-se de todos os recursos possíveis para prorrogá-la ao máximo. Caracteriza-se por uma morte penosa, por meio de tratamento que apenas prolonga a vida biológica do paciente, sem qualidade de vida e sem dignidade (OLIVEIRA, 2020). Distanásia tem origem grega, onde *dis* (afastamento) e *thanatos* (morte), que traduzindo, significa, prolongamento exagerado da morte, tratamento inútil (SILVA, 2017). Ligam-se a essa a obstinação terapêutica, comportamento do médico em combater de todas as formas (incluindo as irracionais) a morte, como se pudesse vencê-la; e o tratamento fútil, ou seja, o emprego de técnicas e desproporcionais de tratamento, incapazes de ensejar a melhora, mas com capacidade (quase desumana) de adiar o fim inevitável, agravando o sofrimento do paciente (BARROSO; MARTEL, 2010).

Foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 26 de novembro de 2006, a Resolução CFM 1805/2006, na qual o Conselho Federal de Medicina (CFM) permite que na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis o médico possa limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, se essa for a vontade do paciente ou de seu representante legal (CFM, 2006).

O Conselho Federal de Medicina, em 09 de agosto de 2012, aprovou a Resolução 1.995, que dispõe sobre diretivas antecipadas de vontade. Em seu art. 1º define as diretivas antecipadas de vontade como um conjunto de vontades "prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber quando estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade" (CFM, 2012).

Para que o indivíduo possa livremente exercer seu direito humano fundamental à sua autonomia da vontade, por meio de uma diretiva antecipada de vontade, deve ser observado:

> Que a autonomia do indivíduo só pode ser respeitada quando qualquer procedimento médico preventivo, diagnóstico ou terapêutico é antecedido por uma manifestação de vontade, por um consentimento livre e esclarecido dele. Para que o consentimento seja válido, é fundamental que a informação seja adequada, pois só assim o sujeito será capaz de consentir (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 33).

Esta Resolução inaugurou a regulamentação da matéria no país, contudo, uma vez que não cabe ao CFM legislar, mormente sobre matéria penal, deve-se entendê-la apenas como posicionamento bioético, restando ainda lacuna que deve ser preenchida pelo Poder Legislativo, cumprindo seu dever constitucional. Preocupa, em especial, os parágrafos 3º e 5º do artigo 2º, os quais seguem transcritos:

> Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em

> consideração suas diretivas antecipadas de vontade.
>
> §3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.
>
> §5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente (CFM, 2012).

Ao que pese ser esse documento, as diretivas antecipadas de vontade, a forma de o paciente não experimentar a distanásia, no momento derradeiro o médico, ao cumprir o que aduz o parágrafo 5º descrito acima, necessitará fazer uso dos tratamentos rechaçados pelo paciente, para que tenha tempo hábil de consultar a Comissão de Ética do Hospital e/ou o CFM.

Outrossim, a Resolução não tem força de lei e, portanto, não afastará possíveis ações reparatórias ou penais em face do médico que cumprir seu parágrafo 3º. Se houver consenso entre os familiares de manter o paciente vivo, ofertando o que, ao médico, pareça tratamentos fúteis ou inúteis, esta (a Resolução), sozinha, não será capaz de proteger o profissional médico junto ao Poder Judiciário.

Podemos levantar outras questões que deverão ser respondidas na atividade legislativa ou em decretos ou resoluções regulatórias da lei. Sem prejuízo de outras, algumas das questões versam sobre como e quais tratamentos, objetivamente, serão considerados fúteis e inúteis; quais sujeitos poderão fazer diretivas antecipadas; se haverá, ou não, obrigatoriedade do registro em cartório de notas e criação de Registro Nacional; e se será necessária consultoria comprovada de um médico e de um advogado na feitura do documento.

CONCLUSÃO

Partindo da constante evolução tecnológica da medicina, vemos emergir conflitos que envolvem o prolongamento da vida e as tentati-

vas em adiar a morte. Parte da sociedade defende que ao não lançar mão de todos os recursos estaríamos antecipando os efeitos da morte. Outros defendem a tentativa de resgatar a autonomia dos pacientes em autodeterminarem-se e garantirem sua dignidade quando do fim de sua vida, pilar estruturante do nosso Estado Democrático de Direito.

O modelo democrático da nossa Constituição se alicerça na dignidade da pessoa humana, sua autonomia e sua liberdade, sem distinção de qualquer natureza. Destarte, irrompe o testamento vital como a manifestação pura do desejo do paciente em dispor sobre os cuidados e tratamentos que deseja ou não receber, quando e se porventura se encontrar impedido de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Há possibilidade de o testamento vital existir, válido e eficaz, mesmo enquanto não haja lei específica regulamentando sua utilização. As diretivas de vontade, gênero do qual é espécie, restam tacitamente positivadas em diversos princípios constitucionais e diplomas legais no nosso ordenamento jurídico, além de permear diversas decisões do Poder Judiciário.

Contudo, não obstante o grande avanço obtido no Brasil, há muito o que se discutir sobre o testamento vital, sendo mister preencher a lacuna legal existente no país, colocando-nos em consonância com outros ordenamentos jurídicos propiciando desta forma que os profissionais médicos tenham segurança jurídica para cumprir a vontade de seus pacientes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian Pona. Autonomia da Vontade Privada e Testamento Vital: A Possibilidade de Inclusão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Privado – Universidade Estadual de Londrina**, v.1, n. 3, set-dez 2008.

BARBOSA, Aurilene. Testamento vital e as diretivas antecipadas de vontade. **Colégio Notarial do Brasil**. Disponível em https://cnbba.org.br/2019/12/26/artigo-testamento-vital-e-as-diretivas-antecipadas-de-vontade-por-aurilene-barbosa/, Acesso em: 1 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto Barroso; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A Morte como ela é: dignidade e Autonomia Individual no Fi-

nal da Vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia** v. 38, p. 235-274, 2010.

BARTEL, Márcio Renato; ANDRADE, Cristina Isaltina. Morte Digna –A Ortotanásia e A perspectiva da Exclusão da Ilicitude no Projeto de Lei nº 236/2012. **Revista de Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará** – Belém v. 7, n. 10, p. 84-102, jul 2020. Disponível em: http://www.revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/338/287. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Código Penal. Decreto lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31 mar 2021.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM Nº 1.995/2012.** Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995. Acesso em: 27 mar 2021.

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

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Dispõe sobre Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 29 mar 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, 09 de julho de 2012: Novo código penal.** Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404. Acesso em: 31 mar. 2021.

CONJUR. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. **CONJUR** – Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf. Acesso em: 1 abr. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados.** Enunciado 528 da V Jornada de Direito Civil. Disponível em https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597, Acesso em: 2 abr. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 1.805/2006.** Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805. Acesso em: 27 mar. 2021.

DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. **civilistica.com,** v. 7, n. 2, p. 1-16, 28 out. 2018. Disponível em: http://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/363. Acesso em: 28 mar 2021.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, v. 21, n. 1, p. 106-12, 2013. DIsponível em: https://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1#:~:text=A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CFM%201.995%2F12,comunica%2D%20das%20pelo%20paciente%2021. Acesso em: 28 mar. 2021.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital.** Indaiatuba-SP. 4ª ed. Editoras Foco, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa "pro homine". **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho-PR, n. 7, p. 197-202, fev. 2013. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/80/80. Acesso em: 29 mar. 2021.

GUIMARÃES, Marcelo Ovídio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais.** São Paulo: J.H. Mizuno, 2011.

LIMA, Meiriany Arruda. O testamento vital à luz do ordenamento jurídico brasileiro e o princípio pro homine. **Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.,** Brasília, v. 7, n. 1, p. 12-28, jan-mar. 2018.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade.** São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

MALTA, Deborah Carvalho Malta. Et al. Mortalidade por doenças crônicas não transmissíveis no Brasil e suas regiões, 2000 a 2011. **Epidemiol. Serv. Saúde,** Brasília, v. 23, n. 4, p. 599-608, out-dez 2014.

OLIVEIRA, Letícia Silva. Testamento Vital: limitações e liberdade individual no ordenamento jurídico brasileiro. **Monografia.** Disponível em: http://45.4.96.19/bitstream/aee/16878/1/Monografia%20-%20LET%c3%8dCIA%20SILVA.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

PALATNIC, Rafael Tinoco; DORNELAS, Henrique Lopes. Tutela dos Direitos dos Idosos: a Importância da Convenção Interamericana Sobre Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos 313. In: CARVALHO, Isabelle; RIBEIRO, Thais A. **Dimensões dos direitos humanos e fundamentais.** Carvalho, Isabelle Dias, Mayra (Org.).). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

PENALVA, Luciana Dadalto. As Contribuições da Experiência Estrangeira para o debate acerca da Legitimidade do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **CONPEDI.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/12_265.pdf. Acesso em: 29 mar 2021.

PESSANHA, Anysia Carla Lamão; LOUVEM, Lígia de Paula; RANGEL, Tauã ima Verdan. O Emprego do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico. **Revista Transformar**, v. 13, n. 1, jan./jul. 2019. Disponível em: file:///C:/Users/Iandra%20Palatnic/Downloads/367-926-1-PB%20(1).pdf. Acesso em: 29 mar 2021.

SILVA, Divina Gleicy Gonçalves Batista Da. A Possibilidade do Testamento Vital à Luz da Escada Ponteana. **Monografia – Repositório UNICEUB.** Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11340/1/21353268.pdf. Acesso em: 29 mar de 2021.

TIBUSCKI, Diogo.; PSCHEIDT, Ana Cássia Gatelli (2020). Direito a escolher morrer versus direito à vida: reflexões sobre a eutanásia. **Academia de Direito,** 2, 211-227. Disponível em: http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2314. Acesso em: 30 mar 2021.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. **Revista Bioética** 2008 16 (1): 61 – 83. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59. Acesso em: 31 mar 2021.

O DIREITO AMBIENTAL E SUA NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO HUMANO

Timóteo Ágabo Pacheco de Almeida [50]

INTRODUÇÃO

Ao redor do globo terrestre, tragédias ecológicas acontecem rotineiramente, em sua maioria com a participação ou conivência de Estados soberanos e por meio de condutas antropogênicas. Contudo, mostra-se ainda precária a responsabilização internacional ambiental por tais condutas, especialmente perante os Sistemas Internacionais de Direitos Humanos. A fim de explanar sobre essa peculiar problemática, o presente trabalho gravitará um tema geral: o reconhecimento do direito ambiental como um inegável direito humano, aprofundando-se na seara do Direito Internacional Ambiental.

À luz de um histórico jurisprudencial do tema, e partindo-se das novas perspectivas, o direito ambiental será apresentado como um nítido direito humano fundamental, entendimento reprisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sua Opinião Consultiva n. 23/2017.

---

50 Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Ciências Penais e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Professor convidado em Projetos de Extensão, pela Universidade Federal do Amazonas. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Manaus, Amazonas, Brasil.

Destarte, a natureza jurídica do direito ambiental, seus elementos conceituais e a análise cronológica da sua tutela serão objeto de estudo.

O trabalho tem como áreas de abrangência: Direito Ambiental, Direito Comparado, Direito Internacional, Direito Processual e Ciências Sociais Aplicadas que tangenciem o assunto. Por sua vez, utilizar-se-ão os métodos indutivo-dedutivo e sistemático na análise hermenêutica do objeto, sendo usada, como forma de abordagem, a pesquisa quantitativa jurisprudencial – de viés bibliográfico e documental – e, quanto aos fins, a qualitativa descritiva. De igual forma, utilizará a pesquisa documental e bibliográfica para obtenção de dados e informações atualizadas sobre o tema.

Contudo, para buscar melhor defini-lo, será realizado um corte epistemológico histórico, previamente ao exame da sua definição jurídica, a respeito de sua origem.

1. A ORIGEM DO DIREITO HUMANO AMBIENTAL

Em "Terra Pátria", munindo-se de uma linguagem quase poética, Edgan Morin (2002, ps. 49 e 66) descreve os nuances da história planetária, destacando os primórdios da problemática preservacionista. Em sua análise, o autor enfatiza a rota de colisão entre as diversas ideias de exploração econômica da superfície terrestre e de tutela ecológica:

> Esse grão de poeira cósmica é um mundo. Mundo por muito tempo desconhecido dos homens que não obstante haviam recoberto o planeta há várias dezenas de milhares de anos ao se separarem uns dos outros. **A exploração sistemática da superfície da Terra efetuou-se ao mesmo tempo que se desenvolveu a era planetária**, e dela expulsou paraísos, titãs, gigantes, deuses ou outros seres fabulosos, para reconhecer uma Terra de vegetais, de animais e de humanos [...]. **A Terra é um pequeno cesto de lixo cósmico transformado de maneira improvável não apenas num astro muito complexo, mas também num jardim, nosso jardim.** A vida que ela produziu, da qual ela usufrui, da qual usufruímos, não surgiu de nenhuma necessidade *a priori*. Ela é talvez única no cosmos, é a única no sistema solar, é frágil, rara, e preciosa por ser rara e frágil.

Nesse ambiente, em que a evolução humana findou por entrar em constante choque com a preservação do "nosso lar", não tardaram a surgir as primeiras questões ambientais. O meio ambiente começou a perder, desse modo, seu *status* finalístico prioritário de residência da espécie humana e de lar de convivência dos seus integrantes, passando a ser um simples meio fornecedor de bens e recursos a serem explorados, há séculos, por condutas humanas muitas vezes nocivas a toda a biodiversidade.

Exemplos não faltam de tais condutas, seja em nível minimizado e individualizado, seja no macro plano, de lesões sinérgicas e de amplo impacto. Romeu Thomé (2016, ps. 24 e ss.) apresenta uma gama de eventos dessa natureza, qualificando como fontes materiais do direito ambiental, à guisa de exemplo: o desastre de Minamata, o acidente químico de Seveso, o vazamento de Amoco Cadiz, além dos famosos casos Bhopal, Chernobyl e Fukushima. No Brasil, o histórico não é diferente, lembrando o autor o caso Cubatão, ao qual se somam os danos já verificados nos incidentes de Belo Monte e, recentemente, na cidade de Mariana, na bacia hidrográfica do Rio Doce e em Brumadinho.

De igual forma, sobre os gravames ambientais que demandam o crescimento da preocupação com a tutela ecológica, Barbara Rose Johnston (1995, p. 112) explana

> A humanidade está lutando para sobreviver diante de desertos em crescimento, destruição de florestas, declínio pesqueiro, contaminação de alimentos/água/ar, extremos climáticos e eventos climáticos que continuam a se intensificar: inundações, secas e furacões. Muitas das crises ambientais atuais carecem de tangibilidade – é difícil vê-las, defini-las, compreender suas origens e entender suas consequências. Essas crises raramente se limitam a um local imediato – a radiação não conhece fronteiras. Em muitos lugares do mundo, informações sobre crises ambientais são retidas daqueles que experimentam as consequências adversas. E as crises ambientais não são experimentadas igualmente. (tradução livre)

Assim, a crescente lesividade ambiental não apenas tem demonstrado a ineficiência da conservação dos recursos naturais, ante as práticas industriais de uma sociedade capitalista de risco, como também torna inevitável a

reinterpretação normativa dessa efetividade ambiental, destacadamente em seu caráter preventivo. Não por outro motivo, antigos distúrbios no espectro ambiental da Terra, que remontam às primeiras décadas após o início da Revolução Industrial, somente agora, à luz de um novo enfoque e sob o filtro de um recente pensamento biocêntrico, recebem a necessária ênfase.

A inquietação leva Celso Fiorillo (2013, p. 22) a questionar quem seria o beneficiário do direito ambiental. "Cabe-nos neste momento questionar: a quem o direito ambiental serve? Seria somente ao homem ou a toda e qualquer outra forma de vida?", indaga. Assim, mostra-se claro que a origem do direito ambiental, como ramo jurídico autônomo, repousa no mesmo berço da preocupação mundial com os danos ecológicos. Contudo, para que se compreenda a atual mudança de paradigma, os elementos conceituais primários e a real natureza jurídica do direito ambiental, faz-se mister uma prévia abordagem histórica do problema.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA ECOLÓGICA

O surgimento do direito ambiental não se deu de modo instantâneo, após eventos e/ou convenções internacionais sobre o meio ambiente. É inegável que o ramo jurídico possui inquestionáveis marcos históricos, como a Conferência de Estocolmo, de 1972, e a Conferência do Rio de Janeiro, de 1992. Todavia, a origem histórica da tutela ambiental precede a essas balizas de referência. Cronologicamente, podem ser destacadas cinco fases distintas na análise da efetividade da proteção ambiental e da eficácia normativa desse ramo jurídico, as quais podem ser, desse modo, sintetizadas:

(a) A fase da total irrelevância jurídica do direito ambiental: até meados da década de 1920, o direito ambiental não possuía qualquer proteção legal na quase unanimidade dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Sua efetividade protetiva era praticamente nula, fundada na exploração ilimitada de recursos naturais, sob o arcaico argumento de que tais recursos seriam inesgotáveis e, portanto, não precisaria o ser humano destinar maior preocupação à manutenção, restauração ou prevenção contra sua extinção.

Porém, tanto no cerne internacional normativo, quanto pela via jurisprudencial, muito se tardou para reconhecer o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental. Curiosamente, a evolução da

consciência ecológica se deu de modo muito anterior à própria Revolução Francesa. Renato Guimarães Jr. (1981, p. 114) cita que "o homem conseguiu sair da Idade da Pedra para ingressar na Era das Civilizações somente quando associou noções de Direito ao conhecimento sobre Ecologia".

Em complemento, Luís Sirvinskas (2017, p. 73) menciona que no antigo Império Egípcio, a proteção ecológica já era explicitada na *confissão negativa*, constante do Livro dos Mortos, que data de três milênios e meio atrás. Nesta, descrita no capítulo 126 do livro, o falecido expunha em seu testamento o voto de não ter matado animais tidos como sagrados, nem tampouco prejudicado lavouras, sujado a água, usurpado a terra, cortado dique, dentre outras preocupações de viés protecionista ao meio ambiente. É evidente, portanto, o atraso secular no surgimento das primeiras normas que priorizassem a consciência ecológica, como se faz mais evidente na próxima fase.

(b) A etapa histórica da recognição da tutela ambiental como elemento passível de normatividade, mas sem eficácia jurídica imediata: com o advento das Constituições sociais – cujos paradigmas foram as Cartas Constitucionais do México de 1917 e de Weimar de 1919 –, os direitos sociais receberam maior atenção das ordens estatais ao redor do mundo.

Por consequência, as primeiras disposições legais começaram timidamente a surgir, sem, contudo, possibilitar maior ingerência judicial na proteção do meio ambiente. Exemplo disto se deu com a Constituição brasileira, de 1934, ao consagrar, em seu art. 5º, inciso XIX, alínea *j*, a competência privativa da União para legislar sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, água, energia hidrelétrica, floresta, caça e pesca e a sua exploração.

(c) A fase do surgimento dos direitos de terceira dimensão e o tratamento da tutela ambiental como norma programática: a partir da metade do século XX, a constitucionalização do meio ambiente se tornou uma tendência internacional, a evidenciar, finalmente, a formação de um novo ramo jurídico: o Direito Ambiental.

No entanto, o foco da tutela jurídica ainda pairava sobre os direitos civis e políticos. Em segundo plano, encontravam-se os direitos sociais e econômicos; porém, mesmo esses direitos eram considerados majoritariamente sem eficácia jurídica imediata, além de não incluírem em seu seleto rol os direitos ambientais. Logo, não causa surpresa a constatação de que,

no íntimo dos principais tratados internacionais definidores de direitos humanos elaborados à época, a matéria ambiental não encontre expressa previsão nominal. É justamente esse o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Carta da Nações Unidas (1945), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros.

Mesmo quando a matéria era aventada, no contexto de convenções que deveriam dar enfoque ao tema, a pressão política e a visão dogmática da Era do Antropoceno, calcada no incontestável domínio humano sobre a natureza, ora impediam que fosse assegurada uma efetiva proteção normativa, ora desviavam o foco para uma pseudo-preservação.

Nesse derradeiro grupo, exemplifica-se a atividade hermenêutica advinda do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao descrever, no seu art. 12, 2, *b*, que os Estados signatários devem assegurar "a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente". De igual modo, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador", no seu art. 11, define que "toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos" e que os "Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente".

Apesar das divergências, o avanço do tema representou louvável medida. Sob a influência da Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo, em 1972, surgiram as primeiras Constituições Ambientais, como, *verbi gratia*, as da Grécia (1975), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Ainda assim, o direito ao meio ambiente continuava sendo abordado como uma norma meramente programática, sob a qual não incidiria a máxima da eficácia imediata dos direitos fundamentais.

(d) A fase da proteção jurídica ambiental exauriente, mas indireta ou por ricochete: nesta etapa, iniciada no fim do Século XX, destacaram-se os posicionamentos de diversos pretórios internacionais, quanto à reinterpretação de tratados internacionais relacionados à temática ambiental. É essa também a posição ainda adotada em alguns setores específicos do

Direito Comparado. No seu âmago, a tutela ambiental se tornou inquestionável direito fundamental; porém, sob a condição de que sua apreciação ocorresse de modo indireto ou por ricochete, em relação a outro direito atingido no mesmo caso *sub judice*.

Tal premissa ganha relevância e se faz, ainda hoje, muito presente em diversos países, pela elevada dificuldade que alguns ordenamentos jurídicos possuem em aceitar o viés processual coletivo dos direitos fundamentais, mormente em regimes clássicos de *civil law*, onde a responsabilização civil sempre se deu em face de fatores individualizados.

(e) Por fim, emerge a fase do reconhecimento direto do direito ambiental como um direito fundamental e intergeracional, inerente à personalidade humana. As cortes e convenções internacionais têm começado a caminhar nessa mesma direção, como destaca a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, o entendimento recente da Opinião Consulta n. 23/17, da Corte IDH, além de recentes julgados de outras Cortes Regionais.

A Carta Democrática Interamericana também fixou, em seu art. 15, que "o exercício da democracia facilita a preservação e o manejo adequado do meio ambiente", devendo cada nação respeitar "os diversos tratados e convenções, para alcançar um desenvolvimento sustentável em benefício das futuras gerações"[51]. Na mesma esteira, a Carta Africana de Direitos Humanos proclama, em seu art. 24, que "todos os povos têm direito a um meio ambiente satisfatório e global, propício ao seu desenvolvimento"[52].

Como exemplo dessa tendência, ainda podem ser citados os seguintes instrumentos normativos: a Convenção da Basileia sobre o Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – incluídas a Carta do Rio e a Agenda 21, da Conferência sobre Ambiente e Desenvolvimento –, a Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, o Protocolo de Montreal sobre a camada de ozônio, o Protocolo de Kyoto sobre o efeito estufa, o recente Acordo de Paris, dentre outros. Todavia, não obstante examinada a gradação histórica da tutela ambiental,

51 Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm>. Acesso em: 05.01.2021.

52 Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

persistem questionamentos quanto ao conceito dos institutos jurídicos, à natureza jurídica destes e ao estabelecimento de premissas terminológicas na seara ecológica.

3. ELEMENTOS CONCEITUAIS DO DIREITO AMBIENTAL

O nível de complexidade conceitual do direito ambiental já se destaca pela própria definição da expressão meio ambiente. Édis Milaré (2007, p. 111), em ímpar explanação, descreve como meio ambiente, *in verbis*:

> [...] o conjunto de elementos abióticos (físicos e químicos) e bióticos (flora e fauna), organizados em diferentes ecossistemas naturais e sociais em que se insere o homem, individual e socialmente, num processo de interação que atenda ao desenvolvimento das atividades humanas, à preservação dos recursos naturais e das características essenciais do entorno, dentro das leis da natureza e de padrões de qualidade definidos.

Desse modo, objetivamente, o Direito Ambiental se apresenta como um ramo metodológico cujo objeto de estudo, análise e pesquisa é o próprio meio ambiente planetário. Ao sintetizar a premissa acima exposta, Luís Sirvinskas (2017, p. 108) explana que Direito Ambiental "é a ciência jurídica que estuda, analisa e discute as questões e os problemas ambientais e sua relação com o ser humano, tendo por finalidade a proteção do meio ambiente e melhoria das condições de vida do planeta".

Por sua vez, no aspecto subjetivo, munindo-se das clássicas lições de Canotilho (2010, p. 25), direito ambiental – ou direito ao meio ambiente – pode ser entendido como a situação jurídica, consagrada por uma norma, através da qual o titular tem direito a um determinado ato face ao destinatário, sendo este ato, no viés aqui empregado, a própria manutenção, preservação e conservação ambiental.

Paulo de Bessa Antunes (2010, p. 16), ao exemplificar a complexidade verificada sobre os destinatários da proteção ambiental, afirma que "o *caput* do art. 225 da CF define o direito ao meio ambiente equilibrado como um 'direito de todos', logo, subjetivamente exigível por toda e qualquer pessoa"; no entanto, o próprio autor averba em complemento

que "há forte tendência teórica de incluir os animais irracionais como 'sujeitos' de direito e, portanto, devendo ser compreendido no conceito de 'todos' formulado pela Constituição".

Nessa esteira, na própria definição conceitual do tema, mostra-se patente a interação axiológica que se difunde por todo o Direito Ambiental, enquanto ramo jurídico interdisciplinar, atravessando outros campos do Direito e, mesmo, outras ciências.

No âmago internacionalista, não há uma definição específica e estanque de meio ambiente, ou mesmo de direito ambiental, quiçá pela dinamicidade do tema e pela variabilidade com a qual a maioria dos tratados internacionais o trata. O primeiro marco internacional é rotineiramente associado à I Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, de 1972, realizada na cidade de Estocolmo, capital da Suécia. Em tal contexto, permeado de preocupações sobre as consequências das lesões ambientais à convivência humana, adotou-se uma evidente visão antropocêntrica do Direito Ambiental, concatenando-o como um meio de proteção dos seres humanos – e não como um fim em si.

Tal viés fica claro pela análise de diversos princípios da Declaração de Estocolmo, como aqueles relacionados ao homem como detentor do direito ao meio ambiente de qualidade (Princípio 1) e à finalidade da proteção ambiental, votada ao benefício das gerações presentes e futuras (Princípio 2).

Vinte anos depois, o mesmo entendimento foi reiterado no âmbito da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992. Nesta, o fator antropocêntrico foi realçado, com a previsão de que "os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável". A seguir, sintetizando o direito ao meio ambiente sadio e sua relação com a vida humana, a mesma Declaração prescreve que todos "têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza" [53].

Faz-se mister destacar que, apesar do conceito internacionalista sempre gravitar em torno do ser humano, as visões antropocêntrica e biocêntrica – esta última com expressivo aumento de adeptos a partir do início

53 Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 07.01.2021.

do século XXI – não podem ser tratadas como ideários excludentes, senão complementares.

Concluir-se pela oposição de ambas seria tolher a complementariedade protetiva do Direito Ambiental, bem como negar uma evidente constante: a vida humana guarda relação de dependência com as condições ambientais, as quais, por sua vez, interligam-se diretamente com a sobrevivência da espécie humana.

Logo, tanto um conceito biocêntrico, voltado à proteção do meio ambiente como tutela de toda vida em suas variadas formas, quanto a definição antropocêntrica são premissas coincidentes e harmoniosas. Entretanto, um dos principais pontos de divergência diz respeito à natureza jurídica do direito ambiental, fator que não possui uma concordância histórica uniforme. De maneira mais específica, questiona-se: seria o direito ambiental um direito humano fundamental? É sobre tal enfoque que o tema será a seguir exposto.

4. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO É DIREITO HUMANO?

Liberdade, igualdade, fraternidade. Estes são os famosos ideais dos revolucionários franceses, que, em 1791, já entoavam como básicos direitos humanos fundamentais[54] aqueles baseados na fraternidade ou, como atualmente aceito, na solidariedade. Karel Vazak procurou enumerá-los em gerações – hoje usualmente tratadas como dimensões –, colocando na terceira destas os chamados direitos de solidariedade, de abrangência coletiva.

Se, por um lado, essa clássica distinção em muito auxiliou a compreensão da evolução histórica dos direitos humanos fundamentais, de outra banda, acabou por gerar um indesejado efeito na tutela internacio-

54 Constantemente, na doutrina pátria, costuma-se distinguir didaticamente "direitos humanos" de "direitos fundamentais", sendo os primeiros mais utilizados no âmbito internacional e os segundos no direito interno. Neste projeto, ambos serão tratados como sinônimos equivalentes, muitas vezes até mesmo de modo conjunto, seguindo o entendimento de André de Carvalho Ramos (2016, p. 53), segundo o qual a distinção "perde a importância, ainda mais na ocorrência de um processo de reaproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos".

nal ambiental. Isso porque, mesmo na formulação dos principais pactos de direitos humanos, as nações mundiais visaram proteger ora a função de defesa e de liberdade dos direitos de primeira dimensão, ora a essência comissiva de prestação dos direitos de segunda dimensão; olvidando-se que, em tal classificação, o direito ambiental não se encaixava, a princípio, em nenhuma das citadas dimensões. Em breves palavras, mesmo após a formulação dos aludidos Pactos, o cenário internacional de proteção ambiental reportou-se às seguintes constatações:

(a) O direito ambiental, por não fazer parte de nenhuma das duas dimensões tuteláveis nos principais Pactos e Protocolos adicionais, não poderia ser visto como um direito humano igual e equivalente aos primeiros, sendo abordado como um 'subdireito' ou um "direito de segundo escalão";

(b) Não houve qualquer previsão de justiciabilidade em razão de lesões ao direito ao meio ambiente, seja por meio do peticionamento de vítimas perante o Comitê de Direitos Humanos, seja por outros mecanismos, como o procedimento de investigação do Comitê, as medidas provisionais e a jurisdição das Cortes de Direitos Humanos, e;

(c) O meio ambiente sadio e equilibrado, como objeto normativamente tutelável, não fora sequer previsto nos principais tratados de direitos humanos, seja de modo autônomo, seja de forma vinculada ao gozo e usufruto de outros direitos humanos eventualmente maculados.

Como consequência, muito se tardou para reconhecer o direito ao meio ambiente sadio como um nítido direito humano. Com efeito, para alguns, mesmo nos dias atuais não é possível defender tal premissa. Não por outro motivo, não causa espécie a percepção de que, no íntimo dos principais tratados internacionais definidores de direitos humanos, posteriores aos dois Pactos iniciais, o tema ambiental não encontre guarida expressa, como mencionado acima.

Mesmo quando a matéria passou a ser aventada, no contexto de convenções e tratados de direitos humanos, de modo a incentivar a normatização interna em diversos Estados, a pressão política e a visão dogmática capitalista exploratória, calcada no domínio humano sobre a natureza, ora desviavam o foco para uma 'preservação' camuflada, que, em último grau, voltava-se à futura exploração e consumo humano dos bens 'preservados', ora impediam que fosse assegurada uma efetiva proteção normativa – por

meio de disposições muito abertas e carecedoras de um mínimo detalhamento.

Dentre estes, podem ser citadas as disposições do já mencionado Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que reconhece, em amplas e genéricas linhas, o direito de toda pessoa de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental. De modo relativamente mais aprofundado, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), chamado também de "Protocolo de São Salvador", declara que toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos e que os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

Ao assim delimitar, o citado Protocolo facultativo aparentemente já afastava a distinção de Vazak, para incluir no âmbito dos DESC a tutela ambiental – o que ocasionou o incremento da sigla para DESCA, conforme será *infra* esmiuçado.

Essa conclusão, além de ser recentemente ratificada no bojo da Opinião Consultiva n. 23/17, emanada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, também se mostra plausível e consequente das próprias razões justificantes, presentes no preâmbulo do Protocolo, que assim estabelece:

> Considerando **a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos**, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros; [...]
>
> **Levando em conta que, embora os direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais tenham sido reconhecidos em instrumentos internacionais anteriores, tanto de âmbito universal como regional, é muito importante que esses direitos sejam reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos**, a fim de consolidar na América, com base no respeito pleno dos direitos da pessoa, o regime democrático representativo

> de governo, bem como o direito de seus povos ao desenvolvimento, à livre determinação e a dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais; e (g.n.)

Nessa esteira, o direito ambiental, enquanto direito ao meio ambiente sadio, foi novamente reconhecido na seara internacional como um direito humano fundamental. Mais do que isso, sua interação multidisciplinar passou a ser utilizada não como um critério de desvalorização científica, mas como um fator de notoriedade do referido direito.

Como não poderia ser diferente, passou o direito ambiental a ser associado ao direito à vida digna, à educação ambiental, à saúde plena, à liberdade em seu viés coletivo, à segurança ecológica, à propriedade e sua função social, ao lazer ecologicamente adequado, às condições sanas de meio ambiente laboral e artificial, à manutenção dos recursos ambientais culturais, à busca pela reparação *in natura* dos danos ambientais, à alimentação livre de poluentes e elementos tóxicos, à moradia planetária, ao transporte preferencialmente não poluente, à preservação dos direitos e elementos vitais das gerações presentes e futuras – enquanto direito intergeracional que é –, e a diversos outros direitos inter-relacionados.

Sobre a sinergia do direito ambiental, Barbara Johnston (1995, p. 111) retrata o elo deste com todos os demais campos jurídicos relacionados à existência humana, *in verbis*:

> O direito à saúde, à existência decente, ao trabalho e à segurança e saúde ocupacional; o direito a um padrão de vida adequado, à libertação da fome, a uma dieta adequada e saudável, e à decente moradia; o direito à educação, à cultura, à igualdade e à não-discriminação, à dignidade e ao harmonioso desenvolvimento da personalidade; o direito à segurança da pessoa e da família; o direito à paz; e o direito ao desenvolvimento são todos direitos estabelecidos pelas existentes convenções das Nações Unidas. Esses direitos representam o ideal que os governos lutam para prover aos seus cidadãos – requisitos básicos de vida que todos os humanos têm direito. Todos esses direitos dependem de um ambiente saudável. (tradução livre)

De igual modo, a previsão internacional passou a influenciar regramentos constitucionais de Estados pátrios, não apenas a respeito das interações temáticas e práticas do tema, como também sobre a especificação de destinatários, sujeitos de direito e deveres ambientais. Como exemplo disso, o art. 225, da CRFB/88, fixa que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", impondo, logo em seguida, que compete "ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

A fundamentalidade do direito ambiental se apresenta, destarte, como matéria inconteste nos ordenamentos internos e internacionais ao redor do globo terrestre. Se já o era em sua base ontológica, pela perspectiva jusnaturalista, passa também gradativamente a ser reconhecida no âmbito normativo estrito, do direito constitucional positivo.

Dispondo sobre o ponto, Marcelo Novelino (2016, p. 835) esclarece que:

> O direito à saúde, à existência decente, ao trabalho e à segurança e saúde ocupacional; o direito a um padrão de vida adequado, à libertação da fome, a uma dieta adequada e saudável, e à decente moradia; o direito à educação, à cultura, à igualdade e à não-discriminação, à dignidade e ao harmonioso desenvolvimento da personalidade; o direito à segurança da pessoa e da família; o direito à paz; e o direito ao desenvolvimento são todos direitos estabelecidos pelas existentes convenções das Nações Unidas. Esses direitos representam o ideal que os governos lutam para prover aos seus cidadãos – requisitos básicos de vida que todos os humanos têm direito. Todos esses direitos dependem de um ambiente saudável.

Da mesma forma, ao descrever o inafastável liame semântico entre ambos os conceitos – direitos humanos e direito ambiental –, priorizando as consequências da abordagem conjunta e destacando a ideia de um meio ambiente como fator de interesse público, Alan Boyle (2012, p. 613) cita, *in verbis*:

> Por que a proteção ambiental deve ser tratada como uma questão de direitos humanos? Existem várias respostas possíveis. Mais obviamente, e em contraste com o restante do direito ambiental

> internacional, uma perspectiva de direitos humanos aborda diretamente os impactos ambientais na vida, saúde, vida privada e propriedade de seres humanos individuais, e não em outros estados ou no ambiente em geral. Pode servir para garantir padrões mais altos de qualidade ambiental, com base na obrigação dos Estados de tomar medidas para controlar a poluição que afeta a saúde e a vida privada. Acima de tudo, ajuda a promover o estado de direito neste contexto: os governos tornam-se diretamente responsáveis por sua incapacidade de regular e controlar os danos ambientais, incluindo aqueles causados por corporações, e por facilitar o acesso à justiça e fazer cumprir as leis ambientais e decisões judiciais. Por último, a ampliação dos direitos econômicos e sociais para incorporar elementos do interesse público na proteção ambiental deu nova vida à ideia de que há, ou deveria haver, de alguma forma, um direito a um ambiente decente. (tradução livre).

Diante do exposto, a negação ao direito ambiental como um direito humano, bem como o discurso de inexistência de mecanismos internacionais que o tutelem, esbarram ambos na necessidade de consagração daquele como um direito humano e fundamental à vida, em todas as suas formas conhecidas. A multiplicidade de beneficiários não deslegitima, nem tampouco enfraquece sua aceitação; pelo contrário, apenas reitera a imprescindibilidade de existirem mecanismos judiciais e extrajudiciais, no âmago internacional, de sua proteção e defesa.

Tal axioma ainda se sustenta diante da constatação de que a conservação dos recursos ambientais não pode expressar mero conteúdo econômico, de insumos da atividade industrial ou afins. A sustentabilidade, enfatizada pelo Princípio do Desenvolvimento Sustentável, é, acima de tudo, um instrumento de garantia para a manutenção da qualidade de vida dos seres humanos, da fauna e da flora planetárias.

CONCLUSÃO

Percebe-se que a temática alusiva ao reconhecimento do direito ambiental como um direito humano fundamental, autônomo e judicializável, perante a jurisdição supranacional das cortes internacionais de direitos humanos, possui um relevante debate jurídico e significativas consequências

práticas. A princípio, por meio da análise doutrinária, nota-se que o seu conceito histórico confirma a natureza jurídica de direito fundamental. Nessa linha, mostrou-se viável partir da esfera geral, referente à definição conceitual dos direitos humanos, para se alcançar o prisma particular, atinente à análise dos atributos que tornam a proteção e a preservação ambientais objetos de um direito humano tutelável.

Tal conclusão, apta a gerar o seu enquadramento no leque dos direitos humanos fundamentais, é factível diante de elementos como o exame da evolução histórica da temática ecológica, a sua previsão normativa – seja na ordem convencional, seja no âmbito constitucional de ordenamentos pátrios –, a sinergia dos danos aos recursos naturais, a inter-relação do direito ambiental com diversas áreas científicas, o gradativo reconhecimento de sua autonomia jurídica, o fator de inerência da qualidade ambiental à própria dignidade da vida humana e, nos termos da Opinião Consultiva n. 23/17 da Corte IDH, os vieses ambientais de instrumento protetivo e de objeto de salvaguarda de tantos outros direitos humanos.

Todos esses fatores demonstram a significativa tendência de consagração, pelos Sistemas de Direitos Humanos, do meio ambiente sadio como um direito pleno, tutelável e exequível. O irrepreensível enfoque atual dado pelos SIDH prestigia a roupagem de direito humano à proteção ambiental e realça o desapego à subvalorização do tema, cujo núcleo, na atualidade, apresenta forte conexão com a dignidade da pessoa humana. Assim, o meio ambiente não pode mais ser aceito como um simples instrumento de lucro exploratório. Deve-se adotar uma visão híbrida – biocêntrica e antropocêntrica – em prol de sua proteção integral, da autopreservação humana e da constatação de que somos partes componentes de vastos ecossistemas.

A conclusão é, portanto, simples e clara: a proteção ecológica, o reconhecimento do direito humano ambiental e sua direta efetividade são medidas que se impõem, com vedado retrocesso, para que a humanidade logre êxito em preservar sua única "casa planetária".

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BOYLE, Alan. **Human Rights and the Environment: Where Next?** The European Journal of International Law. Vol. 23, n. 3. 2012. Disponível em <http://www.ejil.org/article.php?article =2296&issue=112>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GUIMARÃES JUNIOR, Renato. **O futuro do Ministério Público como guardião do meio ambiente e a história do direito ecológico**. 113:151, abr./jun. São Paulo: Revista Justitia, 1981.

JOHNSTON, Barbara Rose. **Human Rights and the Environment**. Human Ecology. Volume 23, 2ª ed., ps. 111–123, 1995. Disponível em: <http://gnhre.org/2014/01/26/human-rights-and-the-environment-b-r-johnston/>. Acesso em: 21 de janeiro de 2021.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. 3ª edição. Porto Alegre: Sulina, 2002.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. 6ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEQUENOS CRIADORES DE CONTEÚDO DIGITAL NO CONTEXTO DO TRABALHO INFANTIL

Rafael Brasileiro Lima Montenegro Ramalho[55]

INTRODUÇÃO

A popularização das redes sociais e a crescente facilidade ao acesso à internet ocasionaram a transformação do modo de vida da população em todo o mundo. O consumo de conteúdo *on-line* tornou-se indispensável na rotina dos indivíduos e as crianças, consequentemente, são expostas a quantidades exorbitantes de anúncios e produtos sem o consentimento dos pais. Contudo, para cada postagem consumida, há um produtor por trás do feito. Com processos criativos cada dia mais profissionalizados e semelhantes a produções de estúdio, criou-se um verdadeiro mercado disfarçado de mera indicação. O que acontece quando, além de consumirem conteúdo, os menores, muitas vezes de forma remunerada, também o produzem?

Trabalho infantil é reflexo do índice de pobreza de uma população. No Brasil, estima-se que cerca de 4,6% dos menores encontram-se nesse tipo de situação, em sua maioria homens pretos ou pardos. É costume associar tal tipo de atividade a tarefas manuais e de condições explicitamente degradantes, fazendo paralelos históricos, inclusive, com a Revolução Industrial, na qual as crianças eram vistas como mão

55 Estudante de Direito no Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE).

de obra barata pelos donos de indústrias, bem como suas famílias se viam obrigadas a introduzi-los no mercado como forma de melhor prover o sustento do lar.

Para tanto, ao longo da evolução da sociedade, foram criadas organizações e medidas legislativas que visam proteger os infantes dos malefícios causados pelo labor nessa fase da vida, a qual é crucial para o desenvolvimento fisiológico e psicológico. É o caso do Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas Para a Infância (UNICEF), criado após a II Guerra pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) com o intuito de assegurar os direitos de crianças e adolescentes de todo o planeta.

No Brasil, há uma gama de garantias legislativas criadas no intuito de proteger os menores em situação de trabalho. Conta-se com leis próprias, jurisprudências, decretos, e dispositivos constitucionais claros e objetivos no que tange a tal proteção.

O presente artigo tem por objetivo discutir a nova modalidade laboral surgida nas mais diversas plataformas digitais, tais como Youtube, Instagram e, mais recentemente, o TikTok. As atividades desenvolvidas englobam criação, edição, filmagem, publicidade e gerenciamento, e o segmento direcionado a crianças e adolescentes implica na inserção de tais indivíduos na própria cadeia produtiva. Um dos fatores essenciais a esse fenômeno se dá através da facilidade com que se inicia o processo, bem como a promessa de rápido alcance do sucesso. Nessa feita, há de se destacar uma série de pontos os quais são essenciais para a devida compreensão do tema abordado, quais sejam: o conceito de trabalho e como a sociedade enxerga a nova profissão de influenciador digital, a forma com que os menores são apresentados a tais plataformas e como se dá o início do processo produtivo, estudos de caso e a legislação específica que rege o direito brasileiro acerca do assunto.

A discussão será feita observando dados, pesquisas, dispositivos legais e obras doutrinárias, bem como casos concretos que obtiveram certa relevância frente ao cenário nacional, com o objetivo de contribuir e fomentar o interesse na proteção de jovens que são submetidos a rotinas desgastantes de trabalho e hiperexposição de suas imagens, muitas vezes, sem qualquer amparo jurídico.

1. CONCEITO DE TRABALHO E A NOVA CATEGORIA DE CRIADORES DE CONTEÚDO

A criação do Youtube, em meados de 2005, foi o pontapé inicial para a profissionalização dos criadores de conteúdo. Até então, sabia-se que a internet poderia trazer indivíduos anônimos aos holofotes, contudo, foi na plataforma que se enxergou a oportunidade de monetizar as próprias postagens na medida em que elas fossem acessadas. Em 2010, nomes como Felipe Castanhari, Kéfera e Felipe Neto já eram amplamente conhecidos pelos enormes projetos dotados de roteiro, edição e alta frequência de vídeos postados semanalmente. Entretanto, apesar de gerar retorno financeiro, a atividade exercida por estas pessoas ainda era tida como mero passatempo. Não demorou até que mais pessoas transformassem essa via em sua principal fonte de renda, dada a facilidade de início e o baixo investimento exigido.

Pode-se dizer que a modalidade laboral dos criadores de conteúdo é a de trabalho autônomo, tendo em vista carecer do requisito de subordinação necessário para caracterizá-lo como emprego. Em determinados casos, quando contratados por empresas, baseiam-se nos resultados que podem gerar ao anunciar um produto, no quanto ele será visto e no retorno que pode acarretar, diferentemente dos contratos de atividade. Retira-se, portanto, o requisito da habitualidade.

Segundo a doutrina, o autônomo é definido pela Lei nº 8.212/1991 como a "pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não" (art. 12, V, "h", da Lei nº 8.212/1991), não disponibilizando sua energia para terceiros (RESENDE, 2020). É nesses moldes que se encontra a atividade dos *influencers*, os quais podem receber outros nomes a depender da plataforma na qual estão inseridos.

Teoricamente, todos os usuários de redes sociais seguem o mesmo ritual dos que a tem como ferramenta de trabalho. A rotina consiste em ter uma conta cadastrada na plataforma escolhida, gerar material (fotos, vídeos, textos), desde o roteiro, montagem de cenário, até os processos finais de edição, e, finalmente, torná-los públicos através da postagem. A divisão entre o uso comum e o profissional é bastante tênue, ao ponto de muitas vezes não ser claro se a utilização de determinado produto é

natural ou patrocinada por empresas. Contudo, para ser capaz de monetizar o conteúdo criado, é necessário aumentar a frequência de postagens. Ademais, como em qualquer mercado, a alta profissionalização garante destaque entre a concorrência, ocasionando aumento nos ganhos.

Os nomes que iniciaram sua jornada profissional *on-line* apenas com uma câmera e acesso à internet hoje possuem plena consciência de que o fator primordial para garantir a relevância reside, muito mais do que nos conteúdos, na capacidade de expandir e inovar. Portanto, pela alta demanda exigida e a alta rotatividade dos tópicos, pessoas que se denominavam Youtubers, hoje precisam de contas no Instagram, Twitter, Tik Tok etc. Tal expansão é a demanda que faz com que esses criadores montem verdadeiras equipes de editores, assessores e roteiristas para viabilizar seus veículos de trabalho. Em 2016, estimava-se que cerca de 230 mil pessoas se autodenominavam influenciadoras digitais. (YOUPIX, 2016)

Assim, não há dúvidas quanto ao caráter das atividades exercidas *on-line*. Se hoje é permitido a tais indivíduos tomarem-na como sustento, é cristalino que se trata de trabalho. Mas, se assim o é para adultos, por que então para crianças é tido como passatempo?

2. COMO AS CRIANÇAS SÃO INSERIDAS NESSE CONTEXTO?

Fazer uso das redes sociais, atualmente, é tão natural quanto alimentar-se. Para os que nasceram após o seu surgimento, não é diferente. É, provavelmente, um dos primeiros recursos aos quais são apresentados, usando aplicativos de aprendizado, jogos, e acessando filmes e séries a qualquer momento. Embora a maioria possua restrição de uso a menores de 13 anos, a prática mostra a ineficácia desse termo, tendo em vista a exorbitante quantidade de perfis administrados pelas próprias crianças, muitas vezes, sem a fiscalização dos pais. No primeiro mês de confinamento social devido à pandemia de Covid-19, estima-se que a rede social Tik Tok tenha sido baixada por mais de 115 milhões de pessoas, com destaque maior à nova geração de jovens, a qual não possui muitas amarras quando se trata de colocar-se em frente a uma tela e ser visto por uma infinidade de pessoas.

Antes de ser comum enxergar a internet como ferramenta de trabalho, já era de conhecimento da população que ela era uma via para a fama e hiperexposição, tanto por opiniões positivas quanto negativas. À forma orgânica de crescimento sem intenções e através do compartilhamento exagerado do público dá-se o nome de "viral". Crianças são motivos constantes de virais justamente pela espontaneidade com que agem e as situações nas quais se colocam. Em questão de minutos, um indivíduo completamente anônimo pode virar pauta nacional por alguma frase dita ou qualquer ação considerada atrativa pelos usuários das redes sociais. Soma-se, ainda, o fato de algoritmos colocarem as postagens em evidência, de forma que é basicamente inevitável ser exposto a determinados conteúdos.

Como a monetização da imagem surge de forma fácil, é nítido que alguns fazem o possível para transformarem sua exposição em trabalho, imaginando que manter a relevância na mídia não demandará grandes esforços. Contudo, aqueles que não estiverem determinados a certas concessões como estudo de público-alvo, investimentos em equipamentos e consultoria não são capazes de garantir o sustento por muito tempo, vez que o interesse do público é peça chave para o retorno.

Inspiradas nos ídolos os quais acompanham todas as postagens, naturalmente as crianças acabam reproduzindo os comportamentos daqueles que estão inseridos na tal cadeia produtiva, e gravar suas situações cotidianas torna-se uma prática comum, inclusive pelo fácil acesso a câmeras e internet. Com isso, acabam gerando uma preocupação a respeito do que expõem, e é quando os responsáveis assumem o controle no sentido de evitar que o menor se coloque em situações indevidas.

Também há outras maneiras de se inserir nas plataformas digitais de maneira profissional, e uma delas é ter o objetivo traçado desde o início, galgando o crescimento aos poucos, investindo de maneira gradual e analisando erros e acertos. É a forma na qual o engajamento se mostra mais constante, tendo em vista a maneira como a audiência se solidificou.

Nesse contexto, há pais que criam perfis para seus filhos antes mesmo do nascimento, transmitindo toda a preparação e gestação como forma de angariar visualizações. Ao nascer, logo a criança é exposta nas redes sociais e tem sua imagem divulgada em uma série de plataformas, com fotos de peças de roupa, brinquedos favoritos, presentes ganhos etc. Todos os seus

passos são filmados tal como se estivesse num documentário, o que ocasiona a grande quantidade de material gerado para publicação. À medida em que o menor e seu perfil se desenvolvem, surgem oportunidades de parcerias com marcas e logo a criança se vê induzida pelos próprios pais a fazer propaganda de diversos produtos em troca de um retorno. Isso, somado ao prazo dado para entrega do anúncio, já constitui trabalho autônomo.

É a rotina de publicidades associada à busca pelo crescimento profissional que cria uma jornada de trabalho para a criança. Seus pais, responsáveis pelo desenvolvimento saudável do indivíduo, tomam agora a figura de agentes, intermediando propostas, cuidando da carreira, dos lucros e dos gastos.

Isaac Guedes, popularmente conhecido como Isaac do Vine, nasceu em 2009 e possui trajetória similar. Em 2014 seu tio começou a publicar vídeos espontâneos e sem produção ou roteiros a serem seguidos. Contanto, ao presenciar o alto crescimento nas visualizações do garoto, logo tratou de abranger as plataformas nas quais seu sobrinho se fazia presente. Em 2016, a criança recém-alfabetizada já contava com um livro publicado. Tamanha foi a proporção tomada, que sua mãe abandonou seu emprego em uma agência de turismo para poder tomar conta da carreira do filho. Atualmente, seu canal do Youtube conta com sete milhões e seiscentos e oitenta mil inscritos, os quais se deparam com diversos anúncios que permitem a monetização de cada vídeo. Além da principal ferramenta de trabalho, Isaac também foi contratado para atuar em uma série de televisão no canal Multishow, bem como divulga uma variedade de marcas em seu perfil no Instagram.

Este é apenas um dentre tantos exemplos de crianças submetidas ao trabalho de criação de conteúdo, as quais possuem prazo de entrega, rotina de gravação e uma equipe especializada que gerencia suas carreiras, muitas vezes com publicidade voltada a outras crianças.

3. EXPOSIÇÃO INFANTIL ON-LINE

Uma das categorias mais conhecidas por proporcionar engajamento nas redes sociais é a do humor. Seguindo a tendência ditada pelo público, as situações mais passíveis tornarem-se virais são as que, supostamente,

não foram planejadas. A partir disso surgem pegadinhas filmadas sem o consentimento alheio, que posteriormente serão postadas em diversas plataformas sob o pretexto de anuência de todos os envolvidos. Ainda, reações e momentos de forte influência emocional têm se mostrado grandes impulsionadores de visualização sob a ótica do humor. Nessa perspectiva, há pais que expõem seus filhos a diversas situações de constrangimento em busca de manter a relevância na internet.

Muito se questiona a respeito dos limites do humor e, com a crescente onda de conscientização e empatia pelo próximo, a linha fica cada vez mais nítida. Contudo, o mesmo limite parece necessitar de ainda mais atenção quando se tem exposição *on-line* como fator adicional, devendo ser levada em conta a perenidade dos conteúdos publicados, bem como o difícil acesso ao direito do esquecimento. Para crianças, as quais estão sob processo de desenvolvimento, é crucial ter uma vida digna e livre de situações vexatórias, principalmente quando serem constantemente submetidas a tais momentos é a fonte de renda da sua família.

Isso leva a crer, portanto, que muito do amparo jurídico das crianças criadoras de conteúdo é mais pautado no direito da imagem do que no próprio direito trabalhista devido à exposição ser primordial para a execução do trabalho. A criação de conteúdo e influência digital não serem tidas como profissão dificulta a regulação acerca do trabalho infantil, deixando a cargo da situação concreta ditar a proteção que será dada ao menor envolvido.

Há, ainda, que se falar na despersonalização sofrida pelos indivíduos que possuem sua imagem exposta *on-line*. A alta frequência de compartilhamentos retira do subconsciente humano a noção de que por trás da foto ou vídeo existe uma pessoa que não gostaria de ser definida por determinado momento capturado. Embora a sociedade considere indispensável postar suas vidas em redes sociais, não se pode responder por outra pessoa quando se trata da escolha da exposição, principalmente quando se tem amplo alcance de visualizações.

Dessa forma, é necessário ser cauteloso quanto a publicar as ações de menores na internet, mesmo que se trate dos responsáveis, pois submetê-las a situações vexatórias é vedado por lei e não deve ser motivo para arrecadação financeira.

3.1. O CASO BEL PARA MENINAS

O canal do Youtube Bel para Meninas relata o dia a dia da jovem Bel, sua irmã Nina e sua mãe Fran e, desde 2013 vem crescendo em visualizações e seguidores. Desde brincadeiras em casa, até seu desempenho escolar, Bel tem a filmagem como rotina e assim cresceu acostumada a compartilhar todos os passos, sempre sob o amparo de sua família. Entretanto, em 2020 a exposição da criança tomou um viés negativo. Uma leva de inscritos começou a reprovar as situações as quais a mãe a submetia, seja expondo a filha em momentos de tristeza ou fazendo-a passar por desafios constrangedores como ingerir uma mistura de bacalhau com leite ou dizê-la que seria adotada. Apontou-se, inclusive, momentos em que Fran deixava a cargo do público escolher qual o material escolar seria usado pela filha, muito embora esta tenha deixado clara a sua preferência.

A repercussão do assunto criou o movimento chamado Salvem Bel Para Meninas, sendo uma das pautas mais comentadas, ao ponto de o canal precisar ser bloqueado ao acesso do público e sua família postar um vídeo justificando as brincadeiras. Segundo eles, Bel se sentia confortável em publicar todo o conteúdo, e nunca a haviam obrigado a fazer o que não quisesse, pois nunca encarou tudo aquilo como trabalho, mas como uma forma de se divertir. Não foi, contudo, a primeira polêmica envolvendo o canal, o qual teve em 2016 o seu nome em meio a uma investigação do Ministério Público de Minas Gerais acerca de irregularidade nas publicidades feitas, tendo em vista a audiência ser composta basicamente por crianças, e a fiscalização ser mais rigorosa neste segmento de mercado.

Percebe-se, portanto, que mesmo que a criança não tenha noção da rotina na qual está inserida, é necessária a regulamentação a respeito da sua exposição em redes sociais, principalmente quando o intuito é gerar retorno financeiro, ainda que sob os cuidados dos pais.

A situação do caso Bel para Meninas foi encarada pela mídia como um caso de exposição indevida e não como uma rotina trabalhista na qual a submissão a situações vexatórias é prevista. Desde então, o caso não teve mais repercussão e os vídeos voltaram a ser postados normalmente. Atualmente, o canal principal conta com mais de sete milhões de inscritos, a grande maioria composta por crianças, e um total de mais de quinhentas

milhões de visualizações, além dos canais secundários, os quais também possuem grande alcance.

4. LEGISLAÇÃO ACERCA DA MATÉRIA

Sabe-se que o trabalho infantil é vedado constitucionalmente até os 14 anos de idade, contudo, há exceções à regra, como o exercício de atividades artísticas, moldes nos quais é possível notar certa similaridade com a profissão de criadores de conteúdo. O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro quanto a preservação do menor em seu art. 17, o qual afirma que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (BRASIL, 1990).

O fato da população não considerar a criação de conteúdo como atividade laboral reflete diretamente nas implicações jurídicas a respeito do assunto, vez que não há fiscalização da carga horária exercida, bem como o ambiente de trabalho ser a própria residência da criança impede a clara separação entre tempo de lazer e tempo dedicado à profissão. Ainda, a relação entre pai e filho misturar-se com a de patrão e empregado pode ter sérias consequências no desenvolvimento do indivíduo, o qual pode associar o carinho recebido ao retorno positivo do trabalho, e inserir-se numa infinita busca por resultados em troca de aprovação parental.

Como a nova geração de crianças nascidas após 2010 já cresce inserida no meio digital e naturalizando o exercício da criação de conteúdo, é comum que queiram reproduzir o que assistem. A facilidade para adentrar no ramo é tamanha que não é possível determinar exatamente quando o passatempo vira profissão. Em razão disso, não possuímos legislação específica no Brasil, mas não significa, entretanto, que os menores se encontrem completamente desamparados juridicamente, inclusive, da exploração de sua imagem por seus responsáveis.

O pensamento de que trabalho infantil remete apenas a condições degradantes impede a aplicação de normas no caso concreto. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) possui diversas convenções que tratam da atividade laboral exercida por crianças, como a de número 182, a qual trata sobre as piores formas de trabalho infantil, buscando sua extinção, e

a Convenção nº 138, que versa sobre a idade mínima de admissão ao emprego, embora nenhuma aborde diretamente a seara da atividade digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos perceber, de acordo com o exposto na argumentação, que a criação de conteúdo se trata de verdadeira profissão, da qual uma crescente parte da população retira seu sustento. Para crianças, então, não é diferente. São necessárias as mesmas etapas no que tange a produção, com cronogramas a serem seguidos e, em caso de envolvimento de marcas, promessas de resultados e prazos a se cumprir.

Por isso, resta claro que os menores submetidos a essa rotina se encontram em regime de trabalho infantil, embora a sociedade ainda não veja como tal. Contudo, em razão do saudável crescimento do indivíduo, é preciso atentar para que o exercício da profissão não interfira em outras áreas da sua vida, como o acesso à educação, ao lazer, à saúde e outras searas que podem ser preteridas em função da prática trabalhista desregulada. Ainda, cabe também aos pais que agenciam as carreiras dos filhos delinear com clareza o que é trabalho e o que de fato não é, para que a criança não cresça com uma visão distorcida de suas conquistas e internalize que o amor paterno depende de resultados profissionais.

Fomentar a discussão a respeito do tema é crucial para o desenvolvimento ético da profissão, ainda muito nova sob a ótica do direito. Com o crescimento do acesso à internet, é prudente dizer que a profissão veio de forma definitiva, sendo, inclusive, o sonho de muitas crianças exercê-la. Os ídolos funcionam como inspiração, ditando comportamentos, direcionando conteúdos e apresentando novos produtos diariamente, e isso as instiga a reproduzirem tudo a que assistem, de forma que, eventualmente, acabam experimentando publicizar suas ações e conhecimentos.

É nítido que ainda não há legislação específica acerca da matéria, todavia, a proteção da criança encontra respaldo em normas diversificadas. À medida em que a criação de conteúdo for tida como trabalho, é possível que o entendimento doutrinário aponte para uma regulamentação similar à profissão de artistas, e assim confira mais proteção aos indivíduos hipossuficientes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.069, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 1 abr. 2021.

_____. **Lei nº 8.212, dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências,** 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm. Acesso em: 1 abr. 2021.

CAMPOS, Ana Cristina. **IBGE: Brasil tem 4,6% das crianças e adolescentes em trabalho infantil**. *In*: **AgênciaBrasil**. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-12/ibge-brasil-tem-46-das-criancas-e-adolescentes-em--trabalho-infantil. Acesso em: 14 mar. 2021.

MANDELLI, Mariana. **Caso 'Bel para Meninas' e a exposição infantil nas redes.** *In:* **Folha de São Paulo.** Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/05/caso-bel-para-meninas-e-a-exposicao-infantil-nas-redes.shtml. Acesso em: 1 abr. 2021.

NOGUEIRA, Renata. **Sete anos, recém-alfabetizado, um livro e fãs: quem é Isaac do Vine?** *In:* **Uol.** Disponível em: https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2016/06/30/quem-e-isaac.htm. Acesso em: 1 abr. 2021.

PAPINI, Alexandra. **A publicidade infantil em canais de youtubers mirins.** Disponível em: https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2017/02/Alexandra-Papini-%E2%80%93-FCL.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho.** 8. Ed. São Paulo: Editora Método Ltda, 2020.

ROSMAN, Katherine. ***Why isn't your toddler paying the mortgage?*** *In:* ***The New York Times.*** Disponível em: https://www.nytimes.

com/2017/09/27/style/viral-toddler-videos.html. Acesso em: 1 abr. 2021.

YOUPIX. ***Influencers market.*** Disponível em: https://medium.youpix.com.br/pesquisa-youpix-influencers-market-2016-23a71e50fa13. Acesso em: 1 abr. 2021.

_____. **O fenômeno dos *youtubers* mirins.** Disponível em: https://medium.youpix.com.br/o-fen%C3%B4meno-dos-youtubers-mirins-d00e4d40b76d. Acesso em: 1 abr. 2021.

A DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSTITUCIONALIZADOS E UM DIÁLOGO COM A PSICOLOGIA

Aldenise Barreto de Albuquerque Silva[56]

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo abordar a devolução das crianças e adolescentes institucionalizados, após o regular processo de adoção e convivência com seus pais adotivos, bem como as implicações afetivas decorrentes. A adoção é uma forma de filiação parental, prevista em lei e sustentada por vínculos socioafetivos com o objetivo de proporcionar à criança e ao adolescente, o direito primário de "convivência familiar e comunitária", assegurada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Poder Legislativo ao criar o instituto da adoção visou salvaguardar e proteger as crianças e adolescentes que estavam em sistema de abrigamento e sem possibilidade de retorno à sua família de origem, seja por questão de abandono, seja pela impossibilidade de criação e educação dos mesmos. A adoção tenta suprir a ausência da família e facilitar uma nova vinculação afetiva estável, sendo irrevogável tal medida. Parte-se do entendimento

---

56 Bacharel em Direito na Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Graduada em Psicologia pela Faculdade Católica Salesiana de Macaé, RJ. Psicanalista pela Miesperanza International. Advogada na Petrobras.

de que uma vez adotada a criança, ela possui a mesma condição de filho biológico, com todos os direitos, inclusive, sucessórios. Embora haja casos com êxito na construção do vínculo afetivo entre adotante e adotado, em que a relação entre pais e filhos se estabelece, é significativo o número de casos malsucedidos que resultaram na devolução ou restituição da criança ou adolescente à instituição de acolhimento, trazendo para o adotado uma reedição do desamparo que experimentou ao chegar no abrigo pela primeira vez.

Apesar da sentença judicial constitutiva que deferiu a adoção ter caráter irrevogável, não tem o condão de garantir uma inabalável convivência familiar. Logo, é mister aos magistrados que pesem as condições em que se encontra a criança ou adolescente e decidam pelo menor prejuízo a estes, o que coincide, muitas vezes, a aceitarem a restituição do adotado, para evitar um sofrimento maior para essas pessoas. Compreende-se como sofrimento, os possíveis e eventuais maus-tratos ou atitudes de rejeição.

Para a realização deste artigo, foi utilizada a pesquisa qualitativa por meio de revisão bibliográfica compreendendo as áreas do Direito, da Psicologia e da Psicanálise. Para tanto, foram utilizadas obras de estudiosos sobre o tema proposto, além da legislação vigente no Brasil. A escolha por esse tipo de investigação tem por finalidade abordar e discutir a importância do assunto e propor reflexões sobre o tema a partir de diversificados ângulos.

Apesar da delicadeza do assunto e de sua expressividade atualmente, tendo em vista o crescente número de devoluções de crianças e adolescentes adotados, foi encontrada pouca produção, especificamente sobre os impactos afetivos e sociais envolvidos nesse processo. Os artigos encontrados, mesmo na área do Direito, apontam para a adoção e o fenômeno da restituição da criança e adolescente às instituições, reportando-se à aplicação de medidas legais e terapêuticas, porém, sem tecer maiores detalhes acerca das questões afetivas envolvidas, situações essas que sugerem a necessidade de mais trabalhos de pesquisa sobre o tema.

Na busca por identificar os aspectos afetivos envolvidos no processo de devolução de crianças se recorreu às teorias da psicanálise, no entanto, sem buscar maior aprofundamento nessa abordagem.

Durante a elaboração deste estudo, a autora havia planejado visitas a espaços como instituições de abrigamento e de órgãos judiciais, como as Varas da Infância e Juventude. No entanto, diante da pandemia de "Co-

vid-19", as autoridades municipais decretaram a necessidade de isolamento social com o objetivo de conter o avanço do contágio. Diante do exposto, não houve a possibilidade de visita aos espaços mencionados.

Apesar do escasso material acadêmico acerca do tema proposto, tanto nas áreas do Direito, da Psicologia e da Psicanálise, foram utilizados teses, livros, matérias de revistas cientificas e produções acadêmicas com busca exploratória de artigos científicos indexados em bases de dados como a BVPSI, Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), MEDLINE, LILACS e SCIELO, utilizando os descritores: abandono, abrigamento, adoção, crianças e devolução.

A técnica de análise de dados e a revisão sistemática de literatura tiveram como alicerce as obras de autores renomados na temática que permitiram segurança nos tópicos abordados, como: Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Carlos Roberto Gonçalves, M. L. Marcílio, Ivana Oriente, Sonia Margarida Gomes Souza, Letícia Franco, Júlia Brito Fonseca e Schettini com a figura da adoção e o abandono de crianças, além da legislação brasileira e seus percursos na linha temporal. Hália Pauliv e Renata Pauliv Casanova trouxeram à discussão a questão da adoção e as causas que motivam a devolução. Em suas obras, as autoras destacam a necessidade de preparação tanto dos pretendentes à adoção, como a aparelhagem do Estado para acelerar os processos de adoção cuja morosidade, contribuem com a desistência dos perfis de escolha dos candidatos. Hália Pauliv, em obra individual (2010), traz exemplos de casos desafortunados de crianças e adolescentes cujos traumas são dolorosos.

Por sua vez, Maria Luiza Ghirardi além de tratar a necessidade ventilada pelas autoras e as questões problematizadas, traz à debate a responsabilidade do Estado e dos pais adotantes pelos prejuízos causados às crianças e adolescentes, que não são unicamente materiais, mas sociais e emocionais. Na mesma linha, Cynthia Peiter traz a contribuição da clínica psicanalítica para a compreensão desses traumas que têm como fraturas, os vários estágios na infância sustentados por Donald W. Winnicott, com a relação mãe-bebê, a questão do ambiente a regressão e as testagens enfrentadas pelas crianças e adolescentes.

Riede e Sartori trazem à baila diversas questões, desde o encantamento inicial dos pretendentes para adotar e à adaptação necessária para um vínculo afetivo familiar.

Por fim, há de se apontar uma reflexão sobre as questões expostas e a percepção do que não foi dito, com ética e sem pré-julgamentos. O objetivo é contribuir com o debate acadêmico sobre o tema tão delicado e complexo, abrindo ainda espaço para reflexão de outros pontos que não são claramente colocados, mas que não passam despercebidos, convocando o leitor a debates, são por exemplo: a desigualdade social e a falta de políticas públicas. As causas de abandono das crianças de seu núcleo familiar apontam para a responsabilidade das próprias famílias, colocando-as como únicas culpadas de todo o processo, quando na verdade, existe todo um contexto político-social que contribui com o problema-raiz que antecede a adoção. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) apresentou em 2013 o resultado das inspeções anuais realizadas pelos promotores da infância e juventude e é possível identificar as principais causas para o abandono dessas crianças e adolescentes no país.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO ABANDONO DE CRIANÇAS

O abandono de crianças é uma prática que vem desde a Antiguidade, variando apenas no contexto social, nas motivações, causas e circunstâncias. A partir de um percurso histórico, percebemos que na Idade Média, as crianças eram deixadas em "rodas" – cilindro oco de madeira, giratório –, que eram construídas em muro de igreja e hospital de caridade, onde essas crianças eram depositadas à sua própria sorte. No Brasil, no período colonial, esse dispositivo foi nomeado "Roda dos Expostos" ou "Roda de Enjeitados", e foi implantada devido ao crescente número de bebês que eram abandonados nas ruas, em lugares imundos, à mercê do tempo e dos animais que os devoravam antes de serem encontrados.

A partir do século XVIII, a infância abandonada passou a ser uma questão social e política de emergência. Muitas famílias, influenciadas pelo sentimento religioso de caridade, passaram a acolher as crianças abandonadas e desprotegidas, prática essa comum e muito difundida no século XVIII e ainda propagada nos dias atuais (MARCÍLIO, 1998, p. 67).

Apesar das mudanças de paradigma no que tange a forma como a criança era contemplada, o abandono infantil e a violência continuaram fazendo parte das várias classes sociais no mundo contemporâneo, prin-

cipalmente, nas famílias mais pobres. Fatores como a ocupação com o trabalho, a carência de recursos materiais da família, doença, dependência química, prisão dos pais ou responsáveis, abuso sexual, orfandade, mendicância, violência doméstica e o próprio abandono, seriam os principais motivos para que as famílias e o Poder Público vissem o acolhimento como a única opção de amparo encontrada para diminuir o sofrimento das crianças (SILVA, 2002 apud ORIONTE; SOUZA, 2007).

O relatório do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) divulgou o resultado das inspeções anuais realizadas pelos promotores da infância e juventude realizadas no ano de 2013 e apontou a negligência e a dependência de álcool e outras drogas, como as principais causas de abandono de crianças e adolescentes pelos seus pais no Brasil e que resultaram em acolhimento institucional. Com a dependência química, os pais podem se tornar agressivos, negligentes e violentos, abandonando seus filhos à própria sorte. O estudo apontou outras causas não menos expressivas para o abandono de crianças pelos pais, em primeiro lugar, por negligência e sucessivamente, por violência doméstica, por abuso sexual e por situação de rua (CNMP, 2013).

Em razão da vulnerabilidade das crianças e adolescentes, o Estado sugere como opção, em caráter provisório, o acolhimento nos abrigos, pelo menos até que as famílias possam se reestruturar e, dessa forma, venham buscar suas crianças. Contudo, destaca-se a necessidade de proteção também para essas famílias desestruturadas por meio de políticas públicas, haja vista que, na ausência de atenção e cuidado para esses grupos sociais, as possibilidades de retorno das crianças ao núcleo familiar tornam-se reduzidas, cenário esse frequente no contexto brasileiro, em que se amplia o número de acolhimentos nas diversas instituições espalhadas pelo país (CNMP, 2013).

1.1. PERSPECTIVAS SOBRE A PROTEÇÃO DO ESTADO E A LEGISLAÇÃO VIGENTE NO BRASIL

Diante do abandono de crianças, em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.069 consagrada como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), alterada de em alguns dispositivos pela Lei nº 13.309, de 5 de novembro de 2017, que regulamenta, especificamente, o modelo de proteção inte-

gral preconizado na Convenção sobre os Direitos da Criança proclamados pela ONU – Organização das Nações Unidas (BRASIL, 1990). Em consonância com o Código Civil (BRASIL, 1916-2002) e a Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Estado assume finalmente sua responsabilidade sobre a assistência à criança e ao adolescente, proclamando a família como base da sociedade e afirmando essas pessoas como sujeitos de Direito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio substituir o Código de Menores (Lei nº 6.697/79) denominado de "Código Mello Mattos", em homenagem ao autor do projeto, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos. A Legislação estava voltada para as pessoas classificadas como "abandonadas", "expostas", "carentes" ou autoras de atos infracionais e, por isso, passíveis de tutela pela lei. A partir do "Estatuto da Criança e do Adolescente", essas pessoas passaram a ser consideradas cidadãs em fase peculiar de desenvolvimento e, portanto, sujeitos de direitos e deveres. Para a efetivação desses direitos, o ECA estabeleceu um novo ordenamento institucional no qual foram criados órgãos responsáveis pelas políticas voltadas a esses segmentos etários (infanto-juvenil), através de um Sistema de Garantia de Direitos do qual faz parte o "Conselho Tutelar" (FONSECA, 2016).

O novo Estatuto apresentava como objetivo, assegurar à criança e ao adolescente o desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, além de destacar o direito de serem criados e educados no seio de sua família e – em caráter excepcional – em família substituta, que busque garantir a convivência familiar e comunitária para seu desenvolvimento (BRASIL, 1990).

Tais direitos são mencionados no artigo 227 da Constituição Federal, onde se depreende que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar a criança e o adolescente. Cumpre observar que a família, embora tenha um papel decisivo na formação e desenvolvimento desses indivíduos, por ser o primeiro grupo social de inserção do sujeito e ser uma fonte de promoção à saúde, em seu extremo, a família também pode favorecer a produção de doenças e inúmeros prejuízos para a criança e ao adolescente decorrentes das questões geradas pelo convívio social (BRASIL, 1988).

Quando esses Direitos Fundamentais da criança são violados, o abrigamento institucional torna-se uma alternativa como medida de proteção

oferecida pelo Estado (BRASIL, 1990). As instituições foram criadas para atender as crianças e adolescentes, que por alguma razão foram abandonados ou afastados da família, onde permanecerão – excepcionalmente, e em caráter provisório – até que possam retornar à família natural ou serem inseridos em outro lar, um lar substituto. Apesar das considerações divergentes, estudos demonstram que em situações graves na família, a instituição ainda pode ser a melhor opção de apoio e afeto para a criança.

Segundo Orionte e Souza (2007), não há dúvida de que o abrigo como instituição cumpre uma função social, porém, é importante refletir sobre a forma de subjetivação dessas crianças não em caráter individual, mas também no âmbito social em que se constituem, pois além da separação de sua família de origem, que muitas vezes ocorre de forma abrupta, passam pela experiência de conviver com pessoas totalmente estranhas, num ambiente compartilhado com outras tantas crianças também desconhecidas, sem abranger qualquer relação de pertencimento àquele espaço.

Ademais, em razão da burocracia do processo de reinserção da criança/adolescente, o abrigo que deveria ser provisório, pode tornar-se permanente. As crianças que são ignoradas pela família natural enfrentam a invisibilidade social e a incerteza quanto ao futuro. Ao Estado – objetivando minorar a situação das crianças e adolescentes nos abrigos por longos anos, sem que haja possibilidade de retorno às famílias de origem – não resta alternativa, a não ser a adoção, sobretudo pelo cumprimento da lei vigente que visa garantir a convivência familiar.

1.2. O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL E SEUS DESAFIOS

A adoção, atualmente regida pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, chamada de "Lei Nacional da Adoção" se caracteriza como uma medida excepcional e irreversível, conforme dispõe a legislação em vigor (Arts. 9, 39, § 1º, ECA, 2009).

A adoção seria a última alternativa dentre as políticas públicas a serem tomadas, sempre no propósito de atender aos melhores interesses da criança e do adolescente. Para tanto, os Juízes, promotores e a Defensoria Pública devem esgotar todos os meios para a manutenção da criança ou adolescente com seus pais biológicos ou com a família natural, dan-

do prioridade à reintegração da criança em seu ambiente familiar (MADALENO, 2018).

Para favorecer maior agilidade aos processos de adoção e diminuir o tempo de permanência nos abrigos, a "Lei Nacional de Adoção" criou o "Cadastro Nacional", sendo mantido o cadastro em comarcas regionais, para facilitar o encontro de crianças e adolescentes aptas para adoção e de candidatos habilitados. A lei limita em 02 (dois) anos a permanência dos menores no programa de acolhimento, prorrogáveis em caso de necessidade (ECA Art. 19, §2º, BRASIL, 1990).

Na prática, entretanto, verificamos que o efeito foi inverso e as crianças e adolescentes ultrapassam esse tempo de permanência nos abrigamentos. Isto ocorre, em razão das tentativas do Estado de procurar a família de origem ou de aguardar que a mesma se recupere e venha buscar a criança, o que pode durar vários anos ou nunca acontecer. Nesse interim, os candidatos ou pretendentes à adoção, além de perderem as chances de compartilhar a primeira infância da criança, acabam desistindo do perfil escolhido. Quando finalmente disponibilizam a criança para adoção, há o risco de não haver mais interesse nesse processo, já estão com mais idade (DIAS, 2017, p. 508).

O candidato que demonstrar interesse em adotar, de acordo com a Lei Nacional de Adoção nº 12.010 de 2009 deverá comparecer a uma Vara da Infância e Juventude e habilitar-se e após o preenchimento dos requisitos legais e aprovação, inscrever-se no cadastro local e nacional de pretendentes, submetendo-se, em seguida, a cursos e avaliação psicossocial, visitas domiciliares e entrevistas técnicas com a equipe interprofissional do Judiciário. Nessa fase, o pretendente preencherá um cadastro descrevendo as características da criança ou adolescente que pretende adotar, apresentando suas expectativas e motivações em relação à adoção. O pretendente à adoção, considerado apto, permanecerá no cadastro aguardando ser chamado na hipótese do aparecimento de alguma criança ou adolescente com seu perfil, podendo visitar abrigos e instituições em busca deste encontro, desde que sigam as orientações legais (BRASIL 2009).

Após o deferimento do pedido de inscrição do pretendente e escolhido o perfil da criança ou adolescente, será promovido o obrigatório estágio de convivência – só podendo ser dispensado, segundo Gonçalves (2018, p. 192) – "se o adotado estiver sob a tutela ou guarda legal do ado-

tante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo". Nesse período, os adotantes possuem a guarda legal da criança, que é provisória, podendo, mediante justificativa, ser revogada a qualquer momento. Durante o período de estágio de convivência, a lei permite a desistência, tendo em vista que ainda não ocorreu a adoção (ECA, Art. 34, § 2º; Art 35. BRASIL, 1990).

Ocorre, entretanto, de alguns adotantes aceitarem a criança ou adolescente e, após algum tempo de convivência, os devolverem. A ruptura desse vínculo é preocupante e merece atenção, não só por conta da violação dos direitos legais, mas pelo sofrimento que advém desse mecanismo de devolução ou restituição para solucionar um problema ou desconforto relacional (GHIRARDI, 2015).

2. PSICOLOGIA E DIREITO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO

O procedimento de devolução da criança adotada, segue o mesmo processo de abandono de um filho biológico, ou seja, é recolocado numa instituição. Diante do que podemos observar na literatura, a devolução é uma realidade e, mesmo violando a lei, os magistrados se sentem obrigados a aceitar a criança ou adolescente e recolocá-los no abrigo para evitar que sua permanência no núcleo familiar possa trazer-lhes maiores sofrimentos, tornando-as, por vezes, vítimas de maus-tratos, abusos e humilhações (GONÇALVES, 2018).

Adotar uma criança ou adolescente, como defende Schettini Filho (2008 apud RIEDE; SARTORI, 2013), exige a consciência clara da maternidade/paternidade como condição para que o sonho da procriação afetiva se torne realidade tanto na vida dos pais quanto dos filhos. No início existe a fase do encantamento, mas passados os dias, meses e anos de relacionamento, ambos – adotantes e adotados – passam a viver de forma mais intimista e nesse período que a fantasia e a realidade estão frente a frente. No enfrentamento diário, tanto o filho como os pais começam a perceber que o desejado está muito além da realidade. Essa fase se delineia como o período das descobertas, das identificações, das diferenças e das afinidades, sendo necessária a busca de auxílio, sobretudo terapêutico, sob

pena de tornar a convivência tão insuportável que pode resultar numa adoção fracassada, culminando na devolução do filho à instituição.

2.1. OS MÚLTIPLOS MOTIVOS PARA A DEVOLUÇÃO DA CRIANÇA

No processo de adoção, os pais adotivos das crianças e adolescentes apresentam diversificados motivos para que ocorra a devolução ou retorno à instituição. Para Souza e Casanova (2018), a devolução do filho adotado representa um fracasso no processo, apesar de todo o empenho dos profissionais, assistentes sociais, psicólogos e técnicos do Judiciário, além dos cursos de preparação e entrevistas técnicas. Aventa-se a hipótese, que a longa espera dos pretendentes no processo de adoção, o período insuficiente de convivência, aliados à imaturidade e despreparo emocional dos pais, bem como da criança e adolescente, contribuam para esse insucesso. Contudo, outros motivos são apontados como causas para a devolução, a começar pela expectativa dos pretendentes, afinal, algumas pessoas sonham e idealizam um filho de acordo com seu desejo (filho ideal), contudo, a expectativa pode não corresponder à realidade (filho real).

Nesse contexto, é preciso verificar o quanto de investimento narcísico está por trás desse desejo subjetivo de adotar. As construções subjetivas se não identificadas, tendem a confundir as relações afetivas, pois espera-se o que não existe, sendo necessário no caso da adoção, realizar o luto do filho ideal para aceitar e amar aquela criança ou adolescente escolhida para adotar, com todas as suas características e dificuldades (SOUZA; CASANOVA, 2018).

Na literatura, percebemos que não são poucos os que recorrem à adoção, sustentados muitas vezes pelo sentimento de luto, pela experiência de abortos, perda de um filho ou como alternativa para a infertilidade (FRANCO, 2016).

Nessas hipóteses, cada vez que o adotante olha para o filho adotivo, lembra do seu luto e da criança que não gerou, contexto esse que o remete ao sofrimento e frustração. Nestes casos, às vezes, a devolução é inevitável, pois preferem devolver a criança a lembrar do seu fracasso biológico ou da criança com a qual sonharam ou idealizaram como sua, mas que não foi encontrada (SOUZA, 2012).

O aspecto físico da criança, a sua linguagem, o comportamento, o histórico de vida, a etnia e a origem, a sobrecarga de atividades, cansaço e desgaste físico diante do trabalho com alimentação, vida escolar, doenças, noites sem dormir, também incomodam alguns adotantes. Essa nova dinâmica familiar é um problema para alguns casais, que também se sentem invadidos na sua privacidade, alijados de sua liberdade (SOUZA; CASANOVA, 2018).

Essa nova dinâmica familiar é um problema para alguns casais, que também se sentem invadidos na sua privacidade, alijados de sua liberdade. Quando possuem outros filhos, os pais podem se sentir ainda mais sobrecarregados por não saberem administrar as tarefas e, com alguma frequência, pode acontecer de precisarem lidar com aspectos afetivos relacionados aos irmãos, como o ciúme, a inveja e a resistência dos filhos gerados para com os adotados.

Outros motivos influenciam na devolução do filho adotivo à instituição, como por exemplo, a criança que começa a apresentar problemas de saúde ou doença crônica ao ser levada para casa, e os pais sentem-se inábeis para tratá-la. Nesse contexto, os pais costumam expressar também narrativas de que foram enganados, pois alegam não terem sido informados para se prevenir ou desistir antes do processo de adoção, justificando, por vezes, a falta de recursos financeiros para os cuidados necessários. Entre outras queixas dos pais que recorrem à devolução das crianças, estão relacionadas à sexualidade, ao mau comportamento, à mentira, à rebeldia, aos pequenos furtos, à desobediência, à testagem de limites e à regressão psicológica, experimentada por algumas crianças (SOUZA, 2012).

Segundo Souza e Casanova (2018), a regressão psicológica é um "renascimento" da criança naquela família. A criança revive sua 1ª infância fazendo xixi na cama, querendo engatinhar, falar como um bebê, pede chupeta e mamadeira, entra na roupa da mãe fingindo que vai nascer de novo. É como se essas crianças estivessem expressando a oportunidade de renascer, recomeçar, repaginar sua pequena história. Embora seja um sinal positivo, muitos pais não aceitam essa situação e manifestam inabilidade em lidar com essa fase que, embora complexa, costuma ser breve.

As autoras alertam sobre outra situação comum, conhecida como testagem. Nesse contexto, a criança e o adolescente fazem de tudo para chamar à atenção dos pais e ver o limite deles para saber se são aceitos,

principalmente, aqueles que já têm um histórico de outras devoluções, visto que já passaram por isso mais de uma vez.

Para Winnicott (2011), a testagem é um comportamento comum nas crianças e adolescentes. Nesse contexto, as mesmas apresentam a necessidade de testar seus pais para verificarem se podem confiar neles, e essa prática pode se perpetuar até idade mais avançada, até que se sintam mais seguros. Os adolescentes, por exemplo, testam suas ordens, suas regras, seus limites. A resposta provável para essa testagem pelos maiores é a descoberta de sentimentos e emoções fortes que os preocupam e, às vezes, os amedrontam. Dessa forma, é preciso testar os meios de segurança que recebeu desde a primeira infância, como também se configura como estratégia para voltarem a se sentir seguros e confiar plenamente.

No entanto, não apenas os adotantes apresentam motivos de retorno da criança ao abrigamento, outras causas que norteiam a devolução, dessa vez, por parte dos adotados, como por exemplo: maus-tratos, abusos, negligência dos pais, saudades da instituição pelo tempo e familiaridade com esse espaço, falta dos companheiros ou irmãos que lá tenham deixado, além das fortes lembranças da família de origem. Além dos motivos expostos para o retorno ao abrigo, destaca-se também, a falta de adaptação às novas regras – que não raras vezes – promove no adotado sentimento de não pertença à nova família, como se fossem estranhos ao novo núcleo familiar. Assim, muitos adotados sentem que aquele novo grupo não se configura como sua família de verdade, provocando, portanto, desconforto e angústia (SOUZA, 2012).

De acordo com Souza e Casanova (2018), a criança e adolescente recebem uma "surra emocional" e quanto maior for o adotado, maior será o trauma, além de contar com a frustração de perder a casa onde residia, a escola e os benefícios materiais. Em alguns casos, com a devolução, a criança fica provisoriamente, fora da nova lista de adoção com o objetivo de ser assistida pelos psicólogos e demais profissionais para superação da experiência vivida.

Não há dúvida de que a devolução seja um assunto delicado e complexo e nem toda criança consegue resilir frente à experiência da pós-adoção malsucedida. A maioria carente de afeto não entende essa reincidência de abandono ou maus-tratos e revive o trauma do abandono, reeditando tantas vezes forem, as devoluções (SOUZA, 2014).

2.2. CONTRIBUIÇÕES DA PSICOLOGIA E DA PSICANÁLISE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

A dor e angústia causadas pelo sentimento de rejeição e a falta de compreensão do motivo que levou seus pais adotivos a devolvê-las, podem levá-las a estados emocionais imprevisíveis. Muitas crianças apresentam desde o quadro de depressão, baixa autoestima, medo, baixo desenvolvimento físico e cognitivo a doenças graves que ameaçam sua saúde. A criança pode entrar em crise, sentir-se humilhada, depreciada, perder a esperança, e ter medo de se apegar novamente (SOUZA, 2012).

Souza (2012) ilustra essa situação por meio de relato do caso de uma criança devolvida que, quando retornou à instituição, enfiou-se debaixo da cama e só saía para ir ao banheiro e alimentar-se. Destacamos também, o caso de um jovem que desenvolveu "cegueira emocional", não conseguindo enxergar nada, mesmo tendo seus olhos clinicamente saudáveis. A falta de alguém a quem pudesse se apegar e que pudesse acolhê-lo exatamente como era, favoreceu o surgimento de sintomas bastante complexos.

A tristeza, a indignação e a revolta, também podem se expressar em crianças maiores e adolescentes que venham a apresentar comportamentos forjados para se defender do trauma do abandono, como: a indiferença, a frieza e entre outros, aparentando expressar hostilidade e agressividade. Essas crianças também podem manifestar o desejo de não serem adotadas, temendo uma nova desilusão e sofrimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos desafios no processo de adoção, que envolvem também aspectos psíquicos, como a idealização do filho desejado, a reedição de conflitos tanto dos adotantes quanto adotados, entre outras questões, evidencia-se a necessidade de ampliar ainda mais os diálogos entre o Direito, a Psicologia e suas abordagens, delimitando as fronteiras conceituais de cada área.

Conforme ressaltado, a figura da devolução do adotado não está previsto no ordenamento jurídico, a adoção é medida excepcional e sua sentença constitutiva, irrevogável, conforme prevê o § 1º, do artigo 39 do Estatuto da Criança e Adolescente. Entretanto, cresce o número de adoções malsucedidas implicando em inevitáveis retornos das crianças às institui-

ções, na maioria dos casos, com abalos emocionais podendo comprometer seu desenvolvimento, sobretudo, de uma nova socialização.

Nesse trabalho de resgate, várias situações podem emergir no *setting* terapêutico, como os medos e angústias ligados à separação, à desconfiança em estabelecer novos vínculos. Nesse contexto, o terapeuta ao mesmo tempo que ocupa lugar de fundamental importância para acolher essa carga afetiva e ajudar a criança no processo de elaboração, também exercerá a função de anteparo tornando-se alvo das projeções dessas angústias e medos. É necessário que essas projeções ocorram no ambiente terapêutico com um profissional e não com os pais adotivos ou pretendentes à adoção durante o Estágio de Convivência. Essa proposta se justifica porque nem todos os pais estão suficientemente preparados, razão que influencia muitos candidatos a desistirem da adoção ou venham a devolver as crianças ao abrigo (PEITER 2016, p. 57).

Assim, diante da complexidade e delicadeza do tema proposto, que suscita reflexões no âmbito jurídico e social, não se pretende concluir os diálogos aqui sugeridos, mas contribuir para novas pesquisas sobre as questões afetivas na devolução das crianças e adolescentes institucionalizados, a partir da interface entre o Direito e a área da Psicologia e Psicanálise.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. **Relatório da Infância e Juventude**. Relatório da Resolução nº 71/2011: um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/3-noticias/todas-as-noticias/3702-cnmp-divulga-dados-sobre-acolhimento-de-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 11 nov.2019.

_____. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Orientações técnicas: serviços de acolhimento para crianças e adolescentes.** Brasília. 2009. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/conanda/orientacoes_tecnicas_crianca_adolescente_2009.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. **Código de Menores. Rio de Janeiro, 1927.**

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Brasília, 2002.

_____. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção e altera a *Lei nº* 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Código Civil e Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.** 2009.

_____. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. **Dispõe sobre adoção e altera a *Lei nº* 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Código Civil e Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.** 2009.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA**. Brasília, 1990.

_____. Senado Federal. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FRANCO, Letícia. A Adoção e a Devolução de Crianças e Adolescentes. **Jusbrasil.** 2016. Disponível em: <https://leticiafse.jusbrasil.com.br/artigos/327552488/a-adocao-e-a-devolucao-de-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 02 abr.2018.

FONSECA, Júlia Brito. Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146196/codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 29 mar.2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**.v. 6. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2018.

GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. **Devolução de crianças adotadas: um estudo psicanalítico**. São Paulo: Primavera Editorial, 2015.

_____. Maria Luiza de Assis Moura; FERREIRA, Marcia Porto. **Laços e rupturas: leituras psicanalíticas sobre adoção e o acolhimento institucional**. São Paulo: Escuta, 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

MARCÍLIO, M. L. **História social da criança abandonada.** São Paulo: Hucitec, 1998.

ORIONTE, Ivana; SOUZA, Sonia Margarida Gomes. Viver em Abrigo: com a Palavra, a criança. **Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais**. Belo Horizonte, v. 2, n. 1, 2007. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistalapip/12artigo.pdf>. Acesso em: 23 out. 2019.

PEITER, Cynthia. **Adoção, vínculos e rupturas. Do abrigo à família adotiva**.2 ed. São Paulo: Zagodoni Editora, 2016.

RIEDE, J. E.; SARTORI, G. L. Z. Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. **Perspectiva**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_354.pdf>. Acesso em: 4 abr.2018.

SOUZA, Hália Pauliv de; CASANOVA, Renata Pauliv de Souza. **Adoção e a preparação dos pretendentes. Roteiro para o trabalho nos grupos preparatórios.** Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Adoção e seus desafios**. Curitiba: Juruá, 2018.

SOUZA, Hália Pauliv de**. Adoção tardia: devolução ou desistência de um filho? A necessária preparação para adoção**. Curitiba: Juruá, 2012.

WINNICOTT, Donald Woods. **A família e o desenvolvimento individual (Textos de Psicologia).** 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DIREITOS HUMANOS, ESTADO E GLOBALIZAÇÃO: MOTE OU MORTE?

Caio Pacca Ferraz de Camargo[57]
Taysa Pacca Ferraz de Camargo[58]

INTRODUÇÃO

Este artigo nasceu da releitura de um trabalho anterior de um destes coautores, apresentado no Grupo de Trabalho *Direito e Sustentabilidade I*, do XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Curitiba, Paraná, em dezembro de 2016, intitulado *Globalização: promoção e vulneração aos direitos humanos*.

Ao revisitarmos aquele texto, notamos uma carência crítica em relação à abordagem histórica dos direitos humanos, nele apresentada como uma narrativa linear que nos propusemos a aqui reparar a quatro mãos, surgindo desse esforço este novo texto, apoiado no método dedutivo, a partir da pesquisa historiográfica e da revisão das fontes bibliográficas e de periódicos científicos.

---

57 Mestre em Direito. Aluno da pós-graduação *stricto sensu* das disciplinas isoladas "História do Pensamento Jurídico" e "Crítica às Instituições do Direito Internacional", ambas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Civil (EPM). Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário (EPM). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário UniFMU. Registrador Civil e Notário no Estado de São Paulo.

58 Mestranda em Direito. Especialista em Direito Civil (EPM). Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário. Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniFMU. Conciliadora do TJSP.

Dividiu-se o texto em três tópicos. No primeiro, reafirmar-se-á que apesar da essencialidade dos direitos humanos, não perdem eles seu caráter histórico. O segundo tópico é uma decorrência do primeiro. Nele se fincará que as Revoluções Burguesas do século XVIII foram o momento histórico preciso do surgimento da noção dos Direitos do Homem, fruto do Iluminismo jurídico, perpassando pelas críticas que sofreram, agrupando-as entre as de viés anti-iluministas e as de inspiração marxistas. No terceiro e último, examinar-se-á a figura do Estado na atual ordem global e sua anunciada crise, distinguindo-se, com apoio em Ulrich Beck, os conceitos de globalidade, globalismo e globalização, revelando que a globalização, ao contrário do que vulgarmente se diz, reentroniza o Estado como ator cooperativo de primeira ordem, mas não mais o único nas relações do poder global, heterárquicas, podendo contribuir com a consolidação do Estado Constitucional Cooperativo, apto a enfrentar o globalismo e promover a busca pela concreção dos direitos humanos a partir de uma soberania estatal redesenhada, consentânea com a nova ordem global marcada pelo *multi-stakeholderism*.

Conclui-se que os direitos humanos, o Estado e a globalização, na acepção a ela dada por Ulrich Beck em oposição ao globalismo, podem e devem ser um mote, e não a morte, um do outro.

1. A HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Norberto Bobbio (2004, p. 5) asseverava que sempre defendeu e continuava a defender que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos de certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Dessa forma, "[...] não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas" (BOBBIO, 2004, p. 18).

Importante o estabelecimento dessa premissa, pois a percepção já corrente desses direitos como trans-históricos ou naturalmente inatos ao homem, embora espelhe a sedimentação de uma convicção da indispensabilidade do seu reconhecimento e respeito, o que em si é salutar, parece

colocá-los sob uma áurea de revelação quase sobre-humana, quando, em verdade, são os homens que os revelaram e, dia a dia, os continuam a revelar ou vulnerar. Afinal, "[...] ao contrário do que predicam os profetas do universalismo anti-histórico, as categorias jurídicas que hoje são moeda corrente no léxico dos juristas, têm vicissitudes profundamente históricas [...] envoltas em circunstâncias de surgimento bastante específicas" (FONSECA, 2011, p. 276).

Daí a pesquisa historiográfica ser fundamental não apenas para esclarecer o passado, na sua difícil missão de buscar dizer a verdade sobre ele (COSTA, 2020), mas também para lembrar que a História, mesmo agora, segue em curso, o que nos permite senão predizer o futuro dos Direitos do Homem, ao menos planejá-lo como realidade não estática, mas em conformação na sua experiência cotidiana, notadamente no contexto dos mais recentes avanços tecnológicos que, além de impulsionarem a globalização (aqui ainda dita em sentido vulgar), acompanha invariavelmente, como notou Bobbio (2004, p. 6), o aumento do poder do homem dominar a natureza e outros homens, a ensejar novas lutas por velhos e novos direitos.

2. AS REVOLUÇÕES BURGUESAS DO SÉCULO XVIII E O NASCIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Conquanto já desde a Antiguidade tenha despontado uma noção de igualdade essencial entre os homens, notadamente entre os séculos VIII e II a.C., período alcunhado de axial (*Achsenzeit*) por Karl Jaspers (COMPARATO, 2010, p. 22-24), e sem nos olvidarmos dos influxos da doutrina cristã da Idade Média e Moderna, a concepção de direitos humanos, tais como categoria jurídica que hoje conhecemos, é fruto do Iluminismo jurídico, cujo ápice se atingiu com as Revoluções Burguesas mormente a Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Revolução Francesa (1789), prevalecendo esta àquela, como registrou Bobbio (2004, p. 85), na conformação do ideário dos direitos do homem que reverberam até hoje:

> [...] Apesar da influência até mesmo imediata que a revolução das treze colônias teve na Europa, bem como da rápida formação no

> Velho Continente do mito americano, o fato é que foi a Revolução Francesa que constituiu, por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela libertação do próprio povo. Foram os princípios de 1789 que constituíram, no bem como no mal, um ponto de referência obrigatório para os amigos e para os inimigos da liberdade [...].

Surgem os Direitos do Homem num contexto de novas forças sociais em embate com o Estado Absoluto, este marcado pela racionalidade arcaica exposta por Maquiavel, na qual o soberano se ocupava exclusivamente da guerra (ANDERSON, 2004, p. 32).

Lembremos que a própria concepção de *sujeito*, por exemplo, tão indispensável hoje à linguagem dos direitos, surgiu de discussões franciscanas do século XIV, indissociavelmente ligadas ao tema da propriedade, de modo que o sujeito passa a ser definido como aquele que é dono de si mesmo (*dominium sui*) e mais tarde, com Locke, aquele que é capaz de ser proprietário de bens (*dominium rerum*). Ou seja, o sujeito nasce como categoria jurídica como *sujeito proprietário* (FONSECA, 2011, p. 276-277).

Bobbio (2004, p. 91-93) destaca que as declarações de direitos humanos, desde sua origem à atualidade, foram submetidas basicamente a duas espécies de críticas antípodas: as de cunho anti-iluminista, que as acusavam de ser excessivamente abstratas (ao definirem a figura do 'homem' e se valer de dogmas tão abstratos e vagos que seriam suscetíveis de mais de um significado); e aquelas nascidas a partir de Marx, para quem estavam elas intimamente ligadas aos interesses da classe burguesa, na luta de emancipação contra a aristocracia, de modo a não representarem a emancipação do gênero humano em abstrato, mas do burguês, sendo dele os direitos tutelados pela Declaração, egoísta, separado dos outros homens e da comunidade. O argumento central dessa crítica é a de que as primeiras declarações de direitos humanos concebiam um homem excessivamente individualista.

Ao comentar a crítica de Marx, Bobbio (2004, p. 93-94) notou a confusão feita por aquele entre a ocasião histórica da qual nasceu a reivindicação dos direitos humanos (realmente a luta burguesa contra a aristocracia) com uma questão de princípio, ao ver no homem apenas o cidadão e no cidadão apenas o burguês. A única via plausível à solução do

eterno dilema das relações entre governantes e governados, era justamente conceber, como o fizeram as primeiras declarações, o indivíduo singular como titular do poder soberano que, apenas depois da sua associação, conferiria poder político a quem quer que fosse. As declarações invertiam, pois a lógica do tradicional pensamento político na qual os direitos ou liberdades não eram reconhecidos como existentes antes do poder soberano, mas como uma concessão deste aos súditos, sem a qual jamais teriam qualquer direito.

O individualismo atomizado, objeto da crítica de Marx, na verdade, foi, e quiçá ainda seja, a necessária medida de emancipação humana. A nação ou o Estado, já nas primeiras declarações, é posta como instrumento de concretização dos potenciais dos indivíduos. Veja-se a lição de Ricardo Marcelo Fonseca (2011, p. 285):

> Nas trilhas de Hannah Arendt, o filósofo italiano Giorgio Agamben percebe com muita argúcia que o molde dado aos direitos a partir do movimento revolucionário francês de 1789 não poderia ser erigido (ao contrário do sistema jurídico anterior), senão a partir da existência do ESTADO, como garante e 'força pública' (para usar mais uma vez o léxico da 'declaração' de 1789). O art. 3º deste documento aduz, com todas as letras, que 'o princípio de toda soberania reside na nação', sendo a partir dela (da formação estatal em torno da ideia de nacionalidade) que os direitos devem ser aferidos, numa relação indivíduo-Estado-nação, sem intermediários. Ou seja: o sujeito tem direitos enquanto pertencente a um determinado Estado-nação, que o protege a partir das garantias e direitos estabelecidos em seus documentos jurídicos (derivados de sua soberania).

O Estado está, assim, posto a serviço da emancipação individual, ainda que tal percepção muito tenha evoluído de uma acepção formalista para uma material, culminando no desenvolvimento que Amartya Sen (2010) concebe como liberdade, pela eliminação das privações das liberdades substanciais.

Daí porque ainda é verdadeiro que "[...] o sujeito tem direitos enquanto pertencente a um determinado Estado-Nação, que o protege a

partir das garantias e direitos estabelecidos em seus documentos jurídicos (derivados de sua soberania)" (FONSECA, 2011, p. 286). Ora, mas se mesmo a proteção dos direitos humanos sempre dependeu de um vínculo com um Estado, por que distinguir os direitos humanos e os fundamentais como sendo estes desvinculados de uma ordem estatal interna, mas de cunho internacional, e aqueles inerentes a ela, de cunho doméstico?

> [...] os direitos humanos, por inatos, não foram atribuídos pelo Estado e nem mesmo pela sociedade civil, uma vez que, como demonstrou Locke, o pacto social não alcança a essência humana assegurada naturalmente pelo direito objetivo da dignidade, que segue sendo de preexistente titularidade absoluta do homem e de todos os homens – os direitos humanos conformam toda a ordem jurídica, nela incidindo transversalmente e, por via de consequência, aplicando-se a todos os casos jurídicos concretos (SAYEG; BALERA, 2011, p. 119).

Tal distinção ainda pressupõe uma firme divisão entre o direito interno e internacional assentada na soberania legiferante. Contudo, a atual ordem internacional é *heterárquica*, por ser marcada pela ausência de um polo nômico supremo, lançando novas luzes sobre o conceito de soberania (CALDAS; TOMAZ, 2020, p. 53). Daí porque nos parecer que tal antiga distinção entre direitos humanos e fundamentais começa a se dissociar da marcha histórica, parecendo adequado se pensar nos direitos humanos fundamentais.

3. O ESTADO: INSTITUIÇÃO JURÍDICA LOCAL NUM CENÁRIO GLOBAL?

Desde as Revoluções Burguesas até agora, sem nos olvidarmos das lutas operárias, das duas Grandes Guerras e da própria Guerra Fria, a compreensão do Estado passou por grandes transformações, mas, para alguns, o atual estágio da globalização representa não uma transformação, mas seu enfraquecimento, a ameaçar a própria liberdade. Nesse sentido, Eros Grau (2010, p. 49) afirma:

> O modo de produção social e globalizado dominante, além de conduzir não apenas à perda de importância dos conceitos de "país" e "nação", mas também ao comprometimento da noção de Estado, nos coloca diante do desafio, enunciado por Dahrendorf, da quadratura do círculo entre crescimento econômico (criação de riqueza), sociedade civil (coesão social) e liberdade política: como harmonizar esses valores no clima do mercado global? [...] a globalização ameaça a sociedade civil, na medida em que: (i) está associada a novos tipos de exclusão social, gerando um subproletariado (underclass), em parte constituído por marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião ou outro sinal distintivo; (ii) instala uma contínua e crescente competição entre os indivíduos; (iii) conduz à destruição do serviço público (= destruição do espaço público e declínio dos valores do serviço por ele veiculados). Enfim, a globalização, na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade.

Bauman (2001, p. 83) reputa o enfraquecimento do Estado à ação de um capitalismo leve, que segundo ele não aboliu as autoridades legiferantes, nem as tornou dispensáveis, apenas permitiu sua coexistência em número tão elevado que tendem a se cancelar mutuamente.

A globalização, fenômeno multidimensional iniciado nas palavras de Lewandowski (2004, p. 50), com a Revolução Copernicana e as grandes navegações, se aprofundou e consolidou com o desmonte da antiga União Soviética, cujo colapso, segundo Hobsbawm (2005, p. 23-24) marcou o final do século XX, e reduziu o globo a uma unidade operacional básica, importando na superação das economias nacionais, definidas pela política de Estados territoriais, desde então vistas como entraves às atividades transnacionais. Foi também decisivamente impulsionada pela popularização da *internet* e das demais tecnologias de informação e comunicação (TICs) na década de 1990.

O mundo e seus problemas se tornam mais complexos, levando a uma crise do poder do Estado, que "[...] deixou de ser o único *player* internacional detentor da última *ratio* dentro do seu território para compartilhar poder com outros atores tanto na esfera internacional quanto na doméstica" (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 83) por justamente

não ter mais "[...] condições de controlar todos os poderes que se manifestam, em seu território ou fora dele [...]" (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 83). Prevalece, na atualidade, uma "[...] ordem global, multilateral, heterárquica, policêntrica e, assim, multifacetada, que se convencionou acoimar de *multi-stakeholderism*" (CALDAS; TOMAZ, 2020, p. 53).

Ainda que isso seja verdade, o Estado continua a ser unidade operacional básica na declaração e aplicação da Justiça, não podendo fazê-la as empresas, por exemplo, muito menos o terrorismo ou crime organizado. Destarte, ainda guarda o Estado papel relevante na ordem atual das coisas, todavia, de um modo diverso daquele que fazia anteriormente.

Nesse ponto importante lembrar que à noção vulgar de globalização Ulrich Beck (2008, p. 27-30) conferiu uma relevante diferenciação, identificando três movimentos distintos: o globalismo, a globalidade e a globalização. O globalismo, segundo ele, pressupõe uma comutação da ação política arrimada no Estado-nacional pelo mercado, colocando toda a estrutura da organização social herdada da modernidade a serviço da lógica econômica de ideologia neoliberal. A globalidade, ao revés, representaria uma convivência humana em sociedade mundial que pressuporia uma real superação de isolamentos e fronteiras, onde as relações sociais superariam o Estado-nacional, gerando uma diversidade sem unidade. A globalização, por fim, revela os processos pelos quais os Estados-nacionais soberanos se imbricam e mesclam em meio a atores transnacionais e suas probabilidades de poder, orientações, identidades num processo que cria vínculos e espaços sociais transnacionais, revaloriza culturas locais e traz, ao primeiro plano, terceiras culturas.

Qualquer rápida mirada no mundo de hoje permite concluir pela ausência da globalidade sendo, por outro lado, mais difícil concluir nesse cenário de *multi-stakeholderism* global entre a prevalência do globalismo ou da globalização nas acepções de Beck. De toda forma, a partir da diferenciação da globalização e do globalismo proposta por Beck, torna-se possível conceber a globalização como um possível fenômeno de revalorização do papel estatal como ente indispensável na coordenação dos esforços da ordem heterárquica, na contenção das ameaças dos novos poderes que premem o Homem, a fim de não só garantir os direitos humanos já consagrados, mas enunciar outros novos.

Aquele fenômeno descrito por Bauman de irrelevância da função estatal parece-nos decorrer mais de uma dificuldade de cooperação dos entes legiferantes quando se tornam muitos, do que propriamente do puro e simples incremento de sua quantidade, pois um apanhado de múltiplos entes desorganizados, realmente tende anular um ao outro, mas, quando coordenados num esforço comum, certamente outro há de ser o resultado.

Nessa trilha, a globalização descrita por Beck, como processo de entrelaçamento dos Estados-nacionais soberanos com atores transnacionais na criação de vínculos e espaços sociais transnacionais, pode ser revista como fenômeno histórico tendente a dar continuidade ao esforço de afirmação e concreção protetiva dos direitos humanos, sem, porém, prescindir do Estado, mas ao contrário, valorizando-o como ator indispensável na tarefa de enfrentamento ao globalismo.

Em consonância com essa proposta, retomamos o modelo sugerido, em 1978, por Peter Häberle, do *Estado Constitucional Cooperativo*, como um Estado de estrutura aberta tanto para dentro quanto para fora, garantido pela democracia pluralista, por direitos fundamentais e por elementos da divisão dos poderes, cuja ampliação social revela que a cooperação é uma parte da própria identidade desse Estado Constitucional que ao assim ser também se fundará no Direito Internacional, mais precisamente no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, para garantir a cooperação e responsabilização internacional e, também, garantir a solidariedade, atendendo, dessa forma, a demanda internacional última por políticas de paz.

A concepção do Estado Constitucional Cooperativo parece via segura a definir o ente estatal necessário à globalização descrita por Beck e desejável no esforço de eficácia dos direitos humanos, pois, ao contrário de prescindir ou vulnerar a figura do Estado-nacional, a ele agrega elementos de oxigenação através da cooperação e integração internacional, garantindo uma noção de soberania mais adequada aos dias atuais, na qual ao invés de se constar um enfraquecimento estatal, pode a globalização impulsioná-la sob essa nova ótica. A globalização se torna, pois, mote do novo Estado e, por consequência, mote da nova era dos direitos humanos e não mais uma ameaça de morte aos dois. Isso porque "[...] o prestígio do Estado constitucional cresce na medida de sua efetividade na realização cooperativa dos direitos fundamentais" (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 92).

A globalização força assim os Estados a adotarem esse novo modelo Constitucional Cooperativo, de modo que em certo sentido, nunca a confundindo com o globalismo, é que parece ser ela um fator de recontextualização do Estado, a permitir sua reforma de modo a firmá-lo, talvez até mais do que antes, como *player* indispensável à concretização dos direitos humanos, pois a este modelo de Estado, a concretização da cidadania é mais indispensável que a autoafirmação soberana, tornando-se assim imperioso o compartilhamento da soberania "[...] com os demais Estados e organizações internacionais, com o objetivo de afirmar os valores universais em prol do ser humano, os quais permitam projetar a soberania desses Estados para além de suas fronteiras de forma transparente, democrática e não dominante" (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 92).

Ora, diante do que muitos enxergam como uma crise do poder do Estado, ensejada pela globalização, é que propomos serem os direitos humanos, e não os fundamentais, a reentronizá-lo e justificá-lo sob uma nova ótica, a do Estado Constitucional Cooperativo, cujo signo distintivo e inovador é a permeabilidade àquilo antes tido como puramente externo. O Estado Constitucional Cooperativo, consentâneo com a realidade heterárquica e o *multi-stakeholderism*, parece caminhar à afirmação dos direitos humanos fundamentais.

CONCLUSÃO

O Estado moderno, concebido a partir das primeiras declarações de direitos humanos como ente garantidor da liberdade individual, inicialmente formal e subsequentemente material, não há de morrer com a globalização.

Pode ela antes servir, em face do globalismo, como importante influxo renovador do Estado na nova ordem global heterárquica ao impulsionar a conformação de Estados Constitucionais Cooperativos, para os quais é indispensável a concretização de direitos humanos e a repulsa contra o poder ou seu abuso.

Portanto, ainda que reflexamente, a globalização, tal qual descrita por Ulrich Beck em oposição ao globalismo, ao permitir, digamos, uma "atualização" da soberania estatal e sua revalorização, serve de mote; e não

fere de morte, à incessante luta pela efetivação de velhos, e a enunciação de novos, direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Trad. João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. 1ª ed. reimp. Buenos Aires: Paidós, 2008.

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

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Efetividade dos direitos humanos e democracia: a soberania constitucional cooperativa entre a ordem estatal e a ordem internacional na sociedade do risco e da informação. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 18, n, 29, p. 49-76, set./dez. 2020.

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

COSTA, Pietro. 'DIZER A VERDADE': UMA MISSÃO IMPOSSÍVEL PARA A HISTORIOGRAFIA? **História do Direito: RHD**. Curitiba, v.1, n.1, p. 250-273, jul-dez de 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Para uma possível teoria da história dos direitos humanos. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 273-291, jan--jun. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LEWANDOWSKI, Henrique Ricardo. **Globalização, Regionalização e Soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

PACCA FERRAZ DE CAMARGO, Caio. Globalização: promoção e vulneração aos direitos humanos. "In" **Direito e sustentabilidade I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenador: José Querino Tavares Neto. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. 1ª Ed. Petrópolis: KBR Editora, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. **Os direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

HISTÓRIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO CASAMENTO CIVIL NO BRASIL: A CONTRIBUIÇÃO DO GABINETE DA CONCILIAÇÃO (1853-1856)

Daniel Machado Gomes[59]
Yara Esteves Soares[60]
Daniel Sant'Anna Lisbôa[61]
Raphaela Abud Neves[62]

INTRODUÇÃO

No momento em que a princesa Isabel exercia a regência pela segunda vez, em 1876, D. Pedro II assim lhe escrevia: "Se se tivesse seguido meu parecer, ter-se-ia votado já o projeto de lei do casamento civil, apresentado às Câmaras pelo Ministério, em 1857. Adoto inteiramente as ideias desse projeto" (PEDRO II *apud* CONSELHOS..., 1998, p. 814). O imperador referia-se ao projeto legislativo que visava atribuir efeitos civis aos casamentos mistos e entre acatólicos. Na segunda metade dos oitocen-

59 Pós-Doutor em História do Direito pelo IHGB, Doutor em Filosofia pela UFRJ, Professor do PPGD – UCP.

60 Bacharelanda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis.

61 Bacharelando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis.

62 Mestranda em Teoria e Filosofia do Direito no PPGD/UERJ.

tos, como explana Ivo Pereira da Silva (2015, p. 398), havia a necessidade de estimular a imigração europeia para povoar as vastas terras do Império e substituir o trabalho escravo, tendo em vista o fim do tráfico negreiro. Nesse contexto, inserem-se as tentativas de atribuir efeitos jurídicos a casamentos que não fossem celebrados pelo rito tridentino.

O artigo que segue tem como objetivo principal apontar como se deu a contribuição do gabinete de conciliação em relação ao direito fundamental do casamento civil, no Brasil. Para isso, destaca-se a iniciativa de regulamentação civil dos casamentos mistos e de acatólicos conduzida por Nabuco de Araújo, ministro da justiça do gabinete presidido pelo marquês do Paraná. Do ponto de vista metodológico, o trabalho possui uma abordagem qualitativa e emprega o método histórico, valendo-se da produção da historiografia sobre o tema dos casamentos mistos e acatólicos, bem como de fontes primárias, como é o caso da obra "Um estadista do Império", de Joaquim Nabuco, e as Atas do Conselho de Estado.

O texto encontra-se dividido em três partes. A primeira seção trata do contexto histórico em que o gabinete de conciliação estava inserido, o que ensejou um ambiente propício à discussão de assuntos que envolviam mudanças por parte do governo. Nesse sentido, enfatiza-se que Nabuco de Araújo, ministro da justiça, chamava a atenção para a urgente e imediata necessidade de regulamentação dos casamentos realizados fora do rito tridentino. A segunda parte versa sobre a recepção do projeto de Nabuco de Araújo para normatizar o casamento de acatólicos, que foi apresentado em 1856 para debates entre os conselheiros. Por fim, o último item dedica-se a evidenciar os embaraços que contribuíram para a ausência de efetividade da regulamentação do casamento de acatólicos no Brasil, onde evidencia-se a oposição da Santa Sé e de autoridades eclesiásticas que discordavam do processo de laicização da sociedade brasileira.

1. O GABINETE DE CONCILIAÇÃO

Quando analisou a iniciativa de D. Pedro II de formar o gabinete integrado pelos dois partidos que disputavam a cena política no Império, Joaquim Nabuco se manifestou em relação ao fato de que "era natural que desejasse alguma moderação, alguma medida de justiça nas relações dos partidos; que abandonassem a paixão do extermínio reciproco" (NA-

BUCO, 1899, p. 175). Foi com base neste desejo de moderação que, em 06 de setembro de 1853, o imperador atribuiu a presidência do Conselho de Ministros ao marquês do Paraná, formando o chamado gabinete de conciliação. Segundo Paula Ferraz (2013, p. 69-71), Pedro II entregou ao presidente do Conselho um documento denominado *Instruções*, em que apontava a necessidade de reformas políticas a cada pasta dos ministérios, como o estímulo à imigração e o cerceamento do tráfico negreiro.

Bruno Estefanes (2013, p. 259) defende que a formação do gabinete da conciliação dá início a uma intervenção direta do imperador nos propósitos do ministério. Para compreender melhor o assunto, é necessário ter em mente o arranjo governamental do Segundo Reinado que configurava remotamente um sistema parlamentarista. O artigo 102 da Constituição estabelecia que "o imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado" (BRASIL, 1824), mas o texto também previa que o poder moderador, instrumento para reger todas as perspectivas institucionais, seria exercido pelo próprio imperador. De acordo com Boris Fausto (2006, p. 179), o arranjo característico da época se deu por intermédio de um decreto, no ano de 1847, que criou a atribuição do presidente do Conselho de Ministros, também denominado gabinete, que ficaria responsável por exercer o poder executivo.

Fausto (2006, p. 179-180) chama atenção para o fato de que, com o objetivo de promover estabilidade política, toda vez que a Câmara não apoiava o gabinete vigente, D. Pedro II utilizava as atribuições do poder moderador e, com isso, dissolvia a Câmara para eleger representantes que possuíam ideais convergentes com o Conselho de Ministros que estava no poder. Dessa forma, faz-se notar que a dinâmica era

> [...] um sistema flexível que permitia o rodízio dos dois principais partidos no governo, sem maiores traumas. Para quem estivesse na oposição, havia sempre a esperança de ser chamado a governar. Assim, o recurso às armas se tornou desnecessário (FAUSTO, 2006, p. 180).

Apesar disso, entre 1848 e 1850, eclodiu a Revolução da Praieira que, segundo Boris Fausto (2006, p. 178-179), teve como motor o descontentamento da classe liberal dos senhores de engenho, vez que a província

do Recife passou a ser governada pelos conservadores. A rebelião, para Estefanes (2013, p. 188), evidencia os impactos que podem ocorrer devido às nomeações partidárias no Império, tendo em vista a insurgência de julgamentos à intervenção política. Assim, foi neste contexto que o imperador mirou em uma solução além dos partidos em voga, a fim de que "as facções divergentes, os dissidentes, pudessem dele fazer parte" (RODRIGES *apud* FERRAZ, 2010, p. 04).

A historiografia diverge a respeito do Conselho de Ministros instituído no dia 06 de setembro de 1853. O próprio termo conciliação já foi empregado de diversas formas, "como também determinou, pelo encontro inesperado e confusão dos antigos partidos, uma babel em que ninguém se entendia" (NABUCO *apud* ESTEFANES, 2013, p. 244). Dentre essas perspectivas, Bruno Estefanes (2013, p. 244) ressalta as duas principais vertentes sobre a expressão conciliação: uma a considera inovadora forma de relação entre o monarca e os ministros, fato que propiciou incisiva intervenção do imperador nos assuntos políticos. A outra perspectiva, ainda segundo Estefanes (1997, p. 174), entende que foi uma tentativa de cercear o poder do partido que estava no governo no que concerne às nomeações e eleições. Por fim, o autor menciona que "a grande diferença do Ministério da Conciliação é mesmo a participação mais efetiva do imperador na realização de mudanças e, sem dúvida, a existência de ministros dispostos a realizá-las" (ESTEFANES, 2013, p. 244).

A respeito do Conselho de Ministros, o historiador Roderick Barman (*apud* FERRAZ, 2013, p. 21) elucida que, com a formação do gabinete da conciliação, o imperador introduziu uma considerável intervenção política, tendo em vista a inovação ao direcionar as mencionadas *Instruções* aos ministros, em que estabelecia os parâmetros a serem mirados, assim como o liame entre as autoridades estatais. Já para o pesquisador Jeffrey Needel (*apud* FERRAZ, 2013, p. 21), a conciliação foi inserida em um período dotado de uma latente moderação apartidária e uma paulatina reforma política, sob a direção notória do imperador.

Uma sucessão de eventos propiciou, segundo Paula Ribeiro Ferraz (2013, p. 66), a escolha pelo imperador de Honório Leão para liderar o gabinete da conciliação, tendo como pontos decisivos a atuação do político como presidente de Pernambuco, durante a Revolta da Praieira, além de sua habilidade como ministro plenipotenciário na missão que envolvia

conflitos em torno do rio da Prata (1851-1853). Por outro lado, Needell (*apud* PARRON, 2009, p. 214) explica que a escolha de Honório Leão se deu em função da pretensão de D. Pedro II de utilizar um relevante político conservador para arranjar uma administração reformista não-partidária.

Certo é que a chefia do marquês do Paraná, conforme preleciona o professor João Camillo de Oliveira Torres (2017, p. 97), não culminou em uma simples conciliação, mas sim uma nova ordem partidária indefinida que se perdurou até a guerra do Paraguai. Além disso, o docente defende (2017, p. 97) que o gabinete de conciliação personificou uma política de moderação, isto é, uma espécie de partido conciliador que não poderia ser classificado como liberal ou conservador. Entretanto, visão contrária é consignada na obra de Joaquim Nabuco (1899, p. 172), segundo a qual, Honório Leão explicitava que os ministros não se esquivariam de seus ideais pessoais e, inclusive, não pretendiam criar uma nova organização partidária.

Apesar das críticas ao gabinete da conciliação, o momento foi descrito como preenchido de prosperidade, dada a harmonia das lutas partidárias, como é possível observar nas palavras de Joaquim Nabuco:

> [...] foi visivelmente uma época de renascimento, de expansão, de recomeço, em que se renovou o antigo sistema político decrépito, em que se creou o apparelho moderno de governo, e se dilatou extensivamente, não para a classe política somente, mas para todas as classes, o horizonte que as comprimia (NABUCO, 1899, p. 176).

Esse cenário de tranquilidade, como expõe Torres (2017, p. 97), propiciou moderação entre os partidos dissidentes, o que favoreceu o desenvolvimento político da época. Nesse contexto, a regulamentação dos casamentos acatólicos e mistos foi amplamente defendida pelo integrante do gabinete do marquês do Paraná, José Tomás Nabuco de Araújo Filho, ministro da justiça, que julgava necessária uma iniciativa legislativa, de forma ágil, de acordo com relatório do Ministério da Justiça de 1854 apresentado à Assembleia Geral Legislativa (1854, p. 27). Nabuco de Araújo sustentava a necessidade de se fornecer existência legal às famílias decorrentes dos contraentes irregulares e, dessa forma, "garantir os direitos civis dos

esposos, dos filhos, como pertencentes à communhão brasileira, da qual não podem estar alienados por causa da religião que seguem" (BRASIL, 1854, p. 28).

2. A RECEPÇÃO DO PROJETO DE LEI DE NABUCO DE ARAÚJO PELO CONSELHO DE ESTADO

Conforme Joaquim Nabuco (1899, p. 293-294), em 1847, a colona protestante Catharina Sheid casou-se com o português e católico, Francisco Fagundes, na cidade de Petrópolis, sendo o casamento realizado pelo rito evangélico. Ainda segundo o autor (1899, p. 293-294), após um ano, Catharina foi abandonada pelo marido e, com isso, sucedeu uma problemática devido à incompetência dos tribunais para discorrerem sobre a dissolução da união, vez que foi realizada fora dos parâmetros estabelecidos pela lei. Entretanto, para a alemã, em seu foro íntimo, continuava casada e sem a possibilidade de dissolução, tendo em vista que "segundo o ordenamento jurídico da época, o matrimônio era inválido e não passava de um mero concubinato" (SILVA, 2015, p. 392).

Em 1854, a visão do ministro da justiça sobre o caso é registrada na obra de Joaquim Nabuco (1899, p. 295-296), argumentando que algo deveria ser deliberado sobre os casamentos, a fim de que os efeitos civis ocorressem independentemente de as partes se uniram perante o rito religioso. Além do mais, conforme disposto em Relatório do Ministério da Justiça (1854, p. 28), no mesmo ano, o ministro também apontava a imprescindibilidade de conferir a jurisdição aos tribunais brasileiros para julgar as questões oriundas do casamento, após o emblemático caso de Petrópolis. No entanto, como explica Joaquim Nabuco (1899, p. 296), os conselheiros consideravam que o Brasil ainda não estaria preparado para isto, devido aos costumes de um país vinculado à fé católica. Considerando, entretanto, a questão dos imigrantes, os membros do Conselho de Estado:

> [...] propuseram regular os casamentos dos protestantes entre si e com católicos, o registro e a prova desses casamentos e nascimentos de acatólicos, e, por fim, regular o exercício e administração dos cultos permitidos, não mencionando nada a respeito do que foi

> ventilado sobre brasileiros não católicos terem direitos reconhecidos e legitimados (GOMES; NEVES; CICILIO, p. 459-460, 2020).

Conforme explanam Gomes, Neves e Cicilio (2020, p. 460), Nabuco de Araújo, inconformado com o parecer, criou um projeto de lei, que mirava regular o casamento civil e o religioso, bem como entre o casamento de acatólicos e os enlaces mistos, com a finalidade de que o casamento civil antecedesse as celebrações religiosas. Além disso, como é possível observar na Ata do Conselho de Estado de 29 de maio de 1856 (BRASIL, 1978, p. 173), a iniciativa legislativa pretendia instituir a competência das autoridades para julgar os casos supervenientes, isto é, nulidade, dissolução e divórcio, além de propor a regulamentação dos registros de casamento e nascimento. Ainda segundo a Ata (BRASIL, 1978, p. 173), em 1856, o projeto foi analisado pelos membros do Conselho, que realizaram extensas considerações e um projeto substitutivo acerca do tema.

O Conselho de Estado era formado por dez ministros vitalícios, nomeados pelo imperador, responsáveis por aconselhar a administração geral pública. Maria Fernanda Martins (2007, p. 192) indica que, no Segundo Reinado, o órgão se destacava ao iniciar discussões sobre assuntos dotados de extrema importância e que careciam de reformas, como a necessidade de implementação legislativa dos casamentos mistos. Como bem ressalta Paula Ferraz (2013, p. 72), as *Instruções*, documento redigido por D. Pedro II ao presidente do gabinete de conciliação, possuem uma parte que menciona sobre a atuação do Conselho de Estado, ressaltando a necessidade de consultar os conselheiros, nos temas que possuem relevância.

Conforme narrado na Ata do Conselho de Estado de 29 de maio de 1856 (BRASIL, 1978, p. 173-174), em Seção de Justiça do Conselho de Estado, o conselheiro Eusébio de Queirós Coutinho Matoso Câmara, relator da Seção, apresentou seu parecer, restando clara a posição de receio frente à Igreja Católica, que "olhou sempre com desfavor esses casamentos" (BRASIL, 1978, p. 174). No entanto, reconheceu que algo deveria ser resolvido acerca dos casamentos acatólicos e, sobretudo, os mistos que uma das partes professava o catolicismo. Assim, na visão do conselheiro: "os casamentos, desde que são os casamentos, desde que são inevitáveis, é necessário que se regularizem, se a Igreja não tem ação sobre os infiéis,

faça a sociedade o que a Igreja não pode" (BRASIL, 1978, p. 174). Logo, ele considerava necessária uma mobilização do próprio poder estatal para a resolução desses casos.

Por um lado, a Ata do Conselho (BRASIL, 1978, p. 176) expõe que Eusébio de Queirós compreendia que a única forma de resolver a problemática era a implantação do casamento civil, por outro, aconselhava que essa disposição somente abarcasse os acatólicos e os mistos, caso a união mista não fosse acatada pela Igreja Católica. Ainda segundo a Ata (BRASIL, 1978, p. 177-180), o Conselho redigiu o projeto de lei em conformidade com as modificações recomendadas pelo relator, com algumas alterações e uma disposição diferente acerca dos casamentos mistos que envolvessem católicos. Se as partes optassem pelo casamento perante a Igreja Católica, o poderiam fazer independentemente de contrato civil, obtendo os efeitos civis da mesma maneira.

Com um voto separado, faz-se notar que na Ata do Conselho de Estado (BRASIL, 1978, p. 180) o visconde de Maranguape divergia da modificação realizada pelo relator, tendo em vista que discordava da distinção entre o tratamento das uniões católicas e acatólicas. Assim, era necessário que a deliberação do Conselho "conciliasse o princípio religioso com o interesse do Estado, e nele se guardasse a igualdade, que todas as leis devem consagrar" (BRASIL, 1978, p. 180). Na Ata (BRASIL, 1978, p. 180-183), é possível notar que o conselheiro se posicionou no sentido que não houvesse modificação do aparato legislativo, mas uma proposta de lei que garantisse a legitimidade do casamento, tal como efeitos civis, a todos os brasileiros. Em consonância com o pragmatismo de visconde de Maranguape, o marquês de Jequitinhonha, segundo as Atas (BRASIL, 1978, p. 190), se posicionou a favor do casamento civil – inclusive entre os católicos –, mas compreendeu que as circunstâncias atuais não eram propícias para a implantação do instituto.

Ao decorrer do conteúdo da Ata do Conselho de Estado (BRASIL, 1978, p. 185), Pedro de Araújo Lima, o marquês de Olinda, defendia que o casamento civil seria a única forma de validar o matrimônio aos indivíduos que não professavam a fé católica, no entanto, sustentava que, em relação aos casamentos mistos, a proibição fosse mantida e estas uniões dependessem de autorização da Santa Sé. Na Ata de 29 de maio de 1856 (BRASIL, 1978, p. 185-190), é possível observar que o marquês de Olin-

da reafirmava a indissolubilidade das uniões, que os casamentos feitos fora do país fossem validados no Brasil (respeitando-se a lei do país de origem) e a não obrigatoriedade de realização dos matrimônios mistos por parte da Igreja.

Vale ressaltar que, segundo Joaquim Nabuco (1899, p. 300), D. Pedro II se filiava aos ideais do Código Civil francês, isto é, concordava que o casamento civil deveria imperar sobre o casamento religioso. Em "Conselhos aos Governantes" (1998, p. 814), é possível encontrar registros que consignam a visão do imperador em apoio à instauração do casamento civil, por meio dos conselhos dirigidos à sua filha, princesa Isabel, em 1876, no momento em que ela ocupava pela segunda vez a regência, por força da viagem do imperador à América do Norte. Ainda nas correspondências enviadas à princesa, o imperador defende uma reforma política com adoção de um regime legal de casamentos semelhante ao ordenamento jurídico da França:

> [...] convém que o colono encontre em sua nova pátria o livre gozo de todos os direitos que nossa Constituição concede aos estrangeiros, e por isso, além de todos os melhoramentos, que as leis exijam a bem dos brasileiros, cumpre que não haja, sendo eles, na maior parte, pertencentes a religiões diferentes da dos brasileiros, dificuldade para seu casamento em relação aos efeitos civis, permitindo-se o matrimônio civil entre quaisquer cônjuges. (PEDRO II *apud* CONSELHOS..., 1998, p. 821).

Conforme a Ata do Conselho de Estado (BRASIL, 1978, p. 180), a existência de locais com alto percentual de imigrantes protestantes também foi pauta de debates na Seção do Conselho de Estado, em 1856. Apesar de os conselheiros julgarem que a indissolubilidade dos casamentos era um valor a ser mantido na tradição brasileira, é possível notar na Ata (BRASIL, 1978, p. 180) que o caso da alemã revelou a necessidade de um dispositivo legal que permitisse a dissolução, no prazo de um ano, no caso de má-fé de um dos cônjuges. Do contrário, nas hipóteses como a da Catarina, as uniões seriam consideradas *ipso facto*, ou seja, geraria efeitos civis para ambos os contraentes.

Embora os conselheiros reconhecessem a inevitabilidade de resolução sobre a questão dos casamentos, a maioria se posicionou pela necessidade de consulta à Santa Sé, de acordo com o conteúdo da Ata de 29 de maio de 1856 (BRASIL, 1978, p. 173-193). Ítalo Santirocchi (2012, p. 106-107) narra que a manifestação das autoridades eclesiásticas sobre as uniões fez com que o projeto de lei fosse adaptado pelo Conselho de Estado, em 1858, momento em que o ministro da justiça era Diogo Pereira de Vasconcelos. Entretanto, Gomes, Neves e Cicilio (2020, p. 462) chamam atenção ao fato que diante da posição refratária da Igreja, foi apenas na década de 1860 que as Comissões de Justiça e Eclesiástica realizaram uma iniciativa legislativa substitutiva. A discussão originou a Lei nº 1.144/1861, na qual "conferia o registro civil dos casamentos, do nascimento e do óbito para aqueles que não professavam a religião oficial do Estado" (GOMES; NEVES; CICILIO, p. 462, 2020). Apesar do avanço, diversos óbices práticos frustraram a aplicação da lei.

3. OS IMPASSES PARA A REGULAMENTAÇÃO DOS CASAMENTOS

A Constituição de 1824 instituiu o catolicismo como a religião oficial do Império, conforme o artigo 5º, apesar de reconhecer as liberdades de crença e de culto, que tinham abrangência limitada. Assim, durante o Império, havia normas legais que penalizavam quem realizasse o casamento em desconformidade com os preceitos do catolicismo. A conduta era passível de aplicação da sanção prevista nos artigos 247 e 248 do Código Penal de 1830, uma pena de prisão por dois meses a um ano, além de multa. Verifica-se, portanto, ao alocar o delito supramencionado no capítulo "dos crimes contra a segurança do estado civil e doméstico" (BRASIL, 1830), a tutela que o governo direcionava à matéria, o que também fundamenta a morosidade quanto à determinação de parâmetros do casamento civil.

A vinculação entre a Igreja e autoridades estatais assegurava que os agentes públicos possuíssem um perfil relacionado aos ditames do catolicismo, pois os ministros do Conselho de Estado, por exemplo, tinham a obrigatoriedade de professar a fé católica, de acordo com o artigo 141, da Constituição de 1824. De acordo com Ivo Pereira da Silva (2015, p. 410), a ordem política do Império dependia da Igreja, o que coibia as tentativas

de mobilização para alterar a configuração estabelecida nessa relação. Inclusive do ponto de vista simbólico, o catolicismo promovia a "legitimação do trono: a forma litúrgica do regime, a representação hierárquica da sociedade e o combustível de uma sociabilidade tradicional" (ALONSO *apud* SILVA, 2015, p. 410).

Diante deste panorama político e jurídico, embora o Conselho de Estado tivesse reconhecido a necessidade de se deliberar sobre os casamentos, a reação da Igreja foi efetiva, "mobilizando militantes clericais no Parlamento, conseguiu travar todos os projetos que realmente propunham o casamento civil (SILVA, 2015, p. 410). Segundo Ítalo Santirocchi (2012, p. 105), ocorreu uma manifestação das autoridades eclesiásticas: o monsenhor Vincenzo Massoni encaminhou um ofício reservado, a fim de discutir sobre assuntos que envolviam o matrimônio e, com isso, Nabuco de Araújo respondeu que a mudança deveria suceder em razão da necessidade de colonizar o Brasil, tendo em vista a abolição do tráfico negreiro, em 1850.

Santirocchi (2012, p. 106) afirma que a manifestação do monsenhor explicitava a posição das autoridades católicas sobre a questão: o casamento entre cristãos deveria ser realizado nos ditames eclesiásticos, por constituir sacramento. Também segundo Santirocchi (2012, p. 106), o monsenhor empregava que a Igreja era a única que detinha a exclusiva competência para analisar a validade dos matrimônios entre cristãos e, além disso, que o Estado poderia regulamentar os efeitos civis, desde que não prejudicasse a autoridade da Igreja sobre os matrimônios entre católicos.

Ao longo dos oitocentos, outros projetos de lei para regulamentar os casamentos dos acatólicos foram alvo da oposição da Igreja e do papa. Em artigo sobre o tema, Daniel Machado Gomes explica que: "o pronunciamento da Santa Sé em relação a posição de D. Pedro II continuava condenando a separação entre contrato e o sacramento, e se ateve na defesa de que o matrimônio civil, ainda que apenas para os mistos e aqueles que não fossem católicos" (GOMES; NEVES; CICILIO, p. 461, 2020). Desta maneira, conforme explica Santirocchi (2012, p. 120), a posição da Igreja confrontava as intenções de Pedro II, de grande parte dos liberais e conservadores, da maçonaria e dos interesses de acatólicos e, com isso, obteve êxito ao retardar a regulamentação dos casamentos no Império e, consequentemente, o processo de secularização do Estado brasileiro.

Apesar de toda oposição das autoridades católicas, foi promulgada a Lei nº 1.144/1861 que, baseada no projeto de Nabuco, atribuía efeitos civis às uniões celebradas pelas religiões permitidas na ordem constitucional. No entanto, Gomes, Neves e Cicilio (2020. p 464) apontam que a lei padeceu da inexistência de efeitos práticos, tendo em vista que necessitava de regulamentação complementar, persistindo violações aos direitos civis dos que não seguiam o catolicismo. Dentre as causas que inviabilizaram a produção de efeitos da Lei nº 1.144, os autores (2020, p. 464) colocam que a ausência de aplicação dos esforços para a regulamentação legislativa: uma tentativa foi o Decreto nº 3.069/1863, que delimitava a competência das autoridades para instituir as provas e registros do casamento civil. A outra investida foi o Decreto nº 5.604/1874, no mesmo empenho de delinear a jurisdição das autoridades para lavrar os registros. Inobstante, tais diligências não contaram com aplicação prática e foi apenas com o advento da República que o casamento civil foi instituído no Brasil.

CONCLUSÃO

O período compreendido entre a década de 1840 e 1850 foi marcado pela necessidade da instauração de medidas para a modernização do Império brasileiro, em meio a confrontos partidários entre saquaremas e luzias. Este contexto de choque entre os dois principais grupos políticos do Brasil do século XIX ensejou a criação, por Pedro II, do chamado gabinete da conciliação. A junção de conservadores e liberais em um mesmo ministério chefiado pelo marquês do Paraná foi a solução encontrada pelo monarca para acelerar as reformas necessárias. A iniciativa de Pedro II representou também uma mudança na atuação do imperador que passava a intervir mais diretamente no governo.

As *Instruções* transmitidas por Pedro II aos ministros do gabinete da conciliação apontavam o incentivo à imigração e a repressão ao tráfico negreiro como caminhos para ampliar a substituição da mão de obra escrava por colonos europeus. Este novo panorama indicava a necessidade de se assegurarem plenos direitos aos imigrantes acatólicos, evitando-se a repetição de casos como o da colona alemã Catharina Sheid, que motivou debates sobre as consequências da falta de efeitos legais dos casamentos de quem não professava a religião oficial do Império.

Assim, em 1856, o ministro da justiça do gabinete da conciliação, Nabuco de Araújo, capitaneou um projeto para regulamentar os casamentos de acatólicos, apresentando sua proposta para ser discutida no Conselho de Estado. Percebe-se que tanto os conselheiros quanto o imperador demonstravam inquietação e urgência na deliberação do tema. No entanto, o catolicismo era a religião oficial do Império e as autoridades eclesiásticas se opunham à secularização do casamento. Pela excessiva morosidade que impôs às discussões, a influência política da Igreja constituiu um obstáculo decisivo para dificultar a regulação civil do casamento de acatólicos. Mesmo após a aprovação da Lei nº 1.144/1861 que, baseada no projeto de Nabuco, disciplinava o tema, o quadro de anomia não foi alterado. A falta de condições fáticas para a efetividade da Lei nº 1.144 fez com que ela padecesse pela ausência de efeitos práticos.

Como resultado da pesquisa, verifica-se que a tentativa de regulamentar os casamentos acatólicos em 1856 pelo ministro da justiça, Nabuco de Araújo, não obteve êxito. Entretanto, as mudanças na iniciativa legislativa deram origem à Lei nº 1.144/1861, que tratava dos casamentos de acatólicos e que nunca produziu efeitos concretos. Conclui-se que o insucesso da iniciativa de instituição do casamento civil no Brasil Império, bem como a falta de efetividade da normatização dos casamentos acatólicos se devem à ação de autoridades eclesiásticas e de forças políticas refratárias ao processo de laicização da sociedade brasileira no século XIX.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil**, 1824. Disponível em: <https://bityli.com/bCJUc>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. **Atas do Conselho de Estado**. Terceiro Conselho de Estado, 1850-1857. (Direção: José Honório Rodrigues). Brasília: Senado Federal, 1978. Disponível em: <https://bityli.com/oSwzr>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861.** Disponível em: <https://bityli.com/ysxqE>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal, 1830. Disponível em: <https://bityli.com/PbpCg>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. **Relatorio do Ministerio da Justiça do anno de 1854 apresentado á Assembléa Geral Legislativa na 3ª sessão da 9ª legislatura, 1854.** Disponível em: <https://bityli.com/GcvoA>. Acesso em: 3 abr. 2021.

CONSELHOS AOS GOVERNANTES. Brasília: Edições do Senado Federal, 1998.

DA SILVA, Ivo Pereira. Do casamento misto ao casamento civil no Brasil: debates parlamentares em torno do matrimônio na segunda metade do século XIX. **Revista Portuguesa de História**, Coimbra, vol. 1, nº 46, p. 392-411, 2015. Disponível em: <https://bityli.com/Skr3e>. Acesso em: 3 abr. 2021.

ESTEFANES, Bruno Fabris. **Conciliar o Império: o marquês de Paraná e a política imperial, 1842-1856.** São Paulo: Annablume, 2013.

FERRAZ, Paula Ribeiro. O gabinete da conciliação: algumas considerações. XIV ENCONTRO REGIONAL DA ANPUH RIO, 19 a 23 de julho de 2010. ***Memória e Patrimônio.*** Rio de Janeiro: Associação Nacional de História, 2010. Acesso em: < https://bityli.com/8sgC9>. Acesso em: 3 abr. 2021.

FERRAZ, Paula Ribeiro. **O gabinete de conciliação: atores, ideais e discursos (1848-1857).** Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/2443>. Acesso em: 3 abr. 2021.

MARTINS, Maria Fernanda Vieira. **A velha arte de governar**: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. In: Scielo. Disponível em: <https://bityli.com/OtdPY>. Acesso em: 3 abr. 2021.

NABUCO, Joaquim. **Um Estadista do Império.** Rio de Janeiro, vol. 1: H-Garnier Livreiro Editor, 1899.

BORIS, Fausto. **História do Brasil.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

NEVES, Raphaela Abud; CICILIO, Tiago da Silva; GOMES, Daniel Machado. Os efeitos civis dos casamentos acatólicos no Império Brasileiro. In: ARAUJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de et al. (Orgs.). **Direito: passado, presente e futuro.** Rio de Janeiro, vol. 2: Pembroke Collins, 2020.

PARRON, Tâmis Peixoto. **A política da escravidão no Império do Brasil, 1826-1865.** Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bityli.com/Ml689>. Acesso em: 3 abr. 2021.

SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. O matrimônio do império do Brasil: uma questão de Estado. **Revista brasileira de história das religiões**, v. 4, nº 12, p. 81-122, 2012. Disponível em: < https://bityli.com/RRIl6>. Acesso em: 3 abr. 2021.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **Os construtores do Império: ideais e lutas do partido conservador brasileiro.** Brasília: Edições Câmara, 2017.

A SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA DAS MULHERES NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Carolina Arruda Costa Ferreira[63]

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos visam salvaguardar a dignidade de todas as pessoas, em todos os momentos e em todas as suas dimensões, e o fazem através de normas jurídicas adotadas pelos Estados no âmbito de organizações internacionais como as Nações Unidas (ONU), o Conselho da Europa (CoE), a União Africana (UA) e a Organização de Estados Americanos (OEA).

Os direitos sexuais e reprodutivos decorrem do direito e das normas internacionais de direitos humanos. Referem-se à ampla gama de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais convencionados que se aplicam à vida sexual e reprodutiva das pessoas. Eles incluem, mas não se limitam, ao direito à saúde, à vida, à privacidade, à não discriminação e à igualdade de gênero no gozo desses direitos.

O quadro dos direitos humanos não é fixo, estando sempre em constante evolução. E, com o desenvolvimento de pesquisas e dados sobre a saúde sexual e reprodutiva das mulheres, avanços sociais relacionados ao papel da mulher na sociedade, sua sexualidade e sua vida reprodutiva, os direitos sexuais e reprodutivos continuarão a se expandir e fortalecer cada

63 Mestra em Direito e Instituições Políticas pela Universidade Fumec, Doutoranda em Estudos de Gênero pelas Universidades Nova de Lisboa e Universidade de Lisboa.

vez mais, e o seu reconhecimento como parte integrante dos direitos humanos se tornará cada vez mais evidente.

Diante da relevância do tema, é preciso ter a sensibilidade de reconhecer que a saúde sexual e reprodutiva vai muito além de exames médicos e informações sobre como evitar gravidez e doenças sexualmente transmissíveis, englobando sentimentos, valores e percepções individuais.

1. CONCEITOS RELEVANTES

A definição de saúde reprodutiva e assistência à saúde reprodutiva foi um dos marcos mais relevantes da Conferência de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em setembro de 1994, assim dispondo o Plano de Ações, em seu Capítulo VII, Parágrafo 7.2:

> A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis. (UNITED NATIONS, 1994).

O Programa de Ação do Cairo apresentou significativas contribuições ao tratamento da população e suas interligações com o desenvolvimento, explicando em seu parágrafo 7.3 que:

> [...] os direitos reprodutivos abrigam certos direitos humanos que já estão reconhecidos em leis nacionais e documentos internacionais de direitos humanos, e outros documentos consensuais. Estes direitos se fundam no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos de decidirem livremente e com responsabilidade sobre o número, o espaçamento e o momento de ter seus filhos, e de ter o acesso às informações e a meios para tanto; e o direito ao mais alto padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também o direito de tomar decisões relativas à reprodução livres de discriminações, coerção e violência, conforme expresso em documentos de direitos humanos. (UNITED NATIONS, 1994).

A saúde sexual pode ser definida como a possibilidade de as pessoas desfrutarem, mutuamente, de relações sexuais, da proteção contra o abuso e a coerção sexual contra doenças sexualmente transmissíveis DSTs e do sucesso na concepção ou na prevenção da gravidez (COOK; DICKENS; FATHALLA, 2004).

Como direitos sexuais, podemos citar o direito de as pessoas escolherem se querem ou não ter relações sexuais, de expressarem livremente sua orientação sexual, de terem acesso a serviços de saúde de qualidade, sem discriminação, e que assegurem privacidade e sigilo e, ainda, o direito de terem acesso à educação sexual e reprodutiva (BRASIL, 2009).

Com o passar dos anos, a vinculação entre sexo e reprodução deixou de existir. Estudos sociológicos apontam que nas populações humanas a sexualidade passou a atender a outras finalidades além da reprodução das espécies, especialmente a criação de laços humanos e o estabelecimento da vida privada e em família. Há uma aceitação crescente de que a sexualidade seja um componente natural da vida humana, e de que a reivindicação da intimidade sexual seja legítima e deve ser ativamente acomodada, onde ela for voluntária. Estudos também têm mostrado a ampla variedade de práticas sexuais de que participam os seres humanos, indo muito além da relação reprodutiva heterossexual que alguns eticistas baseados no dever consideram ser a única 'natural'. (COOK, DICKENS, FATHALLA, 2004, p. 80-81)

2. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS SÃO DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos, considerados universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, são compostos por direitos fundamentais e essenciais da pessoa humana, e são garantidos por um conjunto de regras de conduta e de legislação institucional, dotado de força legal.

Os direitos sexuais e reprodutivos estão vinculados tanto aos direitos civis e políticos (liberdade individual, liberdade de expressão, direito de ir e vir) como aos direitos econômicos, sociais e culturais (que dizem respeito a um ambiente favorável ao exercício da autonomia sexual e reprodutiva). (CORREA, ALVES, JANNUZZI, 2006, p. 46).

Desde a promulgação da Declaração dos Direitos Humanos, ocorrida em 1948, uma série de tratados internacionais de direitos humanos e outros instrumentos expandiram o corpo do direito internacional dos direitos humanos. Nos últimos anos, preocupações envolvendo a cidadania feminina e as relações de gênero passaram a incorporar a agenda dos direitos humanos, e assuntos envolvendo reprodução e sexualidade começaram a fazer parte das discussões.

Embora não tenham ocorrido no mesmo momento, considerando que até 1993 a sexualidade esteve ausente do discurso internacional sobre os direitos humanos, a formulação e a consequente positivação dos direitos sexuais e reprodutivos se deram principalmente através da sua associação ao direito à saúde. (PETCHESKY, 1999).

3. CONFERÊNCIAS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS RELACIONADAS À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA

As fontes de direitos humanos estão presentes em Constituições Nacionais, Tratados Regionais e Internacionais e Convenções, que passam a ter força de lei nos países signatários. Embora as Declarações e os Programas e Plataformas de Ação de Conferências Internacionais não tenham caráter vinculativo como os Tratados e Convenções de Direitos Humanos, são compromissos morais dos Estados signatários que servem como incentivo para cumprimento do acordo.

Passemos à análise de algumas Conferências e Convenções que trataram de temas relevantes para consolidação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

3.1. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS – TEERÃ, 1968

A Primeira Conferência Internacional dos Direitos Humanos foi realizada entre os dias 22 de abril e 13 de maio de 1968, vinte anos depois da aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com o objetivo de avaliar os progressos ocorridos desde a Declaração, além de criar metas para o futuro.

Na ocasião, as Nações Unidas debateram a questão da discriminação contra as mulheres e o crescimento populacional. Os países reunidos nessa Conferência firmaram a Proclamação do Teerã, e, em seus parágrafos 15 e 16, asseveraram que:

> 15. A discriminação de que as mulheres ainda são vítimas em várias regiões do mundo tem de ser eliminada. Um estatuto inferior para as mulheres é contrário à Carta das Nações Unidas, bem como às disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A plena aplicação da Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres é necessária para o progresso da Humanidade.
>
> 16. A proteção da família e da criança continua a ser uma preocupação da comunidade internacional. Os pais têm o direito humano básico de determinar de forma livre e responsável o número e o espaçamento dos seus filhos. (PROCLAMAÇÃO DE TEERÃ, 1968).

Pela primeira vez, foi abordado o tema que viria a ser o núcleo dos direitos reprodutivos, defendendo-se que os pais têm o direito de decidir de forma responsável sobre o número e o espaçamento de seus filhos.

3.2. CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A POPULAÇÃO – BUCARESTE, 1974

Em 1974, em Bucareste, ocorreu a Primeira Conferência Mundial Sobre a População. Foi a primeira conferência de representantes de go-

vernos dos diversos países membros das Nações Unidas para discutirem as relações entre os problemas demográficos e o desenvolvimento socioeconômico, como também as políticas de população a serem elaboradas para se promover o desenvolvimento e o bem-estar das populações (NAZARETH, 1975).

A primeira conferência de caráter governamental oficial foi palco de grandes divergências entre os países no tocante ao controle populacional. Os países em desenvolvimento se opuseram à visão dos mais ricos de que o rápido crescimento populacional dos países mais pobres se constituía em séria barreira ao desenvolvimento, gerando polarização entre os "controlistas" e os "não controlistas" (BERQUÓ, 2013).

A Conferência acabou por reafirmar o direito às escolhas reprodutivas, ampliando sua definição para incluir casais e indivíduos e, na redação final do Plano de Ação Mundial, depois de um breve resumo sobre a situação demográfica mundial, o Plano afirmou que "a análise dos problemas de população não pode ser reduzida apenas à análise das tendências populacionais". Num outro parágrafo, enfatizou que, apesar de ser internacionalmente aceito o direito de os casais terem o número de filhos que entenderem, muitos casais têm um número de filhos superior ou inferior às suas necessidades. Dentre os princípios explicitados no Capítulo II, destacam-se:

> f) Todos os indivíduos e casais têm o direito de decidir livre e responsavelmente o número e o espaço dos nascimentos, bem como a educação e a informação necessárias para que tal se possa realizar;
>
> g) A família é a unidade básica da sociedade e deveria ser protegida por legislações e políticas adequadas.

O Plano não impõe nenhuma norma quanto à dimensão familiar, mas recomenda a todos os países que seja assegurado o direito às pessoas de determinarem o número e o espaço dos nascimentos de uma maneira livre, informada e responsável e, para encorajar a educação de uma paternidade responsável e facultar às pessoas os meios adequados para atingir o planejamento familiar, apontou como necessário assegurar que os serviços de planificação familiar e serviços associados não se destinem apenas a

evitar os nascimentos não desejados, mas também eliminem a esterilidade involuntária ou a subfecundidade (NAZARETH, 1975).

3.3. CONFERÊNCIA MUNDIAL DO ANO INTERNACIONAL DA MULHER – MÉXICO, 1975

Realizada no México, a Primeira Conferência Mundial da Mulher iniciou a década das Nações Unidas para as mulheres, com a participação de 133 delegações, sendo 113 lideradas por mulheres. Tinha como lema "Igualdade, Desenvolvimento e Paz", e o tema central era a eliminação da discriminação da mulher e o seu avanço social.[64]

No Plano de Ação para implementação dos objetivos do ano internacional da Mulher, em relação à saúde, estabeleceu-se que as mulheres necessitam de cuidados especiais durante a gravidez, parto e amamentação, fazendo-se menção à particular necessidade de os governos darem atenção à saúde das mulheres no pré-natal e pós-natal, disponibilizando serviços ginecológicos para todas as idades. Foram abordados ainda temas como o direito à integridade física, decisão sobre o corpo, igualdade de direitos no casamento, maternidade opcional e direitos reprodutivos (UNITED NATIONS, 1975).

3.4. CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES (CEDAW), 1979

Apesar da Declaração dos Direitos dos Homens de 1948 afirmar que todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção legal contra qualquer discriminação, a efetiva igualdade entre homens e mulheres ainda estava longe de ser alcançada. Pouca atenção era dada às especificidades femininas, sendo necessário fazer algo para garantir a proteção dos direitos humanos das mulheres, criando normas que assegurassem a sua efetivação.

Nesse contexto, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (Convenção da Mu-

64 Informações retiradas do sítio eletrônico ONU MULHERES – Conferências Mundiais da Mulher.

lher), foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, iniciando discussões relevantes sobre os seus direitos. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e representa o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos das últimas décadas.

De acordo com o artigo 16 da referida Convenção, os Estados Partes concordam em adotar as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra as mulheres em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, de assegurar, com base na igualdade entre homens e mulheres, que elas tenham os mesmos direitos de decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e o intervalo entre os nascimentos, e de terem acesso à informação, à educação e aos meios necessários que lhes permitam exercer esses direitos. (BRASIL, 2002)

Um dos principais motivos que fazem da CEDAW a principal carta de direito internacional sobre os direitos das mulheres é que nela se encontram compiladas questões inerentes a diversas áreas da vida das mulheres, tais como saúde, família, trabalho e educação.

O Brasil ratificou o tratado somente em 1984, após decisão do Congresso Nacional em 1º de fevereiro. Todavia, o Decreto da presidência da República promulgava a Convenção com reservas a alguns artigos. Somente no final de 1994, o Brasil notificou o Secretário Geral das Nações Unidas sobre a eliminação das reservas, tendo, em 2002, o antigo decreto de 1984 sido substituído por outro, que passou a assegurar a validade total da Convenção. (KYRILLOS, 2017).

3.5. SEGUNDA CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE OS DIREITOS HUMANOS – VIENA, 1993

A Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos insta os governos, as instituições e as organizações intergovernamentais e não governamentais a intensificarem os seus esforços com vista à proteção e à promoção dos direitos humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino. Os parágrafos 18 e 38 da Declaração e Programa de Ação recorrem aos Estados para eliminar a violência baseada no gênero e todas as formas de abuso e exploração sexual (DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA, 1993).

Em dezembro do mesmo ano, foi adotada na ONU a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, que condena, em seu parágrafo 2º, as várias formas de violência física, sexual e psicológica sofridas pela mulher, afirmando estarem tais direitos e princípios embutidos nos tratados internacionais de direito humanos. Aludida Declaração serviu de base para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, aprovada pela Organização dos Estados Americanos, em 1994, cujo conteúdo é juridicamente vinculante aos países que a ratificaram (MATTAR, 2008).

3.6. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO – CAIRO, 1994

A Conferência Internacional sobre a População em Desenvolvimento, realizada no Cairo, de 5 a 13 de setembro de 1994, é um marco histórico no campo dos direitos humanos, em particular o das mulheres.

A promoção do estatuto das mulheres como condição básica do respeito aos direitos humanos e respectivo exercício e como condição necessária e fundamental para que possa haver desenvolvimento foi reconhecida pela maioria dos países membros, fazendo com que até mesmo aqueles países que excluem as mulheres da cidadania, reconhecessem que com a exclusão da metade da humanidade não era possível prosseguir objetivos de desenvolvimento (VICENTE, 1996).

No final da Conferência do Cairo foi aprovado um Programa de Ação abrangendo 16 Capítulos, cujo conteúdo passou a influenciar as políticas de muitos países e, também, as políticas das agências das Nações Unidas, tais como a Organização Mundial de Saúde, assim como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. São eles: 1) Preâmbulo; 2) Princípios; 3) O inter-relacionamento entre população, crescimento econômico sustentado e desenvolvimento sustentável; 4) Igualdade de gênero, equidade e empoderamento das mulheres; 5) A família, os papeis, direitos, composição e estrutura; 6) Crescimento populacional e estrutura; 7) Direitos reprodutivos e saúde reprodutiva; 8) Saúde, mobilidade e mortalidade; 9) Distribuição da população, urbanização e imigração interna; 10) Migração internacional; 11) População, desenvolvimento e educação; 12) Tecnologia, investigação e desenvolvimento; 13) Ação nacional; 14)

Cooperação internacional; 15) Parceria com o sector não-governamental; 16) Seguimento da Conferência.

O Programa de Ação é um texto demasiadamente longo e por vezes repetitivo, mas sua leitura é indispensável quando estamos trabalhando com temas relacionados aos direitos de reprodução e saúde reprodutiva.

O compromisso formal de tornar a saúde reprodutiva acessível até o ano de 2015 foi um consenso aprovado pelos 179 Estados durante a Conferência sobre a população em desenvolvimento, comprovando que a preocupação com a saúde reprodutiva se encontra diretamente relacionada com a questão do desenvolvimento.

Apesar dos direitos sexuais não terem sido conceituados no Cairo, foram feitas inúmeras referências ao "sexo" ou à "sexualidade". Petchesky (1999, p. 19) sustenta que a inclusão da saúde sexual como um direito a ser protegido deriva do esforço das delegações da África Sub-Saariana, cujas consequências da epidemia do HIV/Aids foram e continuam sendo devastadoras. Segundo referida autora, pela primeira vez as mulheres passaram a ser consideradas seres sexuais, além de reprodutivos.

3.7. CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE AS MULHERES – PEQUIM, 1995

A Quarta Conferência Mundial sobre Mulheres, realizada em Pequim, em 1995, elaborou a declaração e a Plataforma de Ação de Pequim, tendo por objetivo melhorar, sem exceção, a saúde física e mental de todas as mulheres. Os textos colocam a mulher como força principal de uma nova agenda pela igualdade. Enfatizam que as nações necessitam fortalecer as mulheres, investindo na melhoria de suas condições de saúde e educação, eliminação a violência, assegurando acesso ao poder decisório em todas as esferas da vida pública e privada.

Uma das principais características da Conferência foi o reconhecimento da necessidade de se trabalhar com o conceito de gênero, trazendo à tona a questão da perpetuação dos estereótipos de gênero nas políticas e programas de saúde, realidade social que afeta sobremaneira a saúde das mulheres.

Ainda em relação à saúde sexual e reprodutiva, foi ressaltado que a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual

satisfatória e sem riscos, bem como a capacidade de procriar e a liberdade de decidir o espaçamento dos filhos, assegurando o direito das mulheres e dos homens de serem informados e terem acessos aos métodos de planejamento familiar da sua escolha.

Restou ainda estabelecido que os direitos humanos das mulheres incluem o direito de controlar os aspectos relacionados com a sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, e de decidir livre e responsavelmente sobre essas questões, sem coação, discriminação ou violência. Fez-se ainda menção ao aborto, realizado em condições precárias, colocando em perigo a vida de um grande número de mulheres e representando um grave problema de saúde pública, dado que são as mulheres mais pobres e mais jovens que correm mais risco. (BARBOSA et al., 2013).

Em relação aos documentos da Conferência, a Santa Sé apresentou algumas reservas concernentes a determinados conceitos e conclusões, posicionando-se no sentido de que o direito das mulheres de controlar a sexualidade deveria estar restrito ao uso responsável da sexualidade dentro do matrimônio, e reiterando o seu posicionamento de que o aborto ou os serviços que promovem o aborto não devem ser considerados como dimensões da saúde reprodutiva.

A partir da posição da Igreja Católica nas Conferências Internacionais, é possível entender os entraves ao reconhecimento jurídico dos direitos sexuais e, também, reprodutivos. Há uma moralidade sexual e uma segurança da instituição familiar nuclear que devem ser mantidas como reflexo de uma visão negativa e discriminatória da mulher e do exercício da sexualidade. (MATTAR, 2008)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As grandes Conferências são importantes para reforçar a vontade política, enfatizar as contradições dos poderes políticos e aprofundar novos conceitos, apontando, muitas vezes, para paradigmas distintos, que certamente não serão alcançados a curto prazo, mas serão etapas fundamentais na construção de valores e na criação de políticas públicas visando assegurar o cumprimento dos direitos humanos.

Na área da saúde sexual e reprodutiva o Brasil ainda encontra muitos desafios para garantir os direitos das mulheres. Os avanços conquistados

pela ampliação dos serviços e das políticas públicas esbarram em tabus, obstáculos na sua implementação e na insuficiência de sua cobertura, principalmente em relação aos direitos sexuais, menos desenvolvidos e reconhecidos que os direitos reprodutivos.

O acesso aos métodos contraceptivos e outras intervenções a que as mulheres têm direito muitas vezes é restrito e a atuação de grupos religiosos e governamentais conservadores acabam por impedir a positivação e efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos. Percebe-se que, embora existam normas nacionais e internacionais reconhecendo os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, muitas vezes referidas normas se tornam inócuas, considerando a falta de informações e infraestrutura que permitam que, de fato, as mulheres possam vivenciar de forma plena a sua sexualidade e se ver livres para fazer suas escolhas relacionadas à reprodução de forma consciente.

É preciso que os Estados busquem assegurar o livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais, acabando com o tabu da homossexualidade, da bissexualidade e das formas alternativas de família, sob pena de comprometer alguns dos aspectos mais íntimos e importantes da vida das mulheres, uma vez que a saúde física, emocional e mental é colocada em risco quando há violação ao direito de definir livremente elementos essenciais da existência feminina.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, M. et al. **Estratégias Internacionais para a Igualdade de Gênero: a Plataforma de Ação de Pequim (1995-2005)**. 2013. Disponível em: https://plataformamulheres.org.pt/site/wp-content/ficheiros/2016/01/Plataforma-Accao-Pequim-PT.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

BERQUÓ, Elza. **As posições da OMS nas conferências de população da ONU nos últimos 50 anos.** Seminário Internacional "La CIPD más allá de 2014 y la dinâmica demográfica de America Latina y del Caribe. Rio de Janeiro, 15-17, julho 2013. Disponível em: http://www.alapop.org/alap/SerieInvestigaciones/Si15/si15cap01.pdf. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. Ministério da Saúde. **Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais/ Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.** Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

CAIRO, Plataforma. **Texto Integral do Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.** 1994. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud F. **Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito.** Rio de Janeiro: CEPIA, 2004.

CORREA, Sônia, ALVES, José Eustáquio Diniz e JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistemas de indicadores. **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. Rio de Janeiro: ABEP, Brasília: UNFPA, 2006.

CORREA, Sônia, PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **Physis: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1/2, 1996.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos.** Disponível em: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP – Declaração e Programa de Ação de Viena – 1993 Acesso em: 6 abr. 2021.

KYRILLOS, Gabriela M. **Uma análise interseccional de gênero e etnia sobre as limitações na eficácia da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) no Brasil**. Seminário Internacional Fazendo o Gênero 11&13 th Women's Words Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 5, n. 8, p. 60-83, 2008.

NAZARETH. J. Manuel. **Análise crítica do Plano de Acção Mundial sobre a População,** 1975. Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223913202W2mPX4gx0Lz97GC5.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

ONU MULHERES. **Conferências Mundiais da Mulher.** Disponível em: www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/. Acesso em: 7 abr. 2021.

PETCHESKY, R.P., Direitos Sexuais: um novo conceito na prática política internacional. In: BARBOSA, Regina M.; PARKER, Richards (Orgs.). **Sexualidades pelo avesso: direitos, identidades e poder.** Rio de Janeiro: IMS/UERJ. São Paulo: Ed. 34, 1999.

PROCLAMAÇÃO DE TEERÃ. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos.** Disponível em: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP – Proclamação de Teerã – 1968. Acesso em: 6 abr. 2021.

UNITED NATIONS, Population and Development. **Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994** (New York: United Nations, Department for Economic and Social Information and Policy Analysis, ST/ESA/SER.A/149, 1994). Disponível em: https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/PoA_en.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

UNITED NATIONS. *In:* **Report of the world conference of the international women´s year.** Mexico City, 19 june – 2 July 1975,

p. 24-29. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf. Acesso em: 6 abr. 2021.

VICENTE, Ana. **A conferência internacional sobre População e Desenvolvimento.** *In*: Intervenção Social n. 13/14, p. 90. 1996. Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/is/article/view/1319. Acesso em: 6 abr. 2021.

A CRIMINALIZAÇÃO DA INFÂNCIA DESASSISTIDA NO CÓDIGO DE MENORES DE 1927

José Ricardo Oliveira Mello[65]
Elton Moreira Quadros[66]

INTRODUÇÃO

Vivemos em um país cujo cenário de desigualdade socioeconômica e de violação de direitos atinge as crianças e os adolescentes, colocando-os em uma situação de vulnerabilidade e de luta pela sobrevivência. A origem do termo "menor" no texto legal transita entre questões relacionadas a critérios etários de emancipação, responsabilidade e imputabilidade, mas passou a ser utilizado como sinônimo de criança abandonada e marginalizada momentos antes da propositura do Código de Menores no ano de 1927.

Por esse dispositivo legal, os direitos das crianças e adolescentes seriam tutelados pelo Estado de forma autoritária e paternalista. Dessa forma, na transição do século XIX para o século XX, um novo sentido passou a ser empregado à palavra "menor", cujo emprego traz consigo marcas que reverberam até mesmo atualmente e continua associado a criminalização da infância desassistida.

---

65 Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade (UESB), Bacharel em Direito (FAINOR), Bacharel em Ciências Contábeis (UESB).

66 Doutor em Memória: Linguagem e Sociedade (UESB).

Atráves do presente estudo, identificaremos que, na transição do Império para a República, houve um alinhamento entre o saber médico e o jurídico com o objetivo de criar uma legislação específica para acompanhar as demandas sociais, responsável por categorizar as crianças e os adolescentes ao mesmo tempo como problema e solução do Brasil. Esse movimento jurídico e, acima de tudo discursivo, fundamentou o que chamamos de Doutrina da Situação Irregular.

Para cumprir com o objetivo supramencionado e demarcar o fenômeno da criminalização da pobreza e da infância desassistida como plano de fundo da Doutrina da Situação Irregular, foi utilizado como método a abordagem qualitativa. Essa técnica demonstrou ser a mais adequada para se obter as informações pertinentes à pesquisa, já que, como método de procedimentos, foi preciso realizar uma pesquisa bibliográfica e eletrônica, seguida de uma pesquisa documental conforme veremos a seguir.

1. A ORIGEM DO TERMO "MENOR"

O interesse pela criança em nosso país, tendo como base uma perspectiva social, surge como uma preocupação do saber médico em tratá-las adequadamente, atrelado ao desejo dos políticos de copiar o progresso ocidental vivenciado na Europa e nos Estados Unidos na ascensão econômica, ao passo que o saber jurídico se inspira nas leis e instituições criadas para reformar e disciplinar os "menores criminosos". Essas três classes (médicos, juristas e políticos) estavam à serviço da consolidação do capitalismo e as suas práticas redigidas de educação para o trabalho.

Santos (2020), ao estudar os dados fornecidos pelos relatórios do chefe de polícia da capital do Rio de Janeiro, na primeira década do século XX, revela que a natureza dos crimes por essa parcela da sociedade estaria mais relacionado aos crimes de desordem, vadiagem e embriaguez, do que a homicídios. Os dados por ele apontados, demonstram que a criminalização da infância desassistida estaria na verdade vinculada a interpretação dos dados por parte dos juristas, que consideravam a corrupção da infância nos grandes centros como a causa da criminalidade.

> As primeiras duas décadas do século XX constituem o período mais profícuo da história da legislação brasileira para a infância.

> É grande o número de leis produzidas, na tentativa de regular a situação da infância, que passa a ser alvo de inúmeros discursos inflamados nas Assembleias das Câmaras e do Congresso Federal (RIZZINI, 2011a, p. 109).

Enquanto inúmeros projetos de lei fundamentados no paternalismo eram encaminhados para apreciação do Poder Legislativo no início do século XX, a situação da criminalidade nos grandes centros urbanos era alarmada cada vez mais nos discursos jurídicos, por esta razão, houve um número crescente de Decretos federais e estaduais com o objetivo de criar instituições de disciplina para albergar a criança abandonada e reformar a criança criminosa, mas com o intuito de manter a moralidade e os "bons costumes" da classes mais abastadas, que se sentia cada vez mais ameaçada pelo aumento da criminalidade e incomodada com o convívio forçado nos espaços públicos.

> Contudo, a ênfase na restauração da autoridade paterna como ideal que devia nortear a sociedade brasileira revela quanto este futuro, no qual se pensava, estava impregnado de permanências do passado. Assim, a preocupação jurídica pelo menor se inscrevia tanto no projeto de restauração de formas de autoridade tradicionais onde predominava o paternalismo, como na introdução de formas de tratamento do menor abandonado coerentes com o reordenamento da desagregação produzida pela modernização. Mas se as crianças abandonadas representavam um problema sério, porque ao retornarem criminosas muitas delas colocavam em risco o futuro da sociedade, era ainda mais grave a atitude do Estado brasileiro (LONDOÑO, 1991, p. 140).

Segundo Rizzini (2011b), nos Documentos do início do Século XX esse termo não é empregado para a educação pública, mas sim a formação da base valorativa fundamentada na moral aristocrata. A implantação da educação era uma medida preventiva (e mais barata do que a construção de mecanismos repressivos) que tinha o condão de ocupar o jovem para que não tendesse à vadiagem. Aos poucos, o problema da criança abandonada passou a ser uma questão de assistência e proteção por parte do Es-

tado interventor, pelo menos do ponto de vista legislativo, com a inserção do tema nos discursos políticos.

> Na realidade latino-americana constata-se, desgraçadamente, que a legislação de menores serve tão somente para submetê-los a uma situação mais gravosa e repressiva do que a do maior; exatamente em razão de sua pouca idade, sofre os efeitos negativos de uma segregação, de forma mais grave do que o adulto, pois esta atinge de maneira mais profunda a sua personalidade. Resulta disso ser inadmissível a absoluta discricionariedade e falta de garantias existentes no direito do menor que tende, sob o pretexto de um paternalismo, converter-se num discurso de justificação de uma ordem repressiva, muitas vezes lesiva aos direitos humanos do que o sistema penal para os adultos (ZAFFARONI, 2011, p. 134).

No século XX, ocorreu o fenômeno da criminalização da pobreza que serviu de base para a construção da Doutrina do Direito do Menor. De acordo com Saraiva (2013), a realização do Primeiro Congresso Internacional de Menores, em Paris, realizado em 1° de julho de 1911 foi um marco no início do século XX, e foi responsável por legitimar reformas da justiça de menores por toda a Europa e América Latina, que apesar de experimentarem causas diferentes de desigualdade social, também possuíam uma lei penal rígida e condições precárias nos cárceres. Além disso, a Declaração de Genebra de Direitos da Criança, que foi adotada pela Liga das Nações em 1924 construiu a linha da Doutrina da Situação Irregular que foi replicada posteriormente no Código de Menores de 1927.

Segundo Nunes (2011), a Doutrina da Situação Irregular foi construída ao longo da primeira metade do século XIX, e se fundamentada no direito-dever do Estado de intervir sobre as famílias, com o poder de decidir (em substituição ao poder dos pais) o destino dos menores. Haveria, portanto, uma política de diagnóstico, triagem e tratamento para as possíveis situações disfuncionais que representavam perigo ao bem-estar da sociedade.

O principal alvo dessa prática assistencialista seria, portanto, o combate à "vagabundagem" nas ruas e a "delinquência" juvenil que eram considerados como risco futuro, no sentido de que a infância pobre re-

presentava "o simples risco potencial de que alguma conduta infantil, interpretada pelos técnicos estatais, poderia no futuro produzir um adulto 'anti-social', ademais de que esta conduta, no presente, também poderia ser considerada incômoda" (NUNES, 2011, P. 86-87), a ponto da sociedade exigir a intervenção estatal com as "práticas protetivas". Além disso, a nomenclatura dada a essa doutrina, pressupõe que a criança em situação de vulnerabilidade está sempre em "situação irregular", mesmo que não tenha dado causa alguma para isso, pois o Estado é a instituição correta nessa relação de tutela, cujas práticas são pautadas no exercício de suas formas assistenciais, prisionais, policiais e educacionais.

> O perverso binômio carência/delinquência, que marcou a lógica operativa deste sistema, e a resultante confusão conceitual, não distinguindo os abandonados dos infratores, até hoje presente na cultura brasileira, foi o fundamento das primeiras legislações brasileiras em relação ao Novo Direito da Criança. Na linha deste caráter tutelar da norma, a nova ordem acabava por distinguir as crianças bem-nascidas daquelas excluídas, estabelecendo uma identificação entre a infância socialmente desvalida e a infância "delinquente" criando uma nova categoria jurídica: os menores (SARAIVA, 2013, p. 42).

O protagonista no âmbito do discurso político a respeito da infância era o menor que clamava por assistência que ficava a mercê das ações de filantropia, intervenção social ou penal. Segundo Rizzini (2011b), o Senador Lopes Trovão, um dos pioneiros da causa infantil, acreditava que o atraso à civilidade era uma consequência do povo brasileiro, razão pela qual a reconstrução da pátria se daria pela "célula de uma mocidade melhor", que teria o condão de conduzir a pátria no futuro e fazer valer os princípios republicanos, vejamos o discurso político proferido pelo parlamentar.

> Ao Estado se impõe lançar olhos protetores, empregar cuidados corretivos para a salvação dos pobres menores que vagueiam a granel, provando nas palavras que proferem e nos atos que praticam não ter família. Se a têm, esta não lhes edifica o coração com os princípios e os exemplos da moral. [...] Temos uma pátria a re-

> constituir, uma nação a formar, um povo a fazer. Para empreender essa tarefa, que elemento mais dúctil e moldável a trabalhar do que a infância? São chegados os tempos de trabalharmos na infância a célula de uma mocidade melhor, a gênese de uma humanidade menos imperfeita. Preparemos na criança o futuro cidadão capaz de efetuar a grandeza da pátria dentro da verdade do regime republicano (WESTIN, 2015, p. 86-87).

Baseando-se nesses ideais, de acordo com Westin (2015), o Senador Lopes Trovão encaminhou no ano de 1902 um projeto para a criação de um Código de Menores, mas que foi arquivado, assim como a proposta realizada pelo Deputado João Chaves do Pará, e as duas propostas do Deputado Federal Alcindo Guanabara nos anos de 1906 e 1917, que em discurso proferido no Senado buscou convencer os demais membros da elite política com as seguintes palavras:

> São milhares de indivíduos que não recebem senão o mal e que não podem produzir senão o mal. Basta de hesitações! Precisamos salvar a infância abandonada e preservar ou regenerar a adolescência, que é delinquente por culpa da sociedade, para transformar essas vítimas do vício e do crime em elementos úteis à sociedade, em cidadãos prestantes, capazes de servi-la com o seu trabalho e de defendê-la com a sua vida (WESTIN, 2015, p. 88).

É oportuno lembrar que nessa época a autoridade familiar ainda sofria pouca interferência do Estado, pois o matrimônio era considerado como base da sociedade patriarcal. A própria legislação defendia claramente a superioridade paterna na tomada de decisões, cabendo ao Estado intervir somente nos casos em que a mãe solicitasse formalmente a atuação do Poder Judiciário, conforme previsto no Código Civil de 1916 que "fez referência sobre diversas questões relativas à família, mas para referendar o direito dos pais, não se referindo, por exemplo, aos filhos abandonados, pois, na velha tradição, esse era um direito legítimo dos genitores" (PÚBLIO, 2016, p. 117).

> Partindo dessa definição, através dos jornais, das revistas jurídicas, dos discursos e das conferências acadêmicas foi se definindo

> uma imagem do menor, que se caracterizava principalmente como criança pobre, totalmente desprotegida moral e materialmente pelos seus pais, seus tutores, o Estado e a sociedade (LONDOÑO, 1991, p. 139).

Para que a política de prevenção tivesse sucesso era necessário inicialmente um plano de assistência e proteção à infância. Por esta razão a Lei n.º 4.242 de 05 de janeiro de 1921 previu duas medidas decisivas na questão do menor: a primeira foi o abandono do sistema biopsicológico do Código Penal da República de 1890 e a adoção do critério objetivo para a imputabilidade penal, fixando-a em 14 anos; a segunda foi a previsão orçamentária que autorizou o Serviço de Assistência e Protecção à Infancia Abandonada e aos Delinquentes, que colocou em prática as primeiras normas de Assistência Social visando "proteger os menores abandonados e delinquentes", flexibilizando o exercício do pátrio poder familiar, bem como o aumento da idade até 18 anos para a responsabilidade criminal, o que devia afastar os menores das prisões de adultos.

Rizzini (2011a) destaca como um dos precursores da aliança entre a justiça e a assistência o Desembargador Ataulpho Paiva, cujo discurso reverberou na década de 1920, no sentido de reconhecer o aumento da criminalidade infantil como um fato incontestável e clamava por uma reforma que acompanhasse a legislação em voga no cenário internacional da época, para que fosse criado o Tribunal de Menores, mesmo sabendo do conservadorismo da área penal, pois era necessário "salvar a criança".

2. AS AÇÕES INTERVENTIVAS DO ESTADO NA POLÍTICA DO MENOR

Paralelamente a realidade brasileira, no cenário mundial houve uma reconfiguração política com o surgimento de novos Estados com uma variedade de grupos étnicos, linguísticos e religiosos, necessitando da criação de um tratamento diferenciado para essa nova demanda, em especial para proteger as minorias e as inúmeras crianças que ficaram órfãs. Por esta razão, havia sido criada a Liga das Nações.

> A Liga das Nações passou então a ser a guardiã dos compromissos assumidos pelos Estados nos tratados, exercendo essa função

> a partir de um sistema de petições a ser utilizado por membros dos grupos minoritários quando da violação de seus direitos. Nesse contexto, em 1924, nasce a primeira Declaração dos Direitos da Criança que defende o respeito aos direitos, como, por exemplo, o direito à vida, à educação e o tratamento digno aos doentes e deficientes (SDH, 2010, p. 26).

Esse evento representa um marco na luta pelo reconhecimento das crianças e adolescentes enquanto sujeito de direitos porque a guerra foi responsável por colocar essa parcela da população em situação de miséria e dependência por parte do Poder Público, isso porque, já havia, no plano da discussão política e da realização de práticas assistencialistas, algum reconhecimento pelos direitos das crianças e sua condição de ser em desenvolvimento, conforme narrado anteriormente.

Nesse contexto, em 1924, surgiu a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança que defendia o respeito aos direitos, como, por exemplo, o direito à vida, à educação e o tratamento digno aos doentes e pessoas com deficiência. Dito isso, o posicionamento da Liga das Nações a respeito do interesse no bem-estar da criança representa o momento em que o Direito Internacional passou a se preocupar com obrigações coletivas mantendo-se a soberania dos Estados, tamanha a importância dos direitos da criança e adolescência, pois tal direito estava acima de questões nacionais.

O referido documento, entretanto, não havia gerado o impacto necessário para o pleno reconhecimento, pois, o retorno da discussão em torno da criança aconteceria somente após o final da primeira grande guerra, depois do aumento da indignação e clamor social, como ocorreu após noticiarem o caso do menino Bernardino de 12 anos, que procurava o próprio sustento como engraxate nas ruas do Rio de Janeiro, e foi preso após ter atirado graxa em um cliente que se recusara a pagar pelos seus serviços. O Jornal do Brasil em março de 1926 noticiou a história da sua prisão juntamente com 20 adultos e o estado lastimável que ficou após sofrer vários tipos de violência despertando inclusive a indignação dos médicos.

O debate para a criação de uma rede de medidas jurídicos sociais que tivesse a missão salvacionista, juntamente com as forças policiais, classe médica, associações de caridade e filantrópicas, passou a fazer parte do discurso político que antecedia a criação da primeira legislação destinada

exclusivamente para questão da criança e do adolescente. Segundo Rizzini (2011a), a justiça e a assistência, numa tentativa de humanizar o meio jurídico e o papel do Estado, desenvolveram uma parceria para tentar dar uma solução à questão das "creanças abandonadas e criminosas" (nas palavras do Professor Candido Motta) nos inúmeros Congressos Internacionais que visavam a reforma da justiça para os menores.

> Nessa perspectiva, surgiram os primeiros "ecos" na sociedade para a elaboração de leis que disciplinassem os "menores". Atendendo o anseio da população, em especial das classes dominantes, em 1921, o governo brasileiro assinou a Declaração da Criança na Conferência de Genebra. Tal tratado inspirou a elaboração e, posteriormente, o decreto do Código de Menores, juiz Mello Mattos, a Lei de 12 de outubro de 1927 (SANTOS, 2007, p. 233).

Para suprir a ausência do Estado nas políticas sociais, insurge uma ação que sinaliza a mudança da responsabilidade do Estado que pretende agora ser interventor dessa sociedade e responsável por ela. No governo de Epitácio Pessoa o advogado e ex-Deputado José Cândido Mello Mattos recebe a incumbência de conduzir o resgate no Congresso e reformular os projetos anteriores, que futuramente resultaria no Código de Menores de 1927.

> A infância foi nitidamente "judicializada" neste período. Decorre daí a popularização da categoria jurídica "menor" comumente empregada nos debates da época. O termo "menor", para designar a criança abandonada, desvalida, delinquente, viciosa, entre outras, foi naturalmente incorporado na linguagem, para além do círculo jurídico (RIZZINI, 2011a, p. 113).

Nessa perspectiva foi criado o Código de Menores de 1927, que tratava de questões cíveis, trabalhistas, "protetivas", adoção etc. com o objetivo de consolidar as leis de assistência que já haviam sido desenvolvidas até então. Cujo público-alvo era o menor abandonado (mesmo que não tenha dado causa para essa situação de vulnerabilidade) ou menor delinquente (que havia praticado alguma transgressão penal), conforme definição da finalidade da lei no início de seu texto legal.

É por esta razão que as ações interventivas do estado na política do menor não têm caráter universal, pois são direcionadas apenas para essas duas categorias e não para as demais crianças de classes sociais mais favorecidas. A submissão pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção (BRASIL, 1927), foram responsáveis por positivar a segregação social e multifacetar a infância em nosso país e até hoje continuam sendo evocadas até mesmo com a revogação da Doutrina da Situação Irregular e o surgimento da Doutrina da Proteção Integral que passou a ser introduzida em nosso ordenamento jurídico após o período de redemocratização na década de 1980.

CONCLUSÕES

Com a migração do campo para a cidade e o consequentemente crescimento desordenado dos grandes centros urbanos houve a criminalização da pobreza e a criação da primeira edição do Código de Menores no ano de 1927, que normatizavam a proibição do trabalho infantil, a perda do pátrio poder, a repressão dos castigos físicos exagerados, a criação de tribunais dedicados exclusivamente aos menores de dezoito anos, além de prever punições para os pequenos infratores, como eram considerados pela sociedade da época.

Apesar de o Código de Menores ter sido a primeira lei fundamentada em tentar resolver o problema do Brasil quanto as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, os seus dispositivos consolidaram no âmbito do ordenamento jurídico a doutrina do menor, tornando expressa a figura desse sujeito como objeto de estado. Com isso, a própria legislação foi responsável por instituir as duas infâncias no Brasil: a infância desvalida e a infância da elite, pois o Código de Menores era voltado apenas para aqueles que estavam em situação irregular, ao passo que a criança de condição social mais abastada não estaria sujeita às suas disposições.

Além do seu caráter tutelar, a aplicabilidade da lei nos revela o tipo de tratamento que seria direcionado aos que estariam em situação de conflito com a lei, pois as práticas ali descritas jamais poderiam ser aplicadas aos filhos da elite brasileira. Quando analisamos esse cenário, deparamo-nos com, pelo menos, duas grandes realidades: a criança e o adolescente que são dignos de saúde, educação, moradia, lazer etc., que representam para

muitos o futuro da nação, ao serem reconhecidos como sujeito de direitos; e o "menor", infrator ou abandonado, invisível, desvalido, menino de rua, trombadinha ou moleque, considerado por alguns como a gênese da criminalidade e da violência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 4.242, de 5 de janeiro de 1921**. Fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921. [*S. l.*], 1921.

BRASIL. **Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistencia e protecção a menores. Rio de Janeiro, 1927.

LONDOÑO, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História da criança no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1991.

NUNES, Eduardo Silveira Netto. **A infância como portadora do futuro: América Latina, 1916-1948.** Tese. (Doutorado em História Social) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. **Memória social e coletiva da institucionalização de crianças e adolescentes no município de Vitória da Conquista, Bahia, e seus reflexos na Casa de Acolhimento (1997 a 2015)**. Tese (Doutorado em Memória, Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2016.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a Infância no Brasil (1830-1990). In: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Orgs.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 2011a, p. 97-150.

RIZZINI, Irma. Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas. In: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Orgs.). **A arte de governar crianças**: a história das

políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 2011b, p. 225-286.

SANTOS, João Diógenes Ferreira. As diferentes concepções de infância e adolescência na trajetória histórica do Brasil. **Revista HISTEDBR On-line.** Campinas, n.28, p. 224-238, 2007.

SANTOS, M. A. C. dos. Criança e criminalidade no início do século XX. *In*: DEL PRIORI, Mary (Org.). **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, p. 210-230, 2020.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei:** da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SDH. **Direitos Humanos de crianças e adolescentes:** 20 anos de Estatuto**.** Secretaria de Direitos Humanos, Brasília-DF, 2010.

WESTIN, Ricardo. Até 1927, crianças iam para a cadeia. **Jornal do Senado**. Brasília, terça-feira, 7 de julho de 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/ate-lei-de-1927-criancas-iam-para-a-cadeia Acesso em: 8 abr. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A CONSOLIDAÇÃO DA DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E AS AÇÕES REPRESSIVAS DA POLÍTICA DO MENOR

José Ricardo Oliveira Mello[67]
Elton Moreira Quadros[68]

INTRODUÇÃO

Apesar de o Código de Menores de 1927 ter sua parcela de contribuição, por ser a primeira legislação voltada à infância e à adolescência no Brasil, com a sua positivação, houve a consolidação da Doutrina da Situação Irregular, que expressou a concepção autoritária e paternalista para promover a disciplina e o controle dos vagabundos e delinquentes. As tensões sociais são novamente renovadas com o Código de Menores de 1979, em dissonância com o discurso internacional, que já se inseria no contexto dos Direitos Humanos, e a criação de instituições que são fundamentadas na correção pela violência, destinadas a "tratar" o menor abandonado e o menor infrator.

O presente artigo tem por objetivo discutir a segregação positivada no Código de Menores de 1927 quanto a institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil. A perpetuação desse paradigma favoreceu a conso-

67 Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade (UESB), Bacharel em Direito (FAINOR), Bacharel em Ciências Contábeis (UESB).

68 Doutor em Memória: Linguagem e Sociedade (UESB).

lidação da Doutrina da Situação Irregular, tendo em vista que na segunda edição do Código de Menores no ano de 1979 foram criadas instituições que tinham características repressoras, tais como o Serviço Nacional de Assistência aos Menores (SAM), que são considerados como embrião da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e da Fundação de Bem-Estar do Menor (FEBEM) nos estados.

Para atingir o objetivo principal do presente trabalho identificaremos algumas ações repressivas da política do menor que conduziram para a consolidação da Doutrina da Situação Irregular, tendo como método a abordagem qualitativa. Como método de procedimentos, realizamos uma pesquisa bibliográfica e eletrônica, seguida de uma pesquisa documental conforme será apresentado a seguir.

1. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CÓDIGO DE MENORES DE 1927

Extenso e minucioso, o Código de Menores se dividia em mais de 200 artigos, que normatizavam a proibição do trabalho infantil, a perda do pátrio poder, a repressão dos castigos físicos exagerados, a criação de tribunais dedicados exclusivamente aos menores de dezoito anos, além de prever punições para os pequenos infratores (como eram considerados pela sociedade da época).

Em seu primeiro artigo há a definição do público-alvo que menciona a categoria jurídica do menor, nos dispositivos subsequentes podemos perceber que a lei supramencionada dá tratamentos similares para os menores abandonados e os menores delinquentes, colocando-os no mesmo patamar. Em outras palavras, o caráter punitivo prevalecia, independentemente de qual teria sido a causa do caso concreto, "abandonados, vadios ou mendigos" todos estariam enquadrados no critério da lei. Para Sposato (2011), a intenção do Código "não significa outra coisa que legitimar uma potencial ação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes e situação de dificuldade" (SPOSATO, 2011, p. 24).

O conteúdo disposto em seus artigos legitimava a substituição do pátrio poder, que seria exercido pelas instituições de "correção", para tornar o menor abandonado útil para a sociedade capitalista e afastar os menores marginalizados quando haviam praticado algum delito. Isso pode ser

evidenciado na definição do público-alvo, pois a sua aplicabilidade não deveria ser conferida aos filhos da elite brasileira, a quem seria desde já reconhecido o seu desenvolvimento integral e até a mesmo a sua condição peculiar.

Do ponto de vista da responsabilidade criminal, o Código considerava os menores de 14 anos como inimputáveis (a eles não poderia se atribuir qualquer tipo de infração), todavia, aqueles que não tivessem família seriam mandados para a Escola de Preservação, ao passo que os que tinham entre 14 e 17 anos o destino seria uma Escola de Reforma. Ambas teriam o objetivo de corrigir e tratar a delinquência juvenil utilizando-se da reforma moral, numa espécie de tratamento de uma doença social.

Essa divisão demonstra que a intenção do Estado não seria resolver o problema de cada indivíduo, em atenção às peculiaridades de cada pessoa em desenvolvimento. Mas sim, de tratar um problema social em que o menor já era presumidamente como culpado pelo caos que havia sido instaurado na sociedade. Portanto, no plano do reconhecimento jurídico, nesse momento podemos afirmar que o sujeito não estava sendo reconhecido pela sua singularidade, mas sim pela categoria a que pertencia.

Esse será um dos maiores problemas das instituições fundamentadas na Doutrina da Situação Irregular, pois toda a categoria menor respondia por um delito: estar numa situação de vulnerabilidade, que sequer havia dado causa. Além de enquadrar os que haviam sido abandonados (já que ser abandonado não decorre da prática de um ato, mas sim uma omissão de outro sujeito), o fato de não haver um tratamento diferenciado e proporcional aos que haviam cometido algum delito colaborava para que houvesse assimetria em situações análogas no arbitramento das penas.

Mas apesar de não ser o sistema ideal, o Código de Menores instituiu diversos mecanismos para tentar atender à demanda social, podemos destacar a criação de um Juízo Privativo de Menores, a criação de um procedimento processual específico para os que tivessem cometido delitos (chamados de menores infratores), a ampliação da competência do Juiz de Menores para que pudesse atuar nos processos em que tivessem "abandonados" ou "anormais", a autorização da intervenção estatal no exercício do pátrio poder, e a criação de políticas assistencialistas como forma de prevenir a marginalização e salvar a criança.

Outro ponto que merece destaque diz respeito a criação de um "sistema penal" inserido no Código de Menores de 1927. Havia previsões da aplicação de sanções penais para as duas categorias criadas, pois o tanto o menor abandonado como o menor infrator, ficando à critério do Juiz de Menores, no exercício do poder discricionário decidir ou não pela sua institucionalização.

> O Código de Menores de 1927 expressou a concepção autoritária e paternalista das classes dominantes, considerando o "menor abandonado" enquanto infrator, que necessitava ser disciplinado e controlado para ser inserido no processo econômico, que despontava no país. Encarregar a "questão social", no que se refere à situação da infância e da adolescência, aos cuidados dos agentes repressivos do Estado foi uma solução viável para essa elite (SANTOS, 2007, p. 234).

Além disso, outra inovação implantada pelo Código de Menores foi o fim da roda dos expostos, o que representou um avanço consideravam para as crianças, pois passaram a ter o direito de conhecer a sua origem, tendo em vista que a mãe precisaria providenciar primeiro a Certidão de Nascimento, para depois entregar a criança a um orfanato, onde se lavraria um registro do nascimento.

No que diz respeito ao trabalho infantil, a sua exploração fazia parte da realidade brasileira, pois essa mão de obra era abundante e barata. Com o advento do Código de Menores as crianças de até 11 anos não puderam mais trabalhar, a atividade dos adolescente entre 12 a 17 ficou autorizada, porém com uma série de restrições com relação aos trabalhos noturnos e perigosos. Por conta da atenção necessária ao trabalho infantil, houve a criação de um capítulo específico para definir as regras do Trabalho dos Menores (BRASIL, 1927).

A legislação proibia inclusive a atuação de menores de 18 anos como atores em espetáculos teatrais e restringia a entrada de menores de 14 anos em eventos cinematográficos desacompanhados dos responsáveis e proibia em qualquer hipótese a permanência nos espetáculos noturnos. E como forma de analisar a dicotomia das diferentes infâncias que eram experi-

mentadas na época, elegemos a sentença do Juiz Mello Mattos no caso do artista infantil conhecido como Pequeno Otello.

> Em 1927, o ator Grande Otelo ganhou as páginas policiais da imprensa carioca. Ele era um prodígio de 11 anos que brilhava no elenco da Companhia Negra de Revistas, que percorria o Brasil apresentando peças teatrais. Na época, seu nome artístico era Pequeno Otelo. O Globo informou que ele "é tenor, é preto, muito preto, da cor do smoking que vestia, é prodigioso quando recita e canta, como é engraçadíssimo quando palestra". O Jornal do Brasil resumiu o espetáculo: "O clou [clímax] foi a apresentação do Pequeno Otelo, um crioulinho vivo e inteligente, que canta e declama com expressão e desenvoltura". O Jornal, por sua vez, descreveu o Pequeno Otelo como "um pretinho interessantíssimo que pisa o palco como um artista já feito" (WESTIN, 2015, p. 92).

O primeiro Juiz de Menores encontrou irregularidades na situação acima narrada, razão pela qual proibiu a sua atuação na Companhia Negra de Revistas e ordenou o fechamento da Casa de Teatro João Caetano localizado no Rio de Janeiro. Mello Mattos havia considerado em sua sentença que o espetáculo impróprio para crianças por conter danças lascivas, vestuários indecentes e trocadilhos com conotação sexual, conforme podemos observar na sentença publicada pelo Jornal do Brasil no ano de 1927.

> Considerando que a chamada matinée infantil, no vocabulário das casas de diversões públicas, não consiste só em dar espetáculo diurno com assistência de menores, mas também, e principalmente, em executar um programa de representações própria para estes;
>
> Considerando que a revista "Ouro à beça!" é imprópria para assistência de menores, pelo seu feitio escandaloso, suas danças lascivas, os vestuários indecentes das artistas, seus trocadilhos maliciosos e outros inconvenientes públicos e notórios, que tornam essa peça, como todas as do seu gênero, um verdadeiro perigo moral para os menores, especialmente para os que se acham no crítico período da puberdade;

> Considerando que a distribuição gratuita do frasquinho de cheiro e bombons aos assistentes de menor idade não transforma o espetáculo em matinée infantil, e nada mais é do que um reclame em favor das fábricas que oferecem tais presentes e um engodo para atrair maior número de espectadores;
>
> Resolvo [...] proibir a assistência deste espetáculo, bem como dos que se lhe seguirem, aos menores de 18 anos de idade, ainda que se apresentem acompanhado de seus responsáveis (JORNAL DO BRASIL, 18/12/1927, p. 08 apud SILVA, 2018, p.240-241).

O caso passou a ganhar repercussão na imprensa, principalmente porque a proibição passou a ser aplicada em todos os estabelecimentos teatrais e cinemas, bem como se estendia para todos os menores de idade, independente da sua classe social. A restrição abarcava inclusive aqueles que estivessem acompanhados de seus pais, o que demonstrava que a atuação do Estado estaria acima inclusive do poder familiar, o que incomodou grande parte da sociedade da época, pois o entendimento majoritário da época era que o Código de Menores de 1927 não poderia ser aplicado às crianças da elite carioca, uma vez que na sua própria definição legal existia a determinação de que a sua aplicabilidade seria apenas para "o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade" (BRASIL, 1927).

Segundo Souza (2003), os pais se sentiram afrontados e ingressaram no Poder Judiciário, impetrando ações de Habeas Corpus para assistirem aos espetáculos com os seus filhos, a exemplo do Sr. Fausto Werneck Furquim de Almeida. Como o Juiz não acatou a decisão e tentou manter a proibição em todos os casos, ele acabou sendo punido e passou um mês suspenso do Tribunal de Menores. O conflito só teve resolução final em março de 1928, quando o Juiz Substituto Cândido Lobo revogou as medidas tomadas, autorizando novamente os menores de idade a frequentarem o espetáculo, ao passo que proibiu o artista de se apresentar.

O desenrolar dessa situação nos faz crer que o Código de Menores contribuiu para a legitimação de duas infâncias na sociedade brasileira, pois as crianças de classes privilegiadas estariam isentas da intervenção estatal, ao passo que as crianças de menor poder econômico estariam sujeitas ao enquadramento legal. Na situação de um aparente conflito de inte-

resses, como no caso acima apresentado, o Poder Judiciário confirmou esse entendimento, ratificando a existência de realidades antagônicas na infância.

Por mais que a situação exigisse uma atuação do Judiciário voltada para a primazia da resolução do mérito, o fato da legislação ter como público-alvo apenas os que estavam em situação de abandono ou delinquência, nos demonstra que no plano do reconhecimento jurídico o "sujeito criança" ainda não era universalmente assistido, e isso havia sido chancelado pelo Poder Judiciário, confirmando que a sua intervenção somente seria necessária em substituição ao pátrio poder.

Santos (2007) pontua que houve um agravamento da situação devido a instabilidade econômica mundial que gerou uma crise entre os trabalhadores. Vivenciávamos nesse momento um movimento político sindicalista que lutava pela classe operária para que tivessem melhores condições de trabalho, diminuição da jornada, aumento salarial bem como a regulamentação do trabalho da mulher e das crianças e adolescentes.

O Código de 1927 é considerado como um prenúncio da década seguinte, pois nos anos 30 houve a vocalização das pautas reformadoras e o comprometimento com o desenvolvimento da nação que concebia o Estado como partícipe e não como ausente. A crise havia colaborado inclusive para o golpe de Estado nos anos 30, no Governo de Getúlio Vargas, época em que a política incorporou o discurso de estratégias no combate à "doença social" materializada na figura do menor.

Apesar da Constituição de 1934 ter sido elaborada no contexto do primeiro golpe de estado promovido por Getúlio Vargas, alguns direitos foram inseridos no documento, havia a previsão da família enquanto categoria política e jurídica, cabendo a proteção especial do Estado (utilizando-se de mecanismos de intervenção e suspensão do pátrio poder), o reconhecimento da igualdade formal entre os filhos (desde que concebidos no matrimônio) e o acesso à educação (associado à formação moral). Na visão de Zapater (2019) a ausência do tema nas constituições anteriores demonstra que a família ainda estava em processo de reconhecimento enquanto unidade política digna da intervenção do estado no exercício do seu controle.

2. AS AÇÕES REPRESSIVAS NA POLÍTICA DO MENOR APÓS A INSERÇÃO DA DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR

Durante o governo de Getúlio Vargas, o populismo estava em ascensão como proposta de resolver a questão da pobreza e conduzir o Brasil para o patamar de uma nação desenvolvida. Para tanto, o discurso era de valorizar a classe trabalhadora com a incorporação de direitos trabalhistas e consequentemente resolver o problema do menor utilizando-se da profissionalização nos pequenos ofícios.

> Uma questão que não pode ser esquecida e que representa uma marca, ou melhor, uma cisão profunda na assistência foi a constituição de duas categorias que assumiram características independentes: o menor e a criança. Duas categorias que vão ser alvo(s) de políticas diversas, situações que adquiriu maior nitidez na era Vargas com a criação do Serviço de Assistência a Menores e do Departamento Nacional da Criança, inaugurando a política de proteção à infância, à adolescência e à maternidade, reforçada depois com a atuação da LBA. O menor permanece na esfera policial-jurídica, sob controle do Ministério da Justiça, e a criança é exclusividade da esfera médico-educacional, cujas ações são coordenadas pelo Ministério da Educação e Saúde (RIZZINI, 2011, p. 282).

A política do menor era fundamentada em ações repressivas e higienistas que se apoiava na criminologia biológica para categorizar a delinquência juvenil, utilizando-se de instrumentos a exemplo Lei de Segurança Nacional, que previa crimes contra a ordem política e social, cuja finalidade consistia em desviar as condutas contra a segurança do Estado para um regime mais rigoroso negando garantias processuais e cerceando a defesa e a presunção de inocência (BRASIL, 1935).

Com a outorga da Constituição de 1937 no período da ditadura militar, o Estado Novo manteve as previsões relativas à família, seus deveres com relação aos filhos, a interferência nas famílias hipossuficientes. Segundo Zapater (2019), a preocupação com a educação era típica dos regimes totalitários de inclinação fascista no período da Segunda Guer-

ra Mundial, pois estava relacionada à eugenia, cujas diretrizes deveriam "obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude" (BRASIL, 1937).

Merece destaque também a reificação da infância e da juventude, pois a Carta de 1937 ainda não reconhecia a criança e o adolescente enquanto pessoa digna de ser detentora de direitos, mas sim "objeto" de tutela estatal que tinha o poder para intervir diretamente nas famílias com fundamento nos interesses da nação. Todavia tal interesse não se fundamentava no desenvolvimento das capacidades humanas, mas em ações voltadas para o desenvolvimento econômico, ao exemplo da previsão constitucional de estímulo à criação de escolas de aprendizes para os filhos de operários.

Na visão de Camara (2010), a legislação da infância que estava em vigor na era Vargas, representa um problema que foi instaurado por conta da existência de uma cadeia discursiva polifacetada, em que determinadas categorias possuíam tratamentos diferentes no próprio texto legal, que ao invés de tratar a infância com equidade e justiça, foi responsável por instaurar práticas que colaboravam com a repressão e a ausência de reconhecimento da pessoa no plano jurídico.

Durante o Governo de Getúlio Vargas, já podíamos perceber que em diversos momentos, existia no discurso assistencialista a retomada de estigmas que haviam sido difundidos nos períodos anteriores da sociedade brasileira. Essa situação nos leva a crer que se houve permanência no âmbito do discurso político e consequentemente nas leis, não há outra categoria para localizar esse fenômeno, a não ser a memória, pois muitas vezes reproduzimos o que está na nossa interioridade utilizando-se dos discursos.

E foi na tentativa de mudar a realidade dessas permanências que a assistência social passou a ser desenvolvida pelo Estado com políticas públicas da saúde e do atendimento à criança em ações integradas, como a promovida pelo Serviço Social de Menores no ano de 1938, cuja finalidade consistia em fazer uma triagem categórica do menor, investigando a instituição mais adequada a depender da situação de abandono ou delinquência, ficando a critério do juiz a escolha da instituição. Mesmo com a previsão de alguns direitos constitucionais voltados para a infância e a juventude, a diminuição do sujeito criança e adolescente perdurou por toda a vigência do Código de Mello Mattos.

> Não obstante tais previsões dos textos constitucionais de 1934 e 1937, permanecia vigente o Código de Menores de 1927: isso significa que as normas constitucionais acima mencionadas não reconhecem crianças e adolescentes como sujeitos de Direito, e tampouco isso ocorrerá com a norma infraconstitucional. E dificilmente teria sido diferente, uma vez que a própria noção de reconhecimento como pessoa e sujeito de Direito por meio da norma jurídica positivada somente ganhará corpo após a Segunda Guerra Mundial e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ZAPATER, 2019, n. p.).

Enquanto não chegávamos no momento da inserção do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, a situação da justiça penal tornava-se cada vez mais caótica. Nessa época o Ministro da Justiça encaminhou para o Congresso uma proposta de Código Penal, que representa na visão de Zaffaroni (2011) um sistema rigoroso e autoritário do ponto de vista ideológico, impregnado de medidas a serem aplicadas após a prática do delito, que teria inclusive o condão de burlar a proibição constitucional de prisão perpétua. Além disso, pela primeira vez utilizou o critério biopsicológico para atestar a capacidade para avaliar a condição de responder pelos próprios atos.

Um exemplo do rigor ideológico do Código pode ser também verificado na abordagem dada à infância e adolescência, pois havia autorização expressa para os castigos físicos com o objetivo de discipliná-los, eis que os pais ou responsáveis nessas situações teriam a exclusão do caráter ilícito, desde que a vida ou a saúde não fosse comprometida, ignorando as consequência psicológicas nos maus tratos, pois era considerado como "direito de correção".

Voltando para o tema da responsabilidade penal, podemos afirmar que houve avanços após essa legislação, pois a idade passou a ser o único critério para diferenciar os imputáveis dos inimputáveis. Segundo Zaffaroni (2011) a presunção da falta de discernimento passou a ser absoluta para os menores de 18 anos, independentemente das circunstâncias do delito praticado, pois, sob a ótica da ciência criminal, as crianças e adolescentes não têm plena capacidade penal e não podem ser responsabilizadas da mesma maneira que um adulto pelos atos praticados, ainda que even-

tualmente possa entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No ano de 1941, o governo Vargas criou uma autarquia federal denominada de Serviço de Assistência ao Menor (SAM) no Distrito Federal para que houvesse uma atuação conjunta com o juizado de menores. Segundo Públio (2016), essa instituição chegou a ser conhecida como "Inferno de horrores" ou "sucursal do inferno", por conta das mortes e denúncias de corrupção, desvio de finalidade e abandono da política pública.

Esse cenário favoreceu para que o quadro de situação irregular ficasse cada vez mais presente no cotidiano das crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, pois grande parte da criança que não se encaixava nos padrões estabelecidos no discurso da modernização, quer seja por abandono, falta de frequência escolar, pobreza ou conflito com a lei. O mesmo estado que se omitia diante da situação, era também responsável por criminalizar a infância abandonada, maquiando as ações no discurso de "bem-estar do Menor", quando na verdade as práticas eram voltadas para o "bem-estar" da manutenção do governo e das elites no poder.

O Serviço Nacional de Assistência aos Menores (SAM) se intensificou nas décadas de cinquenta e sessenta, até o momento em que foi substituído, em 1964, pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), com o objetivo de, ao menos nos termos da lei, assegurar a integração do menor na comunidade através de assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos, além de incrementar a criação de instituições, sobretudo, utilizando-se da formação, do treinamento e do aperfeiçoamento técnico (BRASIL, 1964, p.n.), "o fim do SAM não significou alteração no cenário dos direitos direcionados à infância e à adolescência no Brasil; ao contrário, os ideais punitivos do Código de Menores de 1927 foram ampliados" (MORAES JUNIOR, 2018, p. 60).

No auge da intervenção militar, no ano de 1967, foi produzida mais uma constituinte, com o objetivo de suprimir e violar os direitos fundamentais. De forma geral, a legislação destinou para as crianças e os adolescentes previsões fundamentadas no assistencialismo, reificação e vinculação às disposições da família e do exercício do pátrio poder supervisionado pelo Estado.

Essas instituições foram responsáveis por consolidar a Doutrinal da Situação Irregular, tendo em vista que as ações do estado eram exercidas de maneira repressiva, sobretudo quanto as demandas judiciais que envolviam classes menos favorecidas. Dessa forma, as instituições criadas após o

Código de 1927 são consideradas como embrião das que viriam nas décadas subsequentes, até o período da redemocratização na década de 1980.

Assim, a Doutrina da Situação Irregular no Brasil teve como porta de entrada no ordenamento jurídico brasileiro o Código de Menores de 1927, que designava o termo menor para determinar tanto a categoria de órfãos abandonados, vítimas de maus tratos e abusos como o delinquente que descumpriu a lei. A aplicabilidade dessa doutrina fundamentada na eventual situação irregular não se restringe apenas a essa legislação, pois os seus princípios baseados no higienismo, na opressão, na segregação foram reiterados nos anos subsequentes com o Código de Menores de 1979 e materializados em instituições como o Serviço Nacional de Assistência aos Menores (SAM), posteriormente substituído pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), cujas ramificações institucionais criou nos estados a Fundação de Bem-Estar do Menor (FEBEM).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Públio (2016), apesar de ter práticas fundamentadas na Doutrina da Situação Irregular, como o Brasil afirmava atender ao Conteúdo da Declaração dos Direitos da Criança, foi necessário reformular, no ano de 1979, o Código de Menores, para que fosse possível intervir de uma maneira mais efetiva nos que possuíam menos de 18 anos, estavam na situação irregular por conta do binômio carência-delinquência e deveriam ser destinados a espaços fechados após passarem por uma triagem realizada pelo juiz, de maneira absoluta e inquestionável, cuja instrumentalização processual sequer possuía garantias processuais que condicionassem a igualdade e a justiça para o exercício da ampla defesa.

Na visão de Zapater (2019), o Código de 1979 fez perpetuar a existência de duas infâncias distintas, uma "regular" que era pautada na moralidade vigente, e que corresponde às crianças que não passam por nenhum tipo de privação de condições essenciais de subsistência, saúde e instrução, e outra que representa o "perigo moral", cuja conduta desviante coloca em risco a sociedade, devendo ser vigiada pelo Estado.

Devido ao caráter não universalizante, a legislação despersonalizava tanto a conduta quanto as circunstâncias da situação de vulnerabilidade. A ação dos magistrados se fundamentava na aplicação de critérios subje-

tivos, o que já causava divergência nos casos análogos e no conteúdo das decisões. Isso porque havia a legitimação para que o julgador pudesse ao mesmo tempo investigar, ser cuidador, defender e encaminhar para as instituições-prisões com fundamento no "bem-estar" social.

Por essas razões, o Código de Menores, em suas duas versões, é considerado como a manutenção de um sistema que já estava reconhecidamente fadado ao fracasso, tendo em vista que não estava alinhado às discussões internacionais que já reconheciam a criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos, não só nas disposições legais, como, também, na ideologia das instituições de amparo e acolhimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistencia e protecção a menores. Rio de Janeiro, RJ, 1927.

BRASIL. **Lei nº 38, de 4 de abril de 1935**. Define crimes contra a ordem política e social. Rio de Janeiro, RJ, 1935.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Rio de Janeiro, RJ, 1937.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Brasília, DF, 1979.

CAMARA, Sônia. **Sob a Guarda da República.** A infância menorizada no Rio de Janeiro da década de 1920. Rio de Janeiro: Quartet, 2010.

MORAES JUNIOR, Almir Nunes de. **Memória dos Profissionais do Sistema de Justiça que atendem adolescentes autores de ato infracional**. Dissertação (Mestrado em Memória, Linguagem e Sociedade) – UESB, Vitória da Conquista –BA, 2018.

PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. **Memória social e coletiva da institucionalização de crianças e adolescentes no município de**

Vitória da Conquista, Bahia, e seus reflexos na Casa de Acolhimento (1997 a 2015). Tese (Doutorado em Memória, Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista-BA, 2016.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a Infância no Brasil (1830-1990). In: PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (orgs.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 2011, p. 97-150.

SANTOS, João Diógenes Ferreira. As diferentes concepções de infância e adolescência na trajetória histórica do Brasil. **Revista HISTEDBR.** Campinas, n.28, p. 2240-238, 2007.

SILVA, Renata Cardoso da. **Margarida Max:** do traje de cena à representação do feminino. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Artes Cênicas – Escola de Comunicação e Artes. Universidade de São Paulo. São Paulo – SP, 2018.

SOUZA, José Inácio de Melo. **O Estado contra os meios de comunicação, 1889-1945**. São Paulo: Annablume, 2003.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011.

WESTIN, Ricardo. Até 1927, crianças iam para a cadeia. **Jornal do Senado**. Brasília, terça-feira, 7 de julho de 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/ate-lei-de-1927-criancas-iam-para-a-cadeia Acesso em: 8 abr. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAPATER, Maira. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo, 2019.

O TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO E OS VESTÍGIOS DA COVID-19

Luiz Nunes Pegoraro [69]
Juliana Losnake Pereira[70]
Suelaine Cristiane Nogueira Miranda[71]

INTRODUÇÃO

O trabalho infantil doméstico é conceituado como a atividade laborativa exercida por menores de 18 anos de idade, no ambiente doméstico de terceiros ou no próprio núcleo familiar do infante, percebendo ou não remuneração. No que tange ao Brasil, nas palavras de Veronese e Cústodio (2013, p. 9), referido trabalho tem como tema central o descaso, o verdadeiro esquecimento de crianças e adolescentes em nosso país submetidos à exploração do trabalho doméstico.

Constata-se o quanto é imprescindível abordar a proteção da criança e do adolescente contra a exploração do trabalho infantil doméstico, aprofundando os aspectos históricos que envolvem a mão de obra infantil a

69 Pós-doutorado pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra; Doutor em Ciências da Reabilitação pela USP; Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE); Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru, onde leciona de Direito Administrativo e Constitucional. Integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru.

70 Aluna do mestrado em Sistema Constitucional de Garantias de Direito do Centro Universitário de Bauru.

71 Aluna do mestrado em Sistema Constitucional de Garantias de Direito do Centro Universitário de Bauru.

partir da colonização, bem como à abusividade do "patrão", "possuidor" ou "dono", que tem como propósito apenas a obtenção de privilégios em relação à mão de obra infantil no trabalho doméstico.

A partir dessas considerações, verifica-se a necessidade de adentrar especificamente nas leis que resguardam a criança e o adolescente, analisando de modo acentuado as consequências prejudiciais ocasionadas por um comportamento habitual, como a responsabilidade de prover a renda familiar, assim como a dificuldade em prosseguir com a escolarização, em virtude de assumir um encargo que na maioria das vezes é imposta por seus próprios genitores.

Desde as épocas mais remotas, nota-se que o trabalho infantil é fortemente explorado. Na era feudal, a criança que nascia em uma família de servos, além de, eventualmente, servir a um senhor feudal, também ajudava aos seus pais quando estes trabalhavam nos feudos. Tal prática arrastou-se por décadas, eras, séculos, pautando-se na ausência de ética e moral que coibissem a prática de exploração infantil, bem como protegesse o menor.

Com a evolução da sociedade como um todo, bem como o resguardo de direitos, surgiram legislações voltadas a proteção de referidos direitos. No que concerne ao Brasil, apenas a Constituição de 1934 proibiu o trabalho infantil para os que fossem menores de 14 anos, salvo em caso de permissão judicial, notando-se desta forma que, as Constituições de 1924 e 1891 não trouxeram referida pauta, embora fosse de suma importância.

Em 1943, com a Consolidação das Leis Trabalhistas, houve a previsão de que o jovem de 14 a 18 anos que trabalhassem devia receber um salário equivalente a metade do valor pago a u adulto.

A Constituição do ano de 1967 trouxe uma redução da idade mínima para o trabalho infantil, determinando a idade de 12 anos para a prestação de serviços, sob o fundamento legal de que a obrigação Estatal em fornecer "curso primário" era de 11 anos de idade, além disso, referida Constituição permaneceu com a proibição de trabalho insalubre ou noturno aos menores de 18 anos de idade.

Importante salientar que a Constituição Cidadã do ano de 1988 e diversas legislações infraconstitucionais, trazem proteções e resguardos à criança e ao adolescente, todavia nota-se que tanto a Constituição Federal, quanto leis infraconstitucionais, resoluções e os estatutos que norteiam o

combate à exploração do trabalho infantil doméstico, são ineficazes para tutelar os interesses em favor da criança e do adolescente que se encontra em situação de risco, em decorrência do trabalho infantil doméstico.

O escopo da presente pesquisa é apresentar os métodos aplicados para coibir tal conduta, evidenciando a obrigação constitucional do estado e dos órgãos competentes, além de alternativas relevantes para o combate da erradicação do trabalho infantil doméstico, prática inserida na casa grande no século XVI, XVIII e XVIII, transmitida de geração para geração até os dias atuais.

Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa teórica e bibliográfica, que usa a documentação indireta, realizada através de livros, artigos científicos, periódicos, jurisprudência e legislação nacionais, cujo acervo pode ser alcançado na internet, em biblioteca particular.

1. O TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO NO BRASIL

O trabalho infantil doméstico iniciou-se no Brasil durante o período escravocrata, no qual os menores escravos encontravam-se inseridos no âmbito familiar dos seus senhores e subordinados ao domínio dos feitores e a obediência dos seus possuidores. Nesse contexto, é importante frisar que o tratamento aplicado aos escravos adultos era idêntico para as crianças e os jovens, inclusive as severas punições físicas.

Outro ponto a ser analisado, era a divisão do trabalho em relação ao gênero, os meninos acompanham os homens que eram destinados as atividades rurais e agrícolas, como o corte da cana de açúcar, a colheita do café e o manejo com os animais, em contrapartida as meninas desempenhavam as atividades domésticas da casa grande, assim como as mulheres escravas, lavando, passando, cozinhando, cuidando dos filhos das sinhás e servindo de amas de leite.

Torna-se importante advertir que essas meninas engravidavam precocemente e na maioria das vezes dos próprios "patrões", que de modo violento e arbitrário submetiam essas crianças e jovens a satisfazerem as suas lascívias. Nesta linha de raciocínio Liberati e Dias assinalam:

> As jovens escravas também tinham uma vida dura. Além do trabalho cotidiano com as atividades domésticas ou na lavoura, elas eram alvo

> dos desejos sexuais dos senhores. Muitas eram forçadas a se entregar sexualmente aos patrões, seus filhos eram capatazes e, quando resistiam, eram barbaramente espancadas. Os filhos que nasciam dessas relações sexuais às vezes recebiam alguma atenção especial dos senhores, mas também podiam ser abandonados nas instituições de caridade ou mesmo nas ruas. (LIBERATI E DIAS, 2006, p.20)

O trabalho infantil doméstico era usual na sociedade brasileira da época, o labor exaustivo de uma criança ou jovem, mulher, negra e escrava era considerado indulgência e não exploração humana sem limites.

Outro aspecto que merece ser resgatado é a diferenciação da infância branca e elitizada para a negra e escrava, sendo esta marginalizada e desprovida de valorização humana, exposta a circunstâncias vexatórias quando eram comparadas aos animais nas brincadeiras com os pequenos senhores, como cavalgar e chicotear.

Pertinente, ainda, ressaltar que a Constituição de 1824 foi omissa em relação à infância, sem qualquer previsão de proteção.

Em 1888, com à abolição dos escravos, as condições de vida dos recém-libertos eram escassas, lançados a própria sorte e sem condições mínimas de subsistência e expostos a pobreza e ao desemprego, levaram inúmeras mulheres negras à abandonarem seus filhos na Roda dos Expostos, local destinado para o acolhimento dos órfãos, vinculada à igreja ou instituições de caridade, no entanto, os recursos eram escassos e os cuidados com os menores eram limitados.

A Roda dos Expostos acolhia crianças e jovens de várias faixas etárias de idade. Tal aparato, construído em conventos, preservava a identidade de quem abandonava. No entanto, esse mecanismo ia muito além, e pesquisadores afirmam que o objetivo estatal era na verdade a disposição dessas crianças para a prestação de serviço. Os órfãos eram encaminhados para prestarem serviços gerais, inclusive os domésticos nas casas das famílias abastadas, tendo como principal justificativa a redução do abandono de crianças em locais desprotegidos.

No que diz respeito a tal celeuma, Donzelot afirma:

> No que diz respeito à administração dos menores abandonados, eles reprovam os índices surpreendentes de mortalidade dos meno-

> res recolhidos: noventa por cento morre antes de poderem 'tornar úteis ao Estado' essas forças que muito lhe custam manter durante a infância e a adolescência. Todos esses memoriais se obstinam a mostrar como seria oportuno, não obstante, salvaguardar os bastardos, a fim de destiná-los a tarefas nacionais, como a colonização, a milícia, a marinha, tarefas para as quais eles estariam perfeitamente adaptados, pelo fato de não possuírem vínculos de obrigações familiares. 'Sem parentes, sem apoio a não ser aquele fornecido por um sábio governo, não se prendem a nada, não têm nada a perder'. (DONZELOT, 1986, p. 16).

Como podemos observar, comumente, famílias com alto poder aquisitivo traziam para seus lares crianças abandonadas pelos pais biológicos; em troca de comida e abrigo, serviam de mão de obra. Importante salientar que referida troca, assemelhava-se ao trabalho escravo. Corroboram Veronese e Custódio:

> A transição, portanto, da escravidão para o trabalho livre não viria significar a abolição da exploração das crianças no trabalho, mas substituir um sistema por outro, considerando mais legítimo e adequado aos princípios norteadores da chamada modernidade. (VERONESE E CUSTÓDIO, 2013, p. 35).

Assim, durante décadas notou-se a objetificação do adotado, na realidade a proteção e garantia de direitos ficava em segundo plano, o principal objetivo, na grande maioria dos casos, era a obtenção de vantagens por parte do adotante, principalmente concernente a mão de obra gratuita. Liberati e Dias ressaltam:

> Tal medida abolicionista não veio melhorar em nada a vida dos escravos libertos e de seus filhos. Ao contrário, estes apenas conseguiram a liberdade, já que não possuíam profissão nem terra ou qualquer ajuda, contribuindo para que inúmeras crianças fossem jogadas, a esmo, nas ruas. (LIBERATI E DIAS, 2006, p. 21).

Após a abolição, a miserabilidade e a falta de oportunidades impulsionaram o trabalho infantil doméstico, em decorrência das circunstâncias

desfavoráveis e desprovidas de privilégios, as mulheres e meninas negras recentemente libertas sujeitavam-se a trabalhar como domésticas, percebendo salários indignos ou substituindo a remuneração por moradia.

Ao mesmo tempo em que as mulheres brancas se esforçavam para alcançar a igualdade de gênero em relação aos homens em uma sociedade totalmente patriarcal, as mulheres negras e invisíveis, estavam enraizadas nas cozinhas e nos afazeres domésticos das casas de suas senhoras, visto que em decorrência da miserabilidade não tinham outra alternativa de sobrevivência há não ser o trabalho doméstico que complementava a renda familiar.

2. O TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO COMO FONTE DE RENDA

O trabalho infantil doméstico é o retrato da desigualdade social que perdurou no Brasil desde os séculos XVI, XVII, XVIII e veladamente até os dias atuais. Pertinente ainda ressaltar que as portas do mercado de trabalho infantil doméstico são abertas precocemente para as meninas em condição de miserabilidade, na qual a renda familiar é escassa tornando-se a única fonte de renda.

Cumpre dizer que a responsabilidade de cuidar, proteger e tutelar os interesses das crianças e dos adolescentes, em especial das jovens não se aplicam aos pais e representantes destas, uma vez que é nítida a transmissão de obrigações e deveres, o que contribuí intensamente para a exploração do trabalho infantil doméstico.

A redação do artigo 22 da Lei nº 8.069/1990 (ECA) estabelece que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Cabe aos pais a responsabilidade e o compromisso em auxiliar, proteger, respeitar e educar os seus filhos, preservando a integridade física e psíquica, bem como coibindo situações constrangedoras ou negligentes que coloque em risco o melhor interesse do impúbere.

No entanto, o cenário apresentado é complexo e requer um olhar diferenciado; a falta de recursos em meio a pobreza e ao desemprego requer um complemento no orçamento familiar. No ponto de vista dos pais dessas

infantes o trabalho é a única solução, alegando que o filho do pobre não tem como estudar, a prioridade é o trabalho, ocorrendo na maioria das vezes a interrupção do aprendizado e consequentemente a evasão escolar.

A situação socioeconômica das famílias à margem da miserabilidade causa efeitos gravíssimos no desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, em virtude do ambiente degradante e vulnerável que estão inseridas. A fome encaminha os pequenos para o trabalho infantil possibilitando a exploração em várias vertentes, como a sexual, o tráfico de drogas, o trabalho rural e em especial o doméstico. Neste sentido, Veronese e Custódio (2013, p. 98) sustentam:

> Se o trabalho fosse condição essencial de desenvolvimento, os filhos das elites estariam trabalhando. Será que estão roubando? É claro que estão cuidando de suas melhores condições de desenvolvimento. É obvio que o trabalho nunca evitou nem evita a criminalidade, esta é construída pelo sistema de controle penal ao gosto dos interesses capitalistas, pela produção normativa embasada no jurisdicismo conservador e pela própria estigmatização reprodutora da institucionalização e da desigualdade de classes.

A desigualdade social, a pobreza, a miséria e a falta do mínimo existencial são fatores que impulsionam à exploração do trabalho infantil doméstico, crianças do sexo feminino estão expostas a esse tipo de mão de obra informal, com jornadas de trabalho totalmente inviáveis para suas idades, além de perceberem ou não, remunerações insignificantes.

O trabalho infantil doméstico é uma sucessão ininterrupta e cruel, a menina geralmente assume as tarefas domésticas e o cuidado dos irmãos menores previamente, sem recursos a genitora necessita trabalhar e delega à menor as responsabilidades domésticas, a rotina escolar não pertence ao contexto dessa jovem, que posteriormente sem qualificação ingressará para o mercado de trabalho doméstico, assim como sua mãe, tornando-se protagonista de um novo ciclo.

Lamentavelmente, o cenário apresentado é real, de acordo com FNPETI, 2020 (Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil) 90 % das meninas prestam serviços no âmbito doméstico, seja na própria família ou para terceiros.

Embora o trabalho infantil doméstico seja visto como algo comum pelos pais e responsáveis resultante da desinformação, constata-se que as trabalhadoras domésticas de tenra idade são privadas do seu desenvolvimento intelectual, físico e psíquico, violando o princípio da proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente instituído na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 7º da Convenção nº 182, da OIT, no seu item 2, alínea "e", que faz menção a situação particular das meninas em relação a erradicação do trabalho infantil. O trabalho infantil doméstico avança na população de baixa renda, uma vez que as atividades laborais exercidas em especial pelas meninas, integram o orçamento familiar, fomentando a exploração do trabalho doméstico.

3. AS CONSEQUÊNCIAS E O COMBATE À ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO

O trabalho infantil doméstico afeta diretamente o acesso à educação, a maior parte das meninas abandonam os estudos não chegando há completar o ensino fundamental, em consequência da incompatibilidade da jornada de trabalho, bem como o esgotamento e a ausência de incentivo para continuidade do aprendizado.

Em busca de melhores condições financeiras e sociais, essas meninas abdicam de seus sonhos e passam a viver em prol da sua subsistência e da de seus dependentes, renunciando aos estudos e consequentemente a uma possível oportunidade de qualificação e reenquadramento no mercado de trabalho, assim como auferir um salário mais adequado e condizente com a faixa etária de idade, visto que algumas meninas a partir dos 14 anos se enquadram no perfil do jovem aprendiz regulamentada pela Lei nº 10.097/2000- Lei do Aprendiz. Contudo, em decorrência da miserabilidade, muitas meninas são aliciadas aos cinco anos de idade para o trabalho infantil doméstico, cerceando abruptamente o direito à infância.

Como já relatado, a exploração do trabalho infantil doméstico, ocasiona prejuízos ao crescimento físico e ao desenvolvimento intelectual, além do dano psicológico. As meninas submetidas há condições nocivas e insalubres em decorrência do labor prematuro, apresentam sentimentos de inferioridade e distúrbios nos relacionamentos sociais e interpessoais.

Outro aspecto a ser levantado é o abuso sexual sofrido por essas meninas no ambiente de trabalho doméstico, em razão do emprego ser a única fonte de renda às agressões sexuais são silenciadas pelas vítimas, que passam a conviver diariamente com seus algozes.

Castanha assinala:

> O trabalho infantil doméstico de meninas pode representar uma grave violência por ensejar a violação de outros direitos, até mesmo a violência física e sexual. No dia a dia do trabalho infantil doméstico, são violados direitos fundamentais, como saúde, educação e profissionalização. Crianças e adolescentes são impedidos de conviver com a família e sua comunidade e são submetidas "ao poder e domínio de um ambiente privado, propício a violação dos direitos à liberdade, a respeito da dignidade" (CASTANHA, 2002, p. 9).

Assim, é notório que o patriarcado se mostra extremamente presente, os resquícios de uma sociedade na qual a subjugação feminina era ainda mais evidente, fazendo-se presentes mesmo nos dias de hoje, em meio a uma sociedade em que a epistemologia da individualidade se mostra notória, o trabalho infantil como um todo se mostra uma barbárie. Pode-se observar que, frente a tal fato, os direitos femininos são ainda mais violados.

Nas palavras de Veronese e Custódio:

> O trabalho infantil doméstico é fator impeditivo para que a mulher possa livremente exercer sua própria cidadania, na medida em que é obrigada a restringir-se á autoridade patriarcal. Romper com o trabalho doméstico, como condição exclusivamente da mulher, é garantir a ruptura de uma condição de submissão, e o trabalho infantil doméstico talvez seja a marca cruel dessa condição de exploração, por que aliena e reproduz uma forma perversa de exclusão social. (VERONESE E CUSTÓDIO, 2013, p. 112).

As consequências do trabalho infantil doméstico apresentam grau expressivo de brutalidade e desumanidade, infringido os preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do

Adolescente, descaracterizando o real intuito de proteção e bem-estar da criança e do adolescente.

Importante destacar a previsão contida na Constituição Federal de 1988, no artigo 227 que dispõe:

> Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nessa linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a Convenção nº182 da Organização Internacional do Trabalho- OIT, e Lei nº 10.097/2000 em conformidade com o Decreto n° 6.481/2008, asseguram à profissionalização e à proteção ao trabalho dos adolescentes, coibindo demasiadamente o trabalho informal e atividades laborais nocivas e insalubres que colocam em risco a integridade física e psíquica da criança e do adolescente.

O artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece:

> Art.18. É dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-se a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Observamos então uma preocupação legislativa em se determinar deveres de proteção à criança e ao adolescente, estabelecendo de maneira clara algumas proibições. Além do referido artigo, o ECA ainda disciplina em outros dispositivos algumas proibições e proteções.

Os artigos 60 e 63 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem:

> Art.60. É proibido qualquer trabalho a menores de 14(quatorze) anos de idade, salvo na condição de aprendiz.
>
> Art.63. A formação técnico-profissional obedecerá aos seguintes princípios:

> I - garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular;
>
> II - atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente;
>
> III - horário especial para o exercício das atividades.

Podemos observar uma legislação extremamente protetiva e garantista, reforça a ideia de que o resguardo ao menor no que concerne ao trabalho, não será conquistada de forma espontânea, mas sim jurídica, o êxito virá através do temor da repressão e não do desenvolvimento de consciência coletiva.

Ainda no que concerne à legislação, a Consolidação das Leis Trabalhista no artigo 403, parágrafo único determina:

> Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.
>
> Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

De fato, podemos observar que o país se mostra efetivo na criação de leis, todavia caminha vagarosamente rumo a criação de políticas públicas que efetivamente resguardem a proibição de trabalho infantil.

A Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho – OIT no artigo 3º faz menção as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação:

> Art.3º. Para os efeitos da presente Convenção, a expressão "as piores formas de trabalho das crianças", abrange:
>
> d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

Apesar de o texto constitucional, as leis infraconstitucionais e a Organização Internacional do Trabalho-OIT salvaguardarem os direitos das crianças e adolescentes expostos ao trabalho infanto juvenil é indispensá-

vel o acompanhamento efetivo do Ministério do Trabalho em conformidade com os Conselhos Tutelares, as Delegacias Regionais do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, no combate a erradicação do trabalho infantil doméstico, fiscalizando e conscientizando os empregadores mediante políticas públicas direcionadas para a erradicação da mão de obra infanto juvenil no âmbito doméstico, especificando a importância da continuidade dos estudos e da formação profissional dessas meninas que estão à margem da pobreza, bem como a desigualdade de gênero, estimulada por uma cultura machista e patriarcal que posiciona a mulher em condições de submissão e exclusão econômica.

Outro aspecto que merece relevância é o núcleo familiar, este carece de aprimoramento e orientação para desestimular a prática do trabalho infantil doméstico, promovendo a discussão sobre a importância da educação no desenvolvimento da população infanto juvenil e as consequências devastadoras atreladas a exploração do trabalho infantil doméstico.

Salienta-se que o trabalho infantil doméstico não é educativo e jamais se tornou solução, ao contrário favoreceu a exploração da mão de obra de meninas ingênuas e miseráveis.

4. OS IMPACTOS DA COVID-19 NO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO

A pandemia da Covid-19, decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no dia 11 de março de 2020, modificou todo o núcleo social mundial, as pessoas reformularam a maneira de se comunicar, a internet e a rede social tornaram-se aliadas essenciais para ultrapassar as dificuldades, o mercado de trabalho se reinventou e aderiu ao home office, a educação na esfera particular e pública prosseguiu com o ensino a distância, ainda que deficitário, o setor comercial migrou suas vendas para as plataformas e sites virtuais. Todavia, as consequências da pandemia ocasionaram um cenário instável na economia mundialmente, em particular no Brasil, chegando a marca de 13,4 milhões segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Nessas circunstâncias, a falta de subsistência alcança de modo direto à população de baixa renda, fator determinante para a exploração do trabalho infantil doméstico.

A desigualdade social gera crises humanitárias, o desemprego, a queda no poder de compra, a fome, a falta de oportunidade e a discriminação levam ao desespero, uma família em situação de miserabilidade e sem recursos dificilmente conseguirá sobreviver com dignidade em tempos de pandemia, ambiente favorável para a inserção da criança e do adolescente no trabalho infantil doméstico, uma vez que as escolas estão com as atividades suspensas e 30% das residências brasileiras de acordo com Oliveira (*on-line*, 2021).

Dessa forma, podemos observar que se torna impossível o ingresso remoto pelas plataformas digitais implementadas pelas Secretárias Estaduais da Educação dos estados da federação, ocorrendo a exclusão escolar, além da supressão da merenda, que em muitos lares fazem parte do orçamento familiar, aspectos expressivos que interferem diretamente no combate ao trabalho infantil doméstico.

O enfrentamento ao trabalho infantil doméstico durante e após a pandemia tem que ser sistematizado e direcionado para absoluta concretização dos direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, garantindo a proteção da criança e do adolescente em situação de risco.

Insta salientar, que a implementação de políticas públicas com o apoio das instituições governamentais e não governamentais em localidades com maior incidência do trabalho infantil doméstico são essenciais para conscientização da população local, em parceria com empregadores e com os pais e responsáveis pelos menores, em especial das meninas. Evidenciando os efeitos danosos e prejudiciais decorrentes da precoce inserção no mercado de trabalho informal doméstico, inclusive o abandono intelectual.

Notório que o trabalho infantil é, sem sombras de dúvidas, um violador de direitos, uma vez que dificulta o desenvolvimento de sua escolaridade, bem como, enraíza no menor um sentimento obrigacional que muitas vezes não condiz com a carga emocional que deve ser transmitida a uma criança ou adolescente, tendo em vista o excesso de responsabilidade que os sopesam.

Urge salientar que o combate a erradicação do trabalho infantil doméstico tem como desígnio desarticular uma rede de exploradores, que expõe dia a dia meninas negras, pobres e com idade entre 5 a 17 anos no cumprimento de tarefas domésticas desproporcionais com a idade e

estrutura corporal. No entanto as legislações que resguardam a criança e o adolescente, assim como, as políticas públicas carecem da contribuição e amparo da União, Estados, Munícipios e sobretudo da sociedade. As barreiras culturais, discriminatórias e sociais precisam ser rompidas, o acesso à educação no Brasil carece de aperfeiçoamento e esteja ao alcance de todas as crianças e adolescentes, mediante a efetivação desses fatores ocorrerá a erradicação do trabalho infantil, em particular o doméstico.

5. CONCLUSÃO

Ao longo da História, houve uma notória evolução a proteção da criança e do adolescente no que concerne ao trabalho. Iniciou-se com Constituições que não disciplinaram nenhuma proteção ou direitos, evoluindo para legislações que pautaram a necessidade de proteção, e assim, nota-se que a decorrência do tempo, uma exaltação legislativa em garantir referidos direitos.

A Constituição Federal de 1988, que abrange, entre outros, os princípios do bem-estar da criança e do adolescente, bem como a dignidade da pessoa humana, que garantem à criança e ao adolescente a proteção integral e absoluta, reafirmando o dever do Estado, da sociedade e da família, em garantir o pleno exercícios destes direitos. Posteriormente, a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente que se mostrou uma ferramenta de proteção e garantia de direitos, uma notória conquista que assegurou a defesa do menor, inclusive com relação a proibição de prestação de trabalho ao menor de 14 anos, salvo como aprendiz.

Embora a legislação brasileira, como um todo, mostra-se cada vez mais assídua na criação de novos meios legais para que se coíba a prática do trabalho infantil, nota-se a necessidade do desenvolvimento e implementação efetiva de políticas públicas, para que de fato, haja a efetiva erradicação de tal prática.

Menores são aliciados diariamente para a prestação de trabalho, submetendo-se a atividades e salários não condizentes com o especificado, aprisionando-se com a ideia de auxiliar a família, cegam-se e abrem mão de qualquer direito, seja por fata de conhecimento de que existam, seja pelo desespero ou vislumbre de um futuro obvio, as responsabilidade que sopesa e faz com que abandonem os estudos, os objetivos futuros e assim,

a massa da pobreza cada vez mais se consolida, porque aquietam-se, e aceitam qualquer coisa, ou até mesmo nada.

O cenário mundial caótico, concernente ao trabalho infantil, antes da pandemia de Covid-19 já era algo palpável, atualmente, o enfrentamento a tal fato deve ser ainda mais efetivo, tendo em vista que, a pandemia tornou-se um fator determinantes para a exploração do trabalho infantil.

A instabilidade econômica mundial, somando-se a crises financeiras enfrentadas pela grande maioria das famílias brasileiras, nos fazem questionar a que ponto de exploração econômica será submetido os jovens deste país, dessa forma, a preocupação em se resguardar meios protetivos para que sirvam de amparo para tais jovens deve ser algo pautado com o máximo de emergência para que direitos não sejam violados.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**. 2. ed. São Paulo. Verbatim, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio da Silva. 2.ed. 4. Tiragem. Ed. Malheiros, 2015.

ARAÚJO, Jane. **O que é trabalho infantil**. 1ª.ed. Brasiliense. São Paulo. 2017

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vital Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ARIÉS, P. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

ARREGUI, C.O. (Org.). **Erradicação do trabalho infantil.** Dimensionando as experiências de Pernambuco, Mato Grosso do Sul e Bahia. São Paulo: Evoé, 2000. 127p.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **O trabalho infantil doméstico: rompendo com o conto da Cinderela**. Revista de Informação Legislativa, v. 45, n. 178, p. 285-291, abr-jun. 2008.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. Tiragem. Elsevier Editora Ltda, 2004.

CARVALHO, Neto A. Neves, MAGDA De Almeida. **Trabalho infantil: a infância roubada**. 1. Ed. PUC Minas, Belo Horizonte, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. Ed. Livraria Almedina Coimbra, 1993.

DANTAS, Fabiana Soares Alves da Mota, SOBRINHO, Zéu Palmeira, **Trabalho Infantil e Pandemia: diagnóstico e estratégia de combate.** EJUD/NETIN. Natal-RN, 2020.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Ed. Atlas. São Paulo, 2014.

DONZELOT, Jacques. **A Polícia das Famílias**. Tradução de M. T. da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

DURKHEIM, Emile. **Educação e Sociologia.** Tradução de Stephania Matousek. Petrópolis, RJ. Vozes, 2017.

FERREIRA**,** Luiz Antônio Miguel. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Educação: Direitos e Deveres dos Alunos.** 1. ed. Ed. Verbatim. São Paulo, 2011.

FNPETI- Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil. Trabalho Infantil no Brasil. **FNPETI, 2020**. Disponível em: < https:// fnpeti.org.br/cenário/>. Acesso em: 30 jun 2020.

MADEIRA, F. R. **Quem mandou nascer mulher? Estudos sobre crianças e adolescentes pobres no Brasil**. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1997.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica.** 1. Ed. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2020.

OLIVEIRA, Elida. Quase 40% dos alunos de escolas públicas não têm computador ou tablet em casa, aponta estudo. G1. [S.I], 9/06/21. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/06/09/quase-40percent-dos-alunos-de-escolas-publicas-nao-tem-computador-ou-tablet-em-casa-aponta-estudo.ghtml >. Acesso em: 2 abr. 2021.

PAULO, Beatriz Marinho. **Psicologia na prática jurídica: criança em foco**. 2. ed. Ed. Saraiva, 2012.

PORTO, Critina; HUZACK, Iolanda, AZEVEDO, Jô. **Trabalho infantil: o difícil sonho de ser criança.** 1ª. Ed. Ática. São Paulo. 2021

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. 1. ed. Ed. Método. São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang**. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012.

SÊDA, E. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: 2. ed. Ed. Malheiros, São Paulo, 1996.

TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. **Educação Uma Nova Perspectiva Para o Estado Democrático de Direito Brasileiro**. Editora Verbatim Ltda., São Paulo, 2015.

VERONESE, J.R.P CUSTÓDIO A. V. **Trabalho Infantil Doméstico no Brasil**: São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE

Geovana Rios da Cruz

INTRODUÇÃO

A noção de Estado Democrático de Direito aduz que a liberdade dos indivíduos, deve ser tratada como regra e seu encarceramento exceção, sendo aplicado somente em situações relevantes e necessárias, pois, o direito penal deve ser aplicado como *ultima ratio*, quando, por incapacidade, os outros ramos não conseguirem tutelar os bens jurídicos relevantes. Nessa perspectiva, o princípio da insignificância surge como a ideia de que condutas minimamente ofensivas aos bens jurídicos, não deveriam ser objeto de repressão pelo direito penal, na medida em que, no âmbito da descriminalização, situações insignificantes como as de bagatela ou subtrações com valores desproporcionais à serem objeto de pena, deveriam ser excluídas das consequências jurídicas previstas para aquela determinada conduta penal.

Desse modo, o princípio da insignificância, ganhou uma assídua aplicação na seara do direito penal, por representar um instrumento que possibilita a exclusão de condutas que apesar de serem típicas formalmente, não adequam materialmente ao tipo penal, tornando-se necessário, na

medida em que o direito penal deve intervir apenas em comportamentos que importam lesão aos bens jurídicos penalmente relevantes.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de tal aplicação na fase pré-processual pela autoridade policial como forma de proteção ao direito fundamental de liberdade. No que pertine aos objetivos específicos, estes consistem em identificar os fundamentos que sustentam o princípio da insignificância, bem como os requisitos e aplicabilidade no âmbito jurisprudencial brasileiro e averiguar a competência para a análise e julgamento das infrações penais, baseando-se nas decisões e posicionamentos dos tribunais superiores. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, utilizando-se do método qualitativo, através da abordagem de diferentes interpretações doutrinárias em âmbito nacional quanto ao tema supracitado, por meio da pesquisa e análise em livros, leis, jurisprudências e artigos de internet, com o intuito de apresentar posicionamentos discrepantes quanto à possibilidade da aplicação do aludido princípio pela polícia judiciária.

1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da insignificância ou princípio da bagatela obteve intenso vínculo com o Direito Penal a partir dos estudos e pensamentos de Claus Roxin, renomado jurista alemão que se baseava no provérbio latim *de minimis non curat praetor*. Este princípio consiste na ideia de que a ofensa mínima aos bens jurídicos não deve ser objeto de tutela pelo direito penal, pois, este deve atuar sempre em *ultima ratio,* apenas quando os demais ramos do direito se mostrarem incapazes em proteger os bens jurídicos relevantes.

Malgrado o princípio da insignificância não esteja previsto expressamente em lei, pode-se extraí-lo implicitamente de fundamentos constitucionais e na própria estrutura da matéria penal que se baseia na ideia de dignidade da pessoa humana, entre outros princípios relevantes na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Toda essa lógica permite falar em uma intervenção mínima estatal e consequentemente na possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

Sanches (2016, p. 72) entende o princípio da insignificância como uma ferramenta de interpretação restritiva do tipo penal, em que não basta apenas que a conduta se adeque ao descrito na norma, devendo ser acompanhada da tipicidade material que, quando ausente, afasta a tipicidade da conduta, tornando o fato atípico. Nesse sentido, Claus Roxin (2000, p. 46), afirma que "o princípio da insignificância permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos", tendo em vista que, malgrado existam condutas que adequem formalmente ao tipo penal, são ausentes quanto ao aspecto material, não havendo lesões graves aos bens juridicamente relevantes, o que descaracteriza a tipicidade material da conduta, acarretando a inexistência do fato típico e, consequentemente, a não existência da infração penal.

Roxin torna esse entendimento claro em sua obra "Política criminal e sistema jurídico-penal" (2000, p. 46), quando sustenta:

> Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por 'violência' não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser 'sensível', para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir desses princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da insignificância ganhou força ao longo dos anos devido ao reconhecimento das garantias individuais consolidadas na Carta Magna de 1988, através da qual se deu uma ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à liberdade. Em virtude disso, o referido princípio passou a ser amplamente reconhecido pela doutrina e assiduamente aplicado pelos tribunais superiores, existindo, no entanto,

divergências jurisprudenciais acerca do tema, como por exemplo o questionamento sobre em quais crimes deve ser aplicado.

Importa ressaltar, portanto, o entendimento do Ministro Celso de Mello sobre a temática, reiterado no Habeas Corpus: 145.406/MG:

> O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.
>
> O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados exponham-se a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.
>
> O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Corroborando o entendimento de Mello, é possível afirmar que o direito penal deve, fundamentando-se na Constituição Federal, tratar a liberdade do indivíduo como regra e o seu encarceramento como exceção, não se ocupando com condutas que não importam lesões significativas aos bens jurídicos relevantes.

1.1. A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM A TIPICIDADE PENAL

A tipicidade consiste em elemento essencial para a caracterização de uma conduta como crime, assim como a ilicitude e a culpabilidade, conforme aduz a teoria tripartite do direito penal. É na análise desses pressu-

postos que se verifica se determinadas condutas são ilícitas, culpáveis e se adequam ou não ao descrito na norma penal.

Segundo Sanches (2016, p. 71), inicialmente, "a doutrina entendia a tipicidade como sendo a subsunção da conduta empreendida pelo agente à norma abstratamente prevista. Essa adequação conduta-norma é denominada de "tipicidade formal". O autor segue afirmando que atualmente, no entanto, a tipicidade penal é compreendida pela doutrina majoritária como a junção da tipicidade formal com a tipicidade conglobante. A tipicidade formal seria, portanto, a adequação do fato ao descrito na lei. Já a tipicidade conglobante, conforme preceitua Greco (2017, p. 143) para ser caracterizada, devem ser analisados dois aspectos fundamentais: a) se aconduta do agente é antinormativa; b) se o fato é materialmente típico.

Essas premissas apontam que a relação do princípio da bagatela com a tipicidade consiste justamente na ideia de que tal princípio é considerado causa de exclusão da tipicidade, uma vez que, não exige apenas uma adequação formal entre o fato e a norma, como também, uma análise da tipicidade material que leve em consideração os efeitos absolutamente deletérios do próprio sistema penal, ou seja, que entenda a gravidade do direito penal e se estabeleça uma proporcionalidade entre a conduta praticada e a resposta a ser oferecida pelo estado diante daquele determinado caso concreto.

A esse respeito, vale ressaltar a colocação da Ministra Carmem Lúcia ao realizar uma análise no *Habeas Corpus*: 108.496/RS, em que declara:

> 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.
>
> 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.

Tal constatação aproxima-se do entendimento majoritário da doutrina de que é imprescindível que se analise a tipicidade sob a sua amplitude que compreende a tipicidade formal e material, ensejando valor às circunstâncias específicas do caso concreto, a fim de verificar, se, malgrado haja a existência da adequação do fato à norma, o elemento material encontra-se presente, sobrevindo lesão grave ao bem juridicamente tutelado pela esfera penal.

Com a aplicação do princípio da insignificância nos delitos de bagatela, ocorre a exclusão da tipicidade material, assim, consoante o pensamento de Greco (2017, p. 144) "se não há tipicidade material, não há tipicidade conglobante; consequentemente, se não há tipicidade penal, não haverá fato típico; e, como consequência lógica, se não há o fato típico, não haverá crime".

1.2. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA

Para que uma conduta possa ser considerada irrelevante no âmbito penal, entende-se que alguns requisitos devem ser observados, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; a inexpressividade da lesão jurídica provocada, conforme o entendimento consolidado pelos tribunais superiores.

Tais critérios são cumulativos, ou seja, para que a insignificância seja reconhecida, cada quesito deverá ser analisado, sendo que a falta de um dos pressupostos, poderá ensejar em invalidação da possibilidade de aplicação do princípio, como bem reconhece Celso de Mello no *Habeas Corpus*: 145.406/MG:

> Torna-se necessário analisar, portanto, em cada caso ocorrente, a presença de referidos vetores, cuja constatação mostra-se essencial à descaracterização material da tipicidade penal da conduta imputada ao agente, de tal maneira que a ausência de qualquer desses vetores tornará inaplicável o postulado da insignificância, tal como expressamente proclamado, pela colenda Segunda Turma desta

> Corte, no julgamento do HC 109.134/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO.

Em contrapartida, para uma parcela da doutrina, tais vetores são inadequados. A exemplo disso, Paulo Queiroz (2015) teceu críticas a esses parâmetros por entendê-los como termos repetitivos que se pautam em um argumento circular, segundo o autor, a mínima ofensividade da conduta implicaria em nenhuma periculosidade social da ação que, por sua vez, acarretaria o reduzidíssimo grau de reprovabilidade que tornaria inexpressiva a lesão jurídica provocada, logo, os pressupostos ocasionam a repetição de uma mesma ideia.

Barroso no julgamento do Habeas Corpus: 123.108/MG, deixa claro que:

> [...] entendo que a simples circunstância de se tratar de réu reincidente ou de incidir alguma qualificadora (CP, art. 155, § 4º) não deve, automaticamente, afastar a aplicação do princípio da insignificância. É preciso motivação específica à luz das circunstâncias do caso concreto, como o alto número de reincidências, a especial reprovabilidade decorrente de qualificadoras etc.

Não obstante o princípio da bagatela tenha sua aplicação reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, existem divergências acerca dos seus requisitos, em especial, na análise das premissas subjetivas, como por exemplo, a reincidência do réu, que quando apreciada ocasiona, de acordo com o caso concreto, o afastamento da aplicabilidade do referido princípio, tornando-se um tema passível de diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais discrepantes.

2. O PAPEL E AS ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA COMO PRIMEIRA GUARDIÃ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A polícia encontra fundamento legal, dentre outros dispositivos, no art. 144, § 4.º da Carta Magna que afirma incumbir às polícias civis as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. O caput do artigo apresenta ainda que a segurança pública é

dever do Estado, sendo direito e responsabilidade também de toda a sociedade, devendo ser exercida para fins de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Cumpre salientar que existem diversos tipos de polícia, cujas, possuem atribuições e competências diferentes, tendo-se como exemplo, a polícia judiciária e a preventiva. A polícia preventiva tem como finalidade principal evitar que o delito ocorra. Já a polícia judiciária, cuida das investigações criminais e da repressão das infrações penais, atuando depois que o crime acontece. É composta pelos delegados, investigadores e outros profissionais que realizam o processo de investigação após o fato delituoso. Dessa forma, a polícia judiciária atua na fase administrativa do processo, ou seja, na fase pré-processual, em que é realizada a investigação de fatos criminosos, a elucidação da autoria e materialidade do crime, além de atos de auxílio e colaboração ao poder judiciário, sendo chefiada, portanto, pelo delegado de polícia.

Quando um indivíduo chega na delegacia de polícia, seja por qualquer motivo em suposta situação flagrancial, é o delegado de polícia o responsável pela condução do inquérito e pela análise do fato baseado no seu conhecimento jurídico. No entanto, é visto por diversos setores sociais como uma máquina de encarceramento, em que sua função se restringe meramente à atividade formal, visão que pode ser contrariada pelas posições modernas acerca das atribuições do delegado, que o colocam em uma posição de operador do direito, sendo este responsável pela análise técnico-jurídica dos fatos, devendo agir sempre com imparcialidade, pois é o primeiro guardião de direitos fundamentais.

A visão moderna é defendida por vários doutrinadores, entre eles, Hoffmann (2015), segundo o qual, o delegado de polícia tem como dever a preservação dos direitos fundamentais não só das vítimas e testemunhas, mas também do próprio investigado, que deve ser tratado como sujeito de direito e não objeto. Nesse sentido, Hoffmann (2015) defende a ideia de que o delegado de polícia como operador do direito e guardião dos direitos fundamentais pode e deve analisar os fatos delituosos e, de acordo com o caso concreto, reconhecer a sua insignificância já na fase pré-processual, tendo em vista que, caso considere a atipicidade da conduta, não deve violar direitos, estabelecendo medidas coercitivas contra alguém que não praticou um crime.

2.1. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE E INQUÉRITO POLICIAL

O auto de prisão em flagrante é o documento que formaliza o procedimento da prisão e está previsto no art. 304 do Código de Processo Penal. Possui um procedimento próprio que é realizado em uma sequência de atos, tendo como o primeiro ato a apresentação do preso, em seguida a oitiva do condutor, ou seja, da autoridade policial ou agente de polícia, logo após, há a oitiva das testemunhas e da vítima, seguindo-se do interrogatório do preso e da lavratura do ato de prisão e, por conseguinte, a entrega da nota de culpa e a remessa dos autos para o juiz em até 24 horas, para que ele decida sobre a manutenção, conversão da prisão ou concessão da liberdade provisória.

Já o inquérito policial consiste em um procedimento investigatório que precede o início da ação penal. Trata-se de um procedimento inquisitório presidido pela autoridade policial que tem como objetivo final, a possibilidade de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Na fase de investigação policial, conforme Lopes (2019, p. 141), o juiz não orienta e nem participa dos atos, não existindo no ordenamento jurídico pátrio, a figura de um juiz instrutor. O autor segue aduzindo que para que ocorra a garantia da imparcialidade, o juiz mantém-se distante da investigação preliminar, restringindo-se apenas ao exercício do controle formal da prisão em flagrante e na autorização de medidas restritivas de direitos, como por exemplo, busca e apreensão, medidas cautelares, intervenções telefônicas, entre outros.

Para Lopes (2019, p. 142), "o inquérito policial nasce da mera possibilidade, mas almeja a probabilidade", dado que, para que o inquérito seja instaurado, basta somente a mera possibilidade de que exista um fato punível, pois, segundo o autor, a autoria do delito não necessita ser conhecida logo no início da investigação. Todavia, exige-se a probabilidade de que o acusado seja o autor, coautor ou partícipe de um fato aparentemente punível para que ocorra a admissibilidade e exercício da ação penal. Nesse contexto, o autor afirma que o inquérito tem o seu campo de cognição limitado, uma vez que:

> No plano horizontal, está limitado a demonstrar a probabilidade da existência do fato aparentemente punível e a autoria, coautoria ou participação do sujeito passivo. Essa restrição recai sobre o campo probatório, isto é, os dados acerca da situação fática descrita na notitia criminis. O que se busca é averiguar e comprovar o fato em grau de probabilidade. No plano vertical está o direito, isto é, os elementos jurídicos referentes à existência do crime vistos a partir do seu conceito formal (fato típico, ilícito e culpável). O IP deve demonstrar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade aparente, também em grau de probabilidade. (LOPES, 2019, p. 143).

Dessa forma, em consonância com o pensamento de Lopes, resta evidente que o papel do delegado de polícia não se limita apenas na demonstração da probabilidade da existência de um fato punível, devendo a referida autoridade policial realizar uma análise dos elementos jurídicos que compõem o crime, como a culpabilidade, a ilicitude e a tipicidade.

Com base nisso, alguns doutrinadores, suscitam questionamentos sobre a possibilidade do delegado de polícia, durante a investigação criminal, aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade de uma conduta, deixando de lavrar o auto em flagrante e de instaurar o inquérito, sob o fundamento de que, tendo em vista que os magistrados não estão disponíveis 24 horas como os delegados e já que este tem o dever de examinar os elementos jurídicos, além do intuito do inquérito consistir na apuração de um crime, uma vez constatada a ausência da tipicidade da conduta, não haveria infração, logo não haveria como lavrar um flagrante, nem sequer instaurar um inquérito policial, pois, a prisão de um indivíduo sem fundamento, além de injusta é ilegal.

3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA COMO FORMA DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE

No que pertine à possibilidade de aplicação do princípio bagatelar pelo delegado de polícia, pode-se afirmar que o debate sobre a temática ganhou força com o advento da Lei nº. 12.830/13, na qual, os parágrafos

1º e 6º do art. 2º, evidenciam que durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a realização de uma análise técnico-jurídica do fato, por meio do qual, deverá indicar a materialidade, as circunstâncias e a autoria da suposta infração penal. Sendo assim, de acordo com a lei, a autoridade policial é o primeiro ator-jurídico que tem contato inicial com o fato e delibera sobre ele.

O ministro Celso de Mello no voto do *Habeas Corpus*: 84.548/SP, ao afirmar que o delegado é o primeiro garantidor de legalidade e justiça, despertou diversas interpretações positivas pelos doutrinadores com relação ao reconhecimento da importância da aludida autoridade policial, uma vez que, este na realização de suas atribuições, age como primeiro garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos, sendo o primeiro ator-jurídico na proteção e garantia do direito à liberdade, por exemplo.

Considerando-se essa perspectiva, é importante enfatizar que o direito à liberdade é uma garantia fundamental inerente a todos os indivíduos e assegurada pela Carta Magna em seu art. 5º, que tem o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio.

O Estado Democrático Brasileiro tem como regra a garantia constitucional da presunção de inocência, em que o art. 5, inciso LVII da Constituição Federal torna claro que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Há uma noção muito evidente no ordenamento jurídico de que a liberdade do indivíduo deve ser vista como regra e o seu encarceramento como exceção, tendo em vista que o direito à liberdade é um dos direitos essenciais ao homem e acaba sendo suprimido quando posto frente à possibilidade de reclusão dos cidadãos.

De acordo com Khaled Júnior e Morais da Rosa (2014), para evitar o estigma da persecução penal e a movimentação da máquina estatal, a autoridade policial poderia reconhecer a insignificância, diante do caso concreto, porque inquéritos são onerosos ao estado e onerosos ao aspecto humano. Assim sendo, para que haja a dignificação da pessoa humana e o respeito ao direito à liberdade, é inviável a tomada de medidas restritivas contra algum indivíduo que não praticou um crime.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito ao art. 3º, alínea b, IX do Código de Processo Penal, introduzido pelo pacote anticrime ou

Lei nº 13.964 de 2019, que malgrado tenha tido em parte a eficácia suspensa por decisão do supremo, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.298, o dispositivo exigia um fundamento razoável para o início e o desenvolvimento válido do inquérito policial ao deixar claro que não presente uma justa causa investigativa, não havendo fundamento razoável para o inquérito policial, deveria este ser objeto de trancamento pelo juiz de garantias. Nessa perspectiva, pode-se incluir o princípio da bagatela, pois diante de uma situação de insignificância, não havendo tipicidade, logo não há o que se falar em crime, inexistindo, portanto, base razoável e legítima para o desenvolvimento do inquérito policial e essa mesma ideia se aplica ao auto de prisão em flagrante, mas isso não quer dizer que os autos não devam ser documentados.

Em função disso, considerando-se a hipótese da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, pode-se afirmar que a autoridade policial sempre deve materializar os elementos colhidos na investigação penal, ainda que não realize a prisão em flagrante.

O art. **5º, § 3º do CPP assegura que o delegado não** é obrigado a partir de toda e qualquer notícia de crime, instaurar automaticamente o inquérito, ele pode e deve fazer a verificação da procedência das informações afim de verificar a existência de indícios mínimos nessa etapa de materialidade e autoria de crime. Diante disso, conforme os adeptos à aplicação do princípio pela referida autoridade policial, o ideal seria que diante da constatação da atipicidade material pela insignificância, o delegado pudesse não instaurar o inquérito, materializando da mesma forma as informações colhidas, como é feito no inquérito, como a declaração da vítima e o depoimento das testemunhas.

Nesse contexto, Hoffmann (2017) sugere que diante do arcabouço de informações colhidas, através da documentação nos autos, o delegado pode proferir sua decisão, fundamentadamente, explicando os motivos de fato e de direito que entendeu suficientes para aplicação do princípio bagatelar, permitindo um controle de atuação da polícia judiciária.

Importa salientar que a decisão a ser proferida pelo delegado de polícia é completamente aditável, seja pelo Ministério Público no controle externo, seja pela própria corregedoria de polícia no controle interno, seja via judiciário pelo controle judicial, se alguém se sentir prejudicado e ma-

nejar uma ação judicial ou até pela própria população, sendo o chamado controle popular via ouvidoria de polícia.

O controle externo que é realizado pelo Ministério Público além de fundamentar-se no art. 129, VII da Constituição Federal, pressupõe a visita do referido órgão à delegacia de polícia com o intuito de obter acesso a todos os documentos produzidos relativos às investigações, bem como as verificações das procedências de informações, os boletins de ocorrência que não se transformaram em inquéritos policiais etc. Nada impede, nesse caso, que o delegado oficie o membro do Ministério Público com cópia de todos os documentos, para garantir que este não se omita e tome sua própria posição em relação ao caso concreto, podendo o Ministério Público concordar ou não com cada decisão proferida pelo delegado de polícia e, em uma situação de discordância em relação a um caso de insignificância, inexiste impedimento para que este oferte uma denúncia.

Diante de tal concepção, vale ressaltar que, segundo Hoffmann e Habib (2018), a atuação do delegado não vincula o entendimento do membro do Ministério Público, assim como a posição do Ministério Público não vincula a decisão do juiz, que pode tomar uma decisão diferente. Cada autoridade pode formular a sua própria convicção, desde que fundamentada, então, a decisão do delegado não obriga o Ministério Público e nem o juiz, desta maneira, não prejudica o entendimento diverso de outra autoridade. Por outro lado, o art. 17 do Código de Processo Penal afirma não ser de competência do delegado de polícia o arquivamento do processo, sendo este, um argumento contrário à aplicação do princípio bagatelar pela polícia judiciária.

Malgrado não seja recorrente a abordagem pela doutrina em relação à constitucionalidade da aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, pode-se questionar se a adoção de tal medida seria inconstitucional, uma vez que, é o Juiz que detém o poder jurisdicional do Estado, sendo o ator-jurídico incumbido ao exercício das funções de processo e julgamento das infrações penais e, dessa forma, a autoridade competente para aplicar o referido princípio. Nesse sentido, vale ressaltar que a Constituição Federal ao definir a competência dos três poderes em seus dispositivos, atribuiu ao Poder Judiciário, dentre outras atribuições, a função de defesa dos direitos dos cidadãos, sendo responsável pela resolu-

ção de conflitos existentes na sociedade, bem como a apuração dos fatos e, por conseguinte, o julgamento das infrações penais.

O poder jurisdicional do Estado é exercido pelo magistrado, fundamentando-se no art. 5º da CF, incisos LIII e XXXVII, que consagram o princípio do juiz natural. Assim, a carta magna concede garantias e define os deveres do juiz, que por sua vez, deve aplicar as leis com imparcialidade e de forma transparente. Nesta conjuntura, o inciso LIII do art. 5º da Carta Magna afirma que todo indivíduo deve ser processado e sentenciado pela autoridade competente, não devendo ser procedido de forma adversa. Além disso, o inciso XXXVII do mesmo dispositivo legal proíbe a criação de juízos ou tribunais de exceção, deixando claro a impossibilidade de se instituir órgãos incompetentes para o processo e julgamento de infrações penais, por exemplo.

Assim sendo, parte da doutrina reconhece que ao delegado de polícia cabe somente a análise da tipicidade formal, incumbindo somente ao juiz a realização do juízo de valor sobre a conduta praticada, como reconhece Paulo Rangel (2019, p. 196):

> O inquérito policial tem um único escopo: apuração dos fatos objeto de investigação (cf. art. 4 o, in fine, do CPP c/c art. 2 o, § 1 o, da Lei nº 12.830/13). Não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio. A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função, no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória.

No âmbito jurisprudencial, não há entendimento consolidado acerca da aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. Há inclusive um julgado antigo referente ao Habeas Corpus: 159.949/MG realizado pela 5ª turma do STJ, que na análise de um caso que envolvia furto, afirmou não ser possível a aplicação do princípio da insignificância pela polícia judiciária, devendo ser feita pelo juiz. Tal análise tangenciou a aplicação pela autoridade policial, não para dizer que se tratava de medida

errada, mas para assegurar que o poder judiciário é quem reconhece tal aplicação.

Em contrapartida, existem vários precedentes no Superior Tribunal de Justiça com o entendimento de que inquéritos instaurados para apurar fatos atípicos, merecem ser trancados, mesmo se tratando de medida excepcional, mediante a impetração de Habeas Corpus, como deixa claro o Min. Ribeiro Dantas no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 371.534/SE:

> 2. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, inocorrentes na espécie.
> 3. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que se termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício de futura e eventual ação penal.

Diante disso, indiretamente, por meio do entendimento de que o inquérito não serve para apurar fato insignificante, pode-se concluir que há uma tendência para que os tribunais reconheçam a aplicação do princípio da bagatela pela polícia judiciária, através do entendimento de toda a evolução do direito penal brasileiro e das funções inerentes ao delegado, que não possuem como eixo central a restrição de direitos e sim a proteção das garantias fundamentais dos cidadãos, neste caso específico, o direito à liberdade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se que, ao analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia, não se defende a ideia de que todas as pessoas que cometem delitos como a subtração de bens de menor valor, irão se livrar do cárcere, mas sim, que de acordo

com os princípios constitucionais que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro, esses indivíduos devem ter seus direitos resguardados e protegidos como qualquer outro.

Ora, se a prisão é considerada uma das formas de restrição à liberdade, não se pode admitir um Estado arbitrário que encarcera os indivíduos, sem que estes tenham praticado uma infração penal, pois, trata-se de violação grave aos direitos fundamentais dos cidadãos. Isso torna óbvio que, se uma conduta a posteriori pode ser reconhecida como atípica pelo juiz ou pelos tribunais superiores, não há razão para que um indivíduo enfrente todo o estigma do processo penal, tendo a sua liberdade restringida por uma conduta considerada atípica.

Sendo assim, o delegado de polícia não precisa apenas seguir uma análise da adequação do fato à norma, devendo observar os princípios norteadores do direito penal, não procedendo a lavratura do auto de prisão em flagrante em desfavor de uma pessoa em razão de bagatela, uma vez que, como o intuito do inquérito é apurar crime, não há motivo para instaurá-lo diante de uma conduta considerada atípica, devendo a autoridade policial, fundamentando-se no direito constitucional à liberdade, reconhecer e aplicar o princípio da insignificância já na fase pré-processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Arts. 5º, §3º, 17 e 304. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. 1988.

_____. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.** Art. 2º, §1º e 6º. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 28 maio 2020.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Art. 3º, alínea b, IX. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 27 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC: 154.949/MG, **Relator: Min. FELIX FISCHER.** Data de Julgamento: 03/08/2010, Data de Pu-

blicação: DJe: 23/08/2010. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC: 371.534/SE, **Relator: Min. RIBEIRO DANTAS.** Data de Publicação: DJ: 19/09/2016. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 6.298, **Relator: Min. LUIZ FUX**, Data de Publicação: 22 jan. 2020. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 29 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC: 108.946/RS, **Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA.** Data de Julgamento: 22/11/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 07/12/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC: 123.108/MG, **Relator: Min. ROBERTO BARROSO.** Data de Julgamento: 03/08/2015, Data de Publicação: 01/02/2016. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC: 84.548/SP, **Relator: Min. MARCO AURÉLIO.** Data de Julgamento: 21/06/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 24 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 192/963-964. Apud. HC: 145.406/MG, **Relator: Min. CELSO DE MELLO.** Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 15 mar. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches**. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1 o ao 120) I**. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HABIB, Gabriel, HOFFMANN, Henrique. Delegado pode e deve emitir juízo de valor no inquérito policial. 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 5 jun. 2020.

HOFFMANN, Henrique. Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 4 jun. 2020.

KHALED JR., Salah H., MORAIS DA ROSA, Alexandre. Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial. Justificando. 2014. Disponível em: <www.justificando.com> Acesso em: 28 maio 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 1.

QUEIROZ, Paulo. Princípio da insignificância. 2015. Disponível em: <www.pauloqueiroz.net/> Acesso em: 4 jun. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema-jurídico penal.** Claus Roxin/Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: UM ESTUDO SOBRE A DINÂMICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO SISTEMA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRO

Maria Neurilane Viana Nogueira [72]
Juliana Wayss Sugahara [73]
Vanessa Gomes Leite [74]
Fátima Maria Félix da Silva [75]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa problematizar o modelo do presidencialismo de coalizão brasileiro, dentro da lógica da separação de poderes, eviden–

72 Mestre em Educação (UFC-CE), Especialista em Direito Público (Faculdade Cândido Mendes-RJ), graduada em Direito (UNIFOR), Avaliadora do INEP, Docente do Curso de Direito da UNIFAMETRO.

73 Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS e em Gestão Ambiental pela Universidade Metodista de São Paulo. Doutora e Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente, pela UFC. Docente e Coordenadora do Curso de Direito da UNIFAMETRO.

74 Mestre em Direito e ordem constitucional (UFC-CE), Especialista em Direito e processo constitucionais (UNIFOR), docente do Curdo de Direito da UNIFAMETRO, Advogada.

75 Especialista em Educação especial e inclusiva (UECE), graduando em Direito pela UNIFAMETRO.

ciando as consequências das coligações partidárias no exercício do poder político.

O presidencialismo de coalizão caracteriza-se pela articulação política, na qual o partido do presidente procura garantir alianças partidárias, buscando partidos que possuam os mesmos interesses, para assim formar as coligações, utilizando-se do "poder de barganha", garantindo ampla maioria no Congresso Nacional, com vista a aprovar medidas de seu interesse (OLIVEIRA, 2014).

Paralelamente a esse cenário, temos a separação do poder em três órgãos: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Essa estrutura busca manter a harmonia e a independência entre os poderes, buscando um sentido colaborativo de atuação. Cada Poder exercendo suas funções típicas, a saber: poder Legislativo, composto por senadores e deputados com intuito de criar leis, poder Judiciário administra a justiça para a sociedade, interpretando as leis e julgando sua aplicação ao caso concreto, assegurando os direitos individuais e coletivos e por fim, o poder Executivo, constituído pelo presidente, governadores e prefeitos, cada um responsável por administrar a máquina pública.

Diante da independência citada, veremos como se apresentam tais poderes e a importância da sua harmonização. Desse modo, veremos a interligação do presidencialismo de coalizão com a dinâmica dos três poderes, buscando compreender como essa interligação acontece, quais são as nuances envolvidas e que reflexões precisamos fazer diante do atual cenário político brasileiro.

O termo *presidencialismo de coalizão* foi criado pelo cientista social Sérgio Abranches, visando a associação do presidencialismo com o federalismo e a coalizão multipartidária, essa última formada pela enorme fragmentação partidária, originada a partir da grande diversidade cultural do Brasil (ABRANCHES, 2018). Ao longo dos anos, a separação dos três Poderes foi abordada por diversos autores. Um deles foi John Locke, que caracterizou a separação de poderes em Legislativo, Executivo e Federativo, que, por ordem, primeiramente colocou o Legislativo com a competência para fixar as leis, considerando-o superior aos demais, o Executivo, de executar a lei fixada e estabilizá-la e por último o federalismo, para manter o equilíbrio nas transações de governo e fortalecer alianças internacionais. Podendo os Poderes Legislativo e Executivo se constituir das

mesmas pessoas, enquanto o Poder Federativo, com pessoas distintas aos dois anteriores (PEIXINHO, 2008).

Posterior a John Lock, temos Montesquieu, idealizador da teoria da Tripartição dos Poderes. À luz de Montesquieu, deve existir o Poder Legislativo, o qual seria encarregado de fazer as leis, aperfeiçoá-las ou revogá-las. O Poder Executivo cuja função primordial é adminitrar a máquina pública e por fim, o Poder Judiciário, com competência para punir crimes ou julgar os litígios de ordem civil. Assim, era primordial que a titularidade de cada Poder fosse distinta, de modo a evitar abusos (SANTANA, 2016).

Inspirada no ideário de Montesquieu, a Constituição de 1988 prevê a separação de Poderes, dividindo-os em Legislativo, Executivo, e Judiciário, cabendo ao primeiro criar e aprovar leis, ao segundo executar e pôr em prática os planos de ação e administrar os interesses públicos, e ao último, o poder de julgar as leis, respectivamente, não cabendo a um exceder seu exercício de Poder e invadir a esfera de competência do outro (SANTANA, 2016).

Não obstante, a previsão constitucional, os excessos de toda ordem ocorrem com frequência, o que originou a necessidade de adoção do sistema de freios e contrapesos *(check and balances*), com a intencionalidade de manter o equilíbrio e a harmonia entre os poderes. Na lógica do presidencialismo de coalizão, destaca-se o cenário marcado por acordos, alianças, conchavos, que podem gerar prejuízo ao interesse público (OLIVEIRA, 2014).

Diante do exposto, o trabalho em epígrafe visa estabelecer uma discussão sobre o presidencialismo de coalizão brasileiro, partindo da teoria da separação dos poderes, ancorada no sistema de freios e contrapesos e na problematização de como os excessos no exercício do poder podem afetar o interesse coletivo, acentuando crises políticas institucionais.

Em relação à metodologia adotada, tratou-se de uma pesquisa de caráter qualitativo, na qual se utilizou a pesquisa bibliográfica visando de problematizar os efeitos do sistema de coalizão no cenário político brasileiro. O método escolhido foi o dedutivo, analisando de que maneira o sistema de coalizão interfere na separação dos poderes, tendo por base doutrina e legislação pertinentes ao tema.

Elegemos como objetivo central do presente artigo: explanar a dinâmica de funcionamento do sistema de presidencialismo de coalizão no Brasil, discutindo sua correlação com a divisão tripartite e suas funções

na atualidade. Nesse compasso, elegemos como objetivos específicos: dissertar sobre evolução histórica do presidencialismo de coalizão, analisar o presidencialismo de coalizão e sua relação com a separação de poderes, refletir sobre a crise institucional política brasileira e suas possíveis soluções.

Diante do exposto, na primeira seção temos uma breve introdução histórica e teórica sobre o sistema de governo brasileiro presidencialista, analisando o surgimento e a forma de atuação do Presidencialismo de coalizão. Na segunda, abordamos a interface entre o presidencialismo de coalizão e o sistema de separação de poderes, discutindo como coligações partidárias baseadas em intereses particulares podem afetar o interesse público. Finalmente na terceira seção, foi feita uma análise sobre a crise política vivenciada no Brasil, discutindo como esta se relaciona ao Presidencialismo de Coalizão, seguida de propostas de possíveis soluções.

1. ENTENDENDO O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

O presidencialismo surgiu no Brasil com a Proclamação da República no ano de 1889, inspirados por influências americanas, mas só ganhou visibilidade quando Campo Sales foi eleito. Diferente do atual sistema vigente, não contava com o sistema de freios e contrapesos entre os poderes. O Congresso Nacional não intervinha nas decisões do Executivo, que, por ora, se mantinha através de acordos com os Governadores de Estado (SANTOS, 1999). Dessa forma, é de extrema importância para o entendimento acerca do presidencialismo brasileiro, uma breve abordagem sobre os períodos da Primeira, Segunda e Terceira República.

O período da Primeira República ocorreu em meados de 1920 a 1930, quando houve importantes transições para a sociedade, com a industrialização ocupando território e trazendo relevantes mudanças sociais. Tais mudanças e percepções diferentes, mais aguçadas por parte da população, levaram questionamentos acerca dos interesses diversos das oligarquias, impostos até então. Nesse momento institucional da política brasileira, não se ouvia falar em freios e contrapesos, o Executivo tinha poderes para governar quase que de forma absoluta (ABRANCHES, 2018).

Em seguida, tivemos a Segunda República, conhecida como "A Era Vargas", regida pela Constituição de 1946, com registro do fechamento do Congresso Nacional e imposição de um regime de ditadura militar. Sobre este aspecto, pontua Abranches que:

> A partir do colapso do Estado Novo varguista e com a Constituição de 1946, o país iniciou uma trajetória multipartidária que se consolidou ao longo da segunda república. Ela foi cortada pela ditadura militar, que impôs um bipartidarismo artificial. (ABRANCHES, 2018, p. 37).

Esse cenário multipartidário se originou de um sistema de coalizão composto por interesses que se realizavam através de alianças e trocas de influências na política estadual e federal, inaugurando uma fase republicana mais populista e menos oligárquica.

E por fim, a Terceira República, também chamada de "República Nova", que se deu com o fim da ditadura militar e perdura até hoje, caracterizada por uma forte fragmentação partidária, voto secreto e um forte presidencialismo de coalizão, porém com divisão de poderes, e um sistema de freios e contrapesos, na intencionalidade de impedir que um poder se exceda sobre o outro. (ABRANCHES, 2018).

Esse sistema de coalizão é articulado a partir de uma organização político- administrativa, na qual o presidente e os representantes dos Estados, celebram acordos, para que seja criada uma boa base parlamentar para apoiar o Presidente, em troca de cargos importantes no parlamento para os apoiadores. Dessa forma, o presidencialismo de coalizão é a organização do Executivo, com base em grandes coalizões partidário-parlamentar, gerando um cenário multipartidário caracterizado por instabilidades governamentais. (ABRANCHES, p. 28, 1988)

Há uma mutualidade de domínio entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, visto que toda a coalizão gira em torno da agenda do Executivo, a qual é votada pelo Legislativo que foi composto em torno de acordos e regras entre o Presidente e os apoiadores partidários, que passam a agir em cooperação, gerando um conjunto de interesses particulares e retornos eleitorais (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998). Em outras palavras, trata-se de acordos entre o executivo federal e os vários partidos que atuam no mesmo âmbito, interessados em vantagens políticas ou pessoais, que em conjunto formam maioria no parlamento, com a intenção de criar um ambiente de boa governabilidade (ABREU; CASTRO, 2014).

Assim nasce a negociação dentro do presidencialismo de coalizão, para manter maioria no Congresso, e, portanto, ter condições de gover-

nabilidade, o presidente, pensando nas aprovações de suas agendas parlamentares, relacionadas a sua ideologia e negociação com ideias de outros partidos, distribui os cargos do parlamento em ministérios, o que normalmente se dá por indicações de partidos das suas coligações e assim, ambas as partes se beneficiam da coalizão: o chefe do Executivo e os partidos aliados. Dessa forma, podemos afirmar que, o sistema de coalizão se baseia na dinâmica em que o presidente busca formar alianças partidárias para obter objetivos específicos no Congresso Nacional, com vistas à aprovação da sua agenda política (OLIVEIRA, 2014).

Outro fator importante do presidencialismo de coalizão é o poder do Presidente em formar seu gabinete ministerial, podendo utilizar indicações dos partidos aliados, ponto em que se vislumbram as grandes negociações por cargos. Nesse sentido, Abranches (1988) coloca que:

> [...] o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o "presidencialismo imperial", organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei de "presidencialismo de coalizão.

As referidas negociações entre o Presidente e os partidos políticos podem causar prejuízos às demandas sociais importantes, pelo fato da influência do poder de barganha, cenário no qual interesses particulares se sobressaem em detrimento dos interesses da coletividade, quando o objetivo deveria ser uma governança equilibrada e com olhares regionais para a diversificação social, econômica e cultural de nosso país. (ABRANCHES, 1988, p. 22).

Para se manter o equilíbrio nesse sistema de governo, e não perder de vista que o foco das decisões políticas deve ser o povo, é necessária a participação ativa dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, com atual efetiva do sistema de freios e contrapesos.

2. INTERFACE ENTRE PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para melhor compreensão do presidencialismo de coalizão, devemos entender sobre a separação de poderes, baseada na teoria de Montesquieu,

cujas raízes remontam ao pensamento de Aristóteles na Idade Antiga, e a John Locke na Idade Moderna. A ideia central da separação de poderes é a divisão de competências entre os poderes, imprescindível para a constituição do Estado Moderno (SORIA, 2018).

A partir da separação dos poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, com o objetivo de evitar o poder concentrado em uma só pessoa, o sistema de freios e contrapesos, segue a lógica de que cada poder deve possuir sua autonomia e competência para exercer suas funções, não sendo possível abusos de uns sobre os outros. Guardando uma relação de interdependência, os três poderes devem atuar de maneira harmônica, contribuindo para o equilíbrio do sistema presidencialista. Nesse sentido, Miguel Alfredo (2016, p. 28) afirma:

> [...]os três poderes só são independentes no sentido de que se organizam e funcionam separadamente, mas se entrosam e se subordinam mutuamente na finalidade de um sistema de freios e contrapesos, na expressão dos constitucionalistas norte-americanos, realizando o ideal de contenção do poder pelo poder — *Le pouvoir arrête le pouvoir.*

Apesar da previsão de harmonia entre os três poderes, o que se vislumbra na prática da política brasileira é uma relação entre o Legislativo e Executivo que favorece o presidencialismo de coalizão. Na contramão da independência e autonomia, o que se vê é um cenário de total interdependência, onde o Presidente fica à mercê do parlamento para efetivar suas propostas de leis, bem como, o Legislativo precisa recorrer ao Executivo para aprovar as demandas de gastos que atenda o seu eleirorado. Dessa forma, não ocorrendo esse apoio entre o Presidente e o Parlamento, a agenda política do Presidente poderá sofrer interferências, causando instabilidades ao governo e dificuldade para governar. Desse ponto, podemos observar um cenário de "conchavos" entre os Poderes, visando a concessão de favores e interesses particulares de cada setor. (GRATON, 2019).

Logo, para manter um controle dessas interferências e dos excessos causados na relação entre os poderes Legislativo e Executivo, é atribuído ao Judiciário, atuar sobre as decisões tomadas por tais poderes ou resolver questões por eles negligenciadas. (ABRANCHES, 2018). Diante do atu-

al cenário político brasileiro, no qual o Ativismo Judicial vem ganhando lugar de destaque, é imprescindível que se tenha um bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos, para evitar que os excessos afetem na Judicialização da Política brasileira

O sistema de freios e contrapesos está previsto na Constituição Federal Brasileira, prevendo que o Estado seja estruturado por três poderes, com características harmônicas e independentes entre si. Eis o que compreende a Constituição Federal em seu artigo 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988). Assim, a teoria da separação de poderes destina-se a evitar que um poder se sobreponha a outro, observando a ordem de autonomia e independência de cada um, para não haver abusos de um sobre o outro. A partir de então denota-se que:

> O objeto do princípio da divisão funcional do poder de soberania em três órgãos, pelos quais ela se manifesta na sua plenitude: um que elabora a lei (Poder Legislativo), outro que se encarrega da sua execução (Poder Executivo) e o terceiro (Poder Judiciário), que soluciona os conflitos, pronuncia o direito e assegura a realização da justiça (SAHID, 2016, p. 241).

Nesse sentido, o sistema de freios e contrapesos mantém a independência, mas com harmonia. É o que nos ensina José Afonso da Silva:

> A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2005, p. 110).

Dessa forma, a divisão dos três poderes, tenta evitar que as trocas de favores resultantes das alianças partidárias, afetem a legitimidade das deci-

sões dentro do Congresso e que os poderes não fiquem apenas sobre uma pessoa, como em um estado absolutista, uma vez que, "a desconcentração do poder é um remédio constitucional que procura estabelecer uma relação de equidade, onde nenhum poder faça de si mesmo condição de absoluto poder dentro das relações entre os membros da sociedade" (ALBUQUERQUE, 2019, p. 2). Daí a importância de os três poderes serem harmônicos entre si, mesmo com suas individualidades para que não haja imposições ou favoritismos em decisões que devem ter o objetivo de atender o interesse coletivo.

Face ao exposto, o sistema de coalizão vem sendo responsável por um grande descrédito político, diante de constantes crises políticas e de dois processos de impeachment sofridos ao longo desses anos. A respeito Fagundes defende que:

> [...] o presidencialismo de coalizão apresenta um acentuado potencial de crise, sendo concebido, no limite, como um presidencialismo de cooptação, que se estrutura a partir do conflito e da negociação, em que os partidos se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória. Nota-se a existência de coalizões fragmentadas, independentemente da afinidade ideológica, marcada pela compra e troca do apoio de parlamentares (FAGUNDES; VERBICADO, 2017, p. 6).

Dessa forma, as crises governamentais podem afetar a funcionalidade do ativismo judicial, gerando graves riscos a forma de governo, ocasionados pelos excessos de poder decisório e confusões de competências dos três poderes.

3. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E A CRISE BRASILEIRA

Como já vimos anteriormente, o sistema governamental brasileiro é constituído por três poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que regulam e mediam como o Estado deve funcionar, de forma independente e harmônicas entre si. Em caso de quebra dessa harmonia possível ocorrer crise institucional com graves consequências para a sociedade.

Ocorre que, em um governo com uma grande fragmentação partidária, podemos ter um cenário de acentuada coalizão de interesses, cenário caracterizado por vontades partidárias e troca de cargos, um clientelismo passível de corrupção. Nesse sentido, afirma Sérgio Abranches que:

> [...] há problemas e falhas graves nos perfis do presidencialismo de coalizão reformado de 1988. O mais visível deles é a hiper fragmentação partidária, pois afeta diretamente a formação de coalizões, o seu tamanho e a probabilidade de serem estáveis, além de propiciar terreno fértil para o clientelismo e a corrupção. (ABRANCHES, 2018, p. 73).

No mesmo sentido, Alexandre Batista observa:

> O presidencialismo de coalizão não é um sistema de governo e, sim, um arranjo político-institucional que visa, por meio da coordenação política entre Executivo e Legislativo, manter a governabilidade no país. Vimos, ainda, que o atual sistema político precisa de reformas a fim de tornar as regras do jogo menos complexas e mais próximas dos cidadãos. (BATISTA, 2016, s/p).

Essa grande fragmentação partidária, em grandes coalizões pode causar amplas instabilidades no sistema de governo, tornando o Executivo frágil. Isso porque, caso o Presidente não tenha uma boa base de sustentação no Congresso, com partidos fiéis apoiando suas propostas de agenda política, estas provavelmete não serão aprovadas, o que pode ocasionar uma crise de governo. (BATISTA, 2016).

O Brasil vem passando por uma forte crise institucional, fator que demonstra a fragilidade do atual sistema político brasileiro. Foram dois processos de impeachment instaurados em menos de trinta anos: os dos Presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff.

O mandato do Fernando Collor aconteceu nos anos noventa e foi de alto descontentamento público, tinha alguns apoiadores na bancada do Congresso, porém após confiscar contas bancárias da população para conter a inflação acabou sofrendo o processo de impeachment. Já a presidente Dilma Rousseff no início contava com grande número de aliados no Congresso, mas após duras críticas às suas medidas orçamentárias em relação às

baixas taxas de juros e a necessidade de um ajuste fiscal, também viu seu governo culminar em um processo de impeachment. (BLUME, 2016).

Nesse contexto, percebe-se que as causas que mais contribuem para a crise institucional são as econômicas e políticas. O clientelismo ativo, constituído de troca de favores, em que o Legislativo pede e o Executivo concede, e quando não concedido, gera revoltas dentro do governo, só reforçam um movimento histórico já cristalizado de atendimento aos interesses particulares em detrimento do interesse colvetivo.

Podemos perceber também que o sistema de presidencialismo de coalizão, é potencialmente responsável por gerar crises políticas, instabilidade entre o Executivo e o Legislativo. Nesse sentido, é imprescindível a realização de uma reforma política, eleitoral e administrativa no Brasil, como possível saída para a reorganizção do Poder Público, diminuindo a instabilidade política e firmando o sistema representativo de governo para a sociedade, aproximando os eleitores de seus representantes (BATISTA, 2016).

Entretanto, há quem acredite que apenas uma reforma política não seria o suficiente, sendo necessário uma Assembleia Constituinte, para que seja superado o cenário vigente. Uma reconstituinte cuja finalidade seja revisão de nosso ordenamento político- constitucional. Que não se espelhe em um Congresso Ordinário, uma reconstituinte pequena, unicameral, e mais proporcional, constituídas de regras com finalidade de justamente prevenir a oligarquização, e assim se desprender de tantas reformas e emendas constitucionais, para conseguir um sistema mais firme e estruturado, com capacidade de passar por crises e sair delas de formas mais ilesa (ABRANCHES, 2018).

Conclui-se que é preciso inovar, colocar o poder nas mãos de seu real proprietário: o povo. Um povo mais informado, mais engajado no sistema político. Um povo que fiscalize de forma eficiente as ações dos Poderes em favor da coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos no decorrer deste trabalho que, após o fim da Ditadura Militar, a República Presidencialista foi promulgada no Brasil como forma de previnir uma segunda onda de Golpe de Estado. Acontecendo uma evolução dentro do sistema, onde a Separação de Poderes não era tão in-

terdependentes e autônomas entre si, o Presidente tinha uma autoridade bem maior que atualmente, sendo ligado aos acordos políticos mais vinculados aos interesses do Presidente e dos Governadores de Estado, que ao bem-estar da sociedade.

O sistema presidencialista contou com três repúblicas até chegar os dias de hoje, passando por momentos conturbados, até a terceira república, onde a grande fragmentação e coligações partidárias junto ao presidente, originou o termo "presidencialismo de coalizão", termo grafado por Sérgio Abranches. Nesse tipo de sistema, é importante atentar para evitar que as coalizões entre os partidos não resultem em apenas trocas de benefícios das coligações partidárias e do Presidente da República, em detrimento do interesse coletivo.

No atual cenário político brasileiro, o presidente ao escolher ocupantes para cargos no Parlamento, pode estabelecer um sistema de "moeda de troca", ao escolher indicações de seus partidos aliados, na intenção de ter maioria parlamentar nas aprovações de seus projetos. Daí a importância da atuação ativa dos três poderes, dentro da lógica do sistema de freios e contrapesos para que não haja prejuízo ao interesse público. Dessa feita, os acordos partidários, originados nas coligações, formadoras de coalizão dentro do sistema, a troca de favores, faz o cidadão perder o seu lugar de protagonista, transformando-o apenas em parte de uma máquina de votos.

O presidencialismo de coalizão vem propiciando grandes crises institucionais na política brasileira, chegando a fomentar processos desgastantes de impeachment, gerando uma enorme instabilidade política. Nesse sentido, o Judiciário detém um papel primordial de preservação do equilíbrio entre os três poderes, fiscalizando as ações dos demais poderes que gerem ilegalidades ou contradições institucionais

Concluímos que é urgente uma reforma política na qual o povo tome seu lugar de fala como protagonidta do poder que dele emana. É imprescindível que se deixe o passado para trás e que se olhe para o futuro projetando um cenário político no qual o interesse público seja preponderante.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: Raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1 ed. Companhia das Letras, 2018.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados**, v.31, 1988.

BATISTA, Alexandre. **Presidencialismo de coalizão: qual sua relação com a crise brasileira?** (politize.com.br)., [*S. l.*], 10 maio 2016.

BATISTA, Mariana. **O poder no executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão**. 2014. Disponível em:https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v24n57/0104-4478- rsocp-24-57-0127.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF: Centro Gráfico, 1988

BLUME, Bruno André. **Sistemas de governo: presidencialismo**. *On-line*. 2020. Disponível em: https://www.politize.com.br/presidencialismo-sistemas-de-governo/. Acesso em: 18 nov. 2020.

GRATON, Luis. As relações entre o poder executivo e legislativo e a caracterização da barganha no processo orçamentario brasileiro. 2019. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96133/tde-23052019 101749/publico/LuisHTGraton_Corrigida.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

MAINWARING, Scott**. Democracia presidencialista multipartidária: o caso do brasil**. Revista Lua Nova, p. 28/29, 4 abr. 1993.

MALUF, Sahid, **Teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTUSCELLI, Danilo. A ideologia do "presidencialismo de coalizão". **Lutas Sociais**, São Paulo, v. 24, p. 60-69, 2010.

MAZZILI, MATHEUS. **O presidencialismo de coalizão um confronto político no presidencialismo de coalizão**: **coalizões de governo e frentes parlamentares,** Porto Alegre, p. 72-87, 5 maio 2018. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/182964/001076703.pdf?sequence=1&isAl lowed=y. Acesso em: 18 nov. 2020.

MEDEIROS, Leticia. **Como são nomeados os ministros de estado? POLITIZE**, [*S. l.*], 9 abr. 2019. Disponível em: https://www.politize.com.br/nomeacao-de-ministros/. Acesso em: 18 nov. 2020.

OLIVEIRA, Eduardo. **Presidencialismo de coalizão: o jeito brasileiro de governar**. Habitus, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 70-79, 2014.

PEIXINHO, Manoel. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, ano 2008, n. 4, p. 13-44. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3/3 18/11/2020. Acesso em: 19 nov. 2020.

PEREIRA, Fabiano; RABIATTI, Bruno. **Relação executivo-legislativo no presidencialismo de coalizão brasileiro: a agenda do governo dilma rousseff.** Disponível em: https://econtents.bc.unicamp.br/inpec/index.php/tematicas/article/view/11611/6906. Acesso em: 16 nov. 2020.

RIBAS, José. **Verso e reverso**: **a judicialização da política e o ativismo judicial no brasil.** v. 1, n. 4. 2009. Disponível em: https://portal.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf 21/11/20. Acesso em: 21 nov. 2020.

SANTANA, Gustavo. **A separação dos três poderes: executivo, legislativo e judiciário**. POLITIZE, [*S. l.*], p. *ON-LINE*, 1 mar. 2016. Disponível em https://www.politize.com.br/separacao-dos--tres-poderes-executivo-legislativo-e- judiciario/. Acesso em: 19 nov. 2020.

SANTOS, Fabiano. **Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no brasil**. [*S. l.*], v. 42, p. 88/89, 1 jan. 1999.

SÓRIA, Julia. A teoria da separação dos poderes no Brasil contemporâneo. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 2018, n. 1500, p. Disponível em: em https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/3858/a- teoria-separacao-poderes-brasil-contemporaneo. Acesso em: 16 nov. 2020.

DIREITOS HUMANOS E SUAS FRONTEIRAS COM AS GRADES: A COVID-19 SERIA A TÃO SONHADA PENA DE MORTE?

Tamyrys Nery[76]

INTRODUÇÃO

Diversos filósofos, antropólogos, e estudiosos de vários ramos do conhecimento se debruçaram em entender o que é o ser humano, quais são os seus limites, de onde veio e qual é o seu fim. Para alguns, o gênero humano é o próprio fim, para outros é apenas uma representação da existência. Independentemente do tempo e da interpretação, o ser humano sempre quis compreender o que ele é em sua essência e natureza.

A compressão do que é o ser humano passa por um fenômeno do "não ser" para se estabelecer o que é um ser humano.Antes disso, é necessário definir o que não o é. Escravos não eram seres humanos, considerados sem alma, e isso serviu de argumentos por muitos séculos para justificar os regimes escravocratas. Para os nazistas, judeus, ciganos, negros e homossexuais não eram humanos, e isso justificou o Holocausto. A perspectiva do "não ser" sempre está presente na discussão dos direitos humanos, pois aquilo que para determinado grupo dominante não é humano, não é digno do título, será tratado como mero objeto.

76 Graduanda em Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB.

É importante ressaltar desde o início que a discussão sobre direitos humanos girou em torno das relações econômicas, e com a consolidação do sistema capitalista em que a figura do sujeito de direito desponta, ganha-se um viés jurídico mais complexo do que nas sociedades que não o tinha. Existe, portanto uma relação entre as questões econômicas e os direitos humanos.

As diversas concepções do que é o ser humano, acompanhadas de fenômenos históricos, relacionados a sociedade e geografia de cada tempo resultou nas discussões e na formação do que se conhece hoje como direitos humanos. Porém, a discussão não se encerrou no resultado em que todos são humanos e merecem as mesmas condições, embora isso esteja na maioria dos textos constitucionais pós-Segunda Guerra, encaminhando a situação uma realidade diferente.

Na verdade, diversas parcelas da sociedade nunca tiveram acesso aos direitos humanos da declaração da ONU de 1948, e hoje há uma parcela muito afetada: as pessoas que estão encarceradas. Para além da discussão do campo moral, entre certo ou errado, ter cometido crimes ou não, essas pessoas continuam sendo pessoas, e devem ser tratadas com dignidade. Ocorre, contudo, que a sociedade brasileira é extremamente punitivista, e isso é incentivado pela mídia, pelo Estado, pelas próprias faculdades de Direito, nas quais, por exemplo, as carreiras jurídicas que conduzirão as pessoas ao encarceramento são as mais estimuladas. Surge então um questionamento: a quem interessa que a sociedade se comporte dessa forma?

Atualmente, desde o final do ano de 2019 até a presente data em 2021, uma pandemia causada pelo novo coronavírus dizimou milhares de pessoas ao redor mundo, e no Brasil o número de mortos ultrapassa os 340 mil[77]. Os dados acerca dos presidiários são suprimidos e não estão sistematizados, cada estado da federação comunica de forma bastante esporádica e incerta, causando um apagamento dessas mortes, ou melhor dizendo, um apagamento dessas vidas.

A falta de dados chama atenção pelo motivo das políticas punitivistas e de extermínio. É de conhecimento comum a frase "bandido bom é bandido morto", e nos últimos anos, a discussão sobre a pena de morte (em caráter oficial, não a empregada diariamente pelo Estado) tem ganhando

77 Dados atualizados até 07/04/2021. Fonte: Ministério da Saúde. Acesso em: <https://covid.saude.gov.br/>

cada vez mais destaque, logo seria então a Covid-19 a forma perfeita de fazer isso acontecer?

Esste trabalho utilizou o método histórico para a sua realização. Foi feito um levantamento bibliográfico acerca dos temas relacionados ao assunto por meio de livros e da internet. O método histórico consiste e tem o foco na investigação de acontecimentos passados e sua influência nos dias de hoje, nesse caso, o estudo dos direitos humanos das pessoas em situação de cárcere em um cenário pandêmico, sob o prisma de como reflexos que uma sociedade punitivista e as relações poder no Direito tem influência nas exclusões sociais. Além disso, esse trabalho também se propõe a uma análise de como o Estado brasileiro promove políticas de extermínio a determinados grupos, e utiliza-se do encarceramento em massa para esse fim.

Os dados dessa pesquisa foram retirados artigos da base de dados Scielo, outras revistas eletrônicas, jornais e livros de autores consagrados nesse tema. A coleta de dados ocorreu no período entre os meses de maio do ano de 2020 a abril do ano de 2021.

1. DIREITOS HUMANOS E O CÁRCERE

Preliminarmente, é necessário definir o que são os direitos humanos e sua relação com o cárcere. Segundo Nery (2019, p. 595): "direitos os humanos podem ser entendidos como aqueles direitos inerentes ao homem, eles se confundem com os direitos fundamentais; apresentam uma ideia de essencialidade que remete ao direito natural".

Para Lynn Hunt:

> Os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser *naturais* (inerentes nos seres humanos), *iguais* (os mesmos para todo mundo), e *universais* (aplicáveis por toda parte). Para que os direitos humanos sejam direitos *humanos*, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu *status* como seres humanos. (HUNT, 2009, 11).

Conforme com Pagliarini (2012) os direitos humanos são um pilar do direito constitucional e internacional, pois são basiladores das relações

sociais e também jurídicas. De maneira que só há de fato direito quanto esse pressuposto é respeitado.

No plano jurídico, todos os seres humanos são sujeitos de direitos, podendo contrair direitos e deveres, bem como usufruir da sua liberdade quanto sujeito, sendo, portanto, infligido penas aqueles que ferem as normas jurídicas atingindo os direitos de outrem enquanto também sujeito de direito.

Esse tópico é muito importante porque ao igualar todos como sujeitos direitos, como está escrito no enunciado da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º: todos são iguais perante a lei. Mas de que tipo de igualdade se está falando? Muitos argumentam que se trata de uma igualdade formal e não material, mas se essa afirmação é verdadeira, porque não há igualdade formal nos processos penais? O que justifica que todos os pressupostos das garantias formais não sejam para todos os sujeitos de Direito?

Responder a essas perguntas é uma tarefa muito complexa, que envolve não apenas uma análise do Direito e seus ramos, mas também da sociedade e do sistema produtivo. Conforme dito anteriormente, a compressão do "não ser" é estruturante para a discussão dos direitos humanos, e hoje uma das formas mais expressivas do "não ser" são as pessoas que no momento se encontram uma situação de encarceramento. Isso se dá pelo perfil prisional, a maioria são pessoas das classes mais baixas, negras e majoritariamente homens, de acordo com dados do relatório do segundo semestre do ano de 2019 do INFOPEN, o Departamento Penitenciário Nacional.

Esse "não ser" é traduzido por exclusão social e encarceramento, para essas pessoas, a legislação que garante tratamento digno, invalidade do domicílio, igualdade enquanto sujeito de direito, direito a vida, são somente frases em um papel que não compõe a realidade material delas.

Conforme Nery (2019):

> É muito importante a discussão nesse sentido, as prisões no contexto brasileiro definem e demonstram claramente que há muito mais do que delinquência, e sim uma política de encarceramento em massa que favorece a um grupo em detrimento de outro, e, além disso, promove que os direitos humanos sejam ignorados,

> pois ferem a noção de "outro", um outro que não é considerado digno de ser o que é: humano. (NERY, 2019, p. 600)

Assim, é possível notar que direitos humanos deveriam agrupar aqueles que compõem o sistema prisional, mas que a realidade está muito distante desse dever.

2. O PUNITIVISMO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

As raízes do punitivismo no Brasil estão bem alicerçadas, desde o primeiro órgão de jurisdição, o Tribunal da Relação em Salvador, existem relatos de penas cruéis e do anseio social de que não é suficiente punir, mas sendo da mais cruel forma, como um espetáculo que remete a era medieval. Para Foucault (1987):

> Talvez a noção de "atrocidade" seja uma das que melhor designam a economia do suplício na antiga prática penal. A atrocidade é em primeiro lugar um caráter próprio a certos grandes crimes: ela se refere ao número de leis naturais e positivas, divinas ou humanas que eles violam, à ostentação escandalosa ou ao contrário à esperteza secreta com que foram cometidos, ao nível social e ao *status* dos que são seus autores e vítimas, à desordem que implicam ou ocasionam, ao horror que suscitam. Mas, na medida em que a punição põe em cena, aos olhos de todos, o crime em toda a sua severidade, deve assumir essa atrocidade: deve trazê-la à luz por meio de confissões, discursos, inscrições que a tornem pública; deve reproduzi-la em cerimônias que a apliquem ao corpo do culpado sob forma de humilhação e de sofrimento. (FOUCAULT, 1987, p. 73).

O punitivismo se baseia em um plano moral que distinguem pessoas. Para Jesus apud Hessemer e Muñoz (1998, p. 8): "separa a sociedade em dois grupos: o primeiro, compostos de homens de bem, merecedores de proteção legal; o segundo, de homens maus, os criminosos, aos quais se endereça toda a rudeza e a severidade da lei penal". Dessa forma, as prisões em condições insalubres se apresentam como uma "boa" alternativa para aqueles que são considerados "maus", mesmo que nela ocorram todo

tipo de barbárie passe a ser aceita como correta, justificável e benéfica para sociedade. Conforme Blum Júnior (2018):

> Muitas vezes as prisões são palco de tortura dos reclusos para a obtenção de informações pelos carcereiros ou pela polícia, cujos castigos são tolerados estranhamente pela maior parte da sociedade e a mídia. Tem-se de uma ideia geral que afronta o ideal dos direitos humanos, de que é normal a tortura de presos, a qual se justificaria pela vingança da sociedade ao crime cometido. Mas este é o objetivo encarceramento? É óbvio que não. Existe uma inversão de valores, a ponto de a sociedade considerar a prisão como algo brando e insuficiente para o criminoso pagar pelo que fez. (BLUM JÚNIOR, 2018, capítulo 2, 35 par.).

O punitivismo pode ser avistado na audiência em que programa da televisão brasileira incentivam e propagam a violência. Literalmente há um perfil de consumo de violência como forma de entretenimento. Isso serve por alimentar ao mesmo tempo que gera uma sensação de violência constante como um estado de guerra permanente em que se justifica toda forma de violência em oposição ao outro.

Há um resquício da herança da Ditadura Civil- Militar, segundo Bortolozzi Júnior (2018):

> Inicialmente algumas peculiaridades latino-americanas e brasileiras precisam ser destacadas. A maior parte dos países latino-americanos estiveram sob regime ditatoriais ao longo da segunda metade do século XX. Enquanto no contexto central se consolidava a experiência do Estado do bem-estar, buscando a inclusão de seus integrantes via cidadania, no contexto periférico os regimes de ditadura militar perpetuaram (quando não agravaram) as características violentas e segregacionistas oriundas do histórico colonial. (BORTOLOZZI JUNIOR, 2018, p. 102).

Sendo assim, o punitivismo é uma construção social, ideológica e tem como finalidade a manutenção de um estado de exceção, criado pelas classes dominantes, pois esse modelo de sociedade serve ao capital, e aos interesses econômicos, fato que não é percebido à primeira vista, contu-

do com análise partindo da percepção do capitalismo na forma neoliberal atual, enxerga-se esse caráter psicológico também. A indústria do medo é um dos ramos mais lucrativos não apenas financeiramente, mas uma população refém do medo, é uma população que não estará tão atenta a outras problemáticas, impedindo, portanto, uma modificação da realidade.

3. POLÍTICAS DE EXTERMÍNIO PROMOVIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO

Ao discorrer sobre políticas de extermínio é preciso ter cautela para que fique claro que as críticas são as políticas estatais de extermínio e não diretamente àqueles que praticam.

Consoante as temáticas apresentadas no tópico anterior, o putinitivismo é uma expressão do medo da sociedade que pensa estar vivendo em um estado de guerra. A escritora Juliana Borges (2018, p. 54) infere: "A sociedade imbuída de medo por esse discurso e pano de fundo ideológico, corrobora e incentiva a violência, a tortura, as prisões e o genocídio".

Diversos são os meios pelos quais as políticas de extermínio são realizadas, não se inicia e termina nos assassinatos cometidos em bairros periféricos e somente na violência policial, mas tem cooperação do instrumento jurídico que valida essas ações por meio do judiciário, Valim (2017) ao descrever que o atual estado de exceção é uma forma jurídica do sistema neoliberal aponta para a necessidade de se romper com a construção do Direito, e que este não cumpre o seu papel. O autor também acrescenta:

> Desnecessário dizer que, nesse contexto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal sofrem um completo desvirtuamento, perdendo sua vocação garantista em prol da mera legitimação das pretensões autoritárias do Estado. A persecução penal se torna um jogo de cartas marcadas, com um absoluto desprezo ao direito de defesa. (VALIM, 2017, p. 36).

Ao falar sobre essa questão torna-se necessário dissertar sobre a necropolítica, termo largamente utilizado para essas discussões. Para Polatschek (2019):

> O filósofo e historiador camaronês Achille Mbembe (1957-) cunhou o termo necropolítica para descrever o processo de articulação de políticas de morte desempenhado na manutenção da soberania. Reflete sobre o exercício do direito de matar, deixar viver ou expor à morte a partir da racialização de grupos específicos de pessoas. Corpos e povos são categorizados como alvos matáveis e tecnologias sociais, políticas públicas e maquinário são mobilizados num processo de industrialização da morte (POLATSCHEK, 2019, p. 9).

Mas com indivíduos que enquanto sociedade são contra a violência e tem desejo de extirpá-la convive e aceita a necropolítica? Polatschek (2019) prossegue:

> Um projeto de engajamento do poder (estatal ou não) em políticas de morte só é possível através da elaboração de uma espécie de mitologia, que cria um inimigo idealizado e instaura um imaginário favorável ao exercício do terror. Se trata da "percepção da existência do outro como um atentado contra minha vida, como uma ameaça mortal ou perigo absoluto, cuja eliminação biofísica reforçaria o potencial para minhas vida e segurança [...]" O que se desenvolve nesse sentido é uma ideologia que associa de maneira intrínseca a capacidade de matar à possibilidade de viver (POLATSCHEK, 2019, p. 9).

Em linha semelhante, tratando especificamente do caso brasileiro Bortolozzi Júnior (2018) afirma:

> Interessante perceber como na realidade brasileira o governamento pelo crime efetivamente se desenvolve em práticas de criminalização seletiva da pobreza, da parcela populacional economicamente vulnerável. Projeta-se contra estes uma pressuposição de riscos, criando um ambiente de suspeição generalizada. Esses grupos passam a ser cada vez mais segregados, constituindo-se como campos/multidões anormalizadas, que devem ser, de acordo com a lógica neoliberal, contidos, controlados, em nome da segurança dos demais. Promove-se a suspensão de direitos básicos de alguns em

> nome de uma pretensa garantia geral de segurança (BORTOLOZZI JUNIOR, 2018, p. 108).

Segundo Bortolozzi Júnior (2018), os massacres estão ligados à figura de Estado policial que age em conjunto com o estado neoliberal. O autor também acrescenta que os cadáveres produzidos por essas políticas de extermínio são oriundos de um grupo populacional que serve como uma espécie de bode expiatório da criação midiática do medo.

A necropolítica é uma face do neoliberalismo, e não é somente com desmilitarização da polícia e políticas públicas que o problema será solucionado, porque é o sistema econômico que rege e controla as instituições. O Direito, tal como é conhecido, existe para a manutenção do capitalismo e não para proteger os indivíduos.

4. QUESTÃO PANDÊMICA

Conforme foi apresentado ao longo deste trabalho, para a noção do "não ser" atribuída aos encarcerados pela sociedade punitivista associada a um Estado que tem interesse direto em aprisionar, a pandemia é um cenário ideal. Desde 2019, a Covid-19 tem sido o principal assunto do mundo; diversas vidas foram impactadas de maneiras drástica, quase todos os países do globo tiveram que tomar medidas para proteção, e a principal é o isolamento social, que evita o contágio. Durante a pandemia, a vida se torna uma questão principal. Mas qual vida?

Aqui é cabível discutir quais vidas importam e como se sobrevive; no caso brasileiro, o recorte de classe faz muita diferença entre a vida e a morte. No caso daqueles que estão em situação de cárcere, o cenário é ainda pior: primeiro pela invisibilidade, e segundo pela maneira como a sociedade enxerga a situação. para uma parcela, a pandemia está fazendo uma "limpeza" social. A ideia parece perturbadora, mas infelizmente é a verdade e essa realidade necessita ser discutida e transformada.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu último boletim, datado de 7 de abril de 2021, informa que até a data de emissão o número de óbitos dos encarcerados é de 159, com 51.974 infectados. Já o número dos servidores infectados são 18.081, com 163 óbitos. Total: 322 óbitos e 70.055 infectados. São números alarmantes, que demonstram que

não apenas demonstram a não administração correta da pandemia, mas que também tem ceifado a vida de diversos servidores que sofrem também com o punitisivmo. Cada vez mais é preciso enxergar o punitivismo como o problema de toda uma sociedade, e não apenas dentro das discussões acadêmicas.

Outros dados do CNJ informam que cada estado tem combatido o novo coronavírus de forma diferente, porém as informações são inconclusivas, algumas apontam que não há segurança nem para os servidores. Muitas denúncias foram feitas, o Brasil inclusive foi denunciado na ONU e outras instituições internacionais de direitos humanos sobre o tratamento que vem sendo dado aos presos, e mesmo assim pouco foi feito.

Diante desses dados, poderia se afirmar que a COVID-19 tem sido uma forma de extermínio? Mais de 70 mil pessoas infectadas e 322 mortas e o Estado não se pronuncia, não existem tentativas instituições de resolver de fato a problemática. O punitivismo tem sido largamente observado durante a pandemia. No início da pandemia, houve uma total despreocupação e agora, no plano vacinação, as unidades da federação que tinham inicialmente colocado os presidiários na prioridade no plano de vacinação recebem inúmeras críticas, pressões e a maioria optou por retirar. Assim, parece sintomático que nas redes sociais houve mais críticas a vacinação dos encarcerados do que de cobrança para uma campanha de vacinação em massa, ou até mesmo a inclusão de outros grupos classificados pela sociedade como mais dignos, como policiais, motoristas de ônibus, farmacêuticos, dentre outros.

Também cabe destacar que no início da pandemia houve o silenciamento até mesmo do orgão máximo do judiciário brasileiro. O Supremo Tribunal Federal hesitou muito no momento de conceder liberdade para um determinado número de presos, ainda que com uma larga lista de exigências. Ora, se existe um processo institucional de encarceramento em massa, políticas de extermínio e genocidas, tendências punitivistas, estado de exceção e crescimento de ideia fascistas no seio brasileiro, não seria incongruente que o objetivo seria justamente aplicar a pena capital sem maiores consequências e discussões, atribuindo o evento a uma pandemia, de forma que não há surpresa ou clamor social. É preciso estar muito atento as posturas institucionalizadas de mascare, sendo que ainda são recentes

os mascares em presídios, no quais existem denúncias de como poderiam ter sido evitados e não o foram.

A pena de morte é um tema muito delicado, porque para além das questões sobre a plenitude da vida, ou de estar morto em vida, como a realidade de muitos nesse país, a vida continua sendo o bem jurídico mais importante, então não há a obrigação de defendê-la independentemente do que foi feito ou não por alguém?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática dos direitos humanos é tão atual quanto foi em seu início, todas as questões pertinentes aos pressupostos de dignidade da pessoa enquanto ser humano e não apenas como mero sujeito de direito, embora de fato na suma maioria não gozam dos direitos de ser um sujeito de direito, por mais paradoxal que pareça a frase.

Desde a Declaração dos Direitos do Homem, tido pela maioria como o primeiro texto que desponta para tal temática, há uma demonstração de exclusão de certas parcelas, de certos humanos que não são considerados como tais. Seja na França do século XVIII, seja no Brasil do século XXI a realidade é a mesma, sempre existiram aqueles que não são considerados dignos de serem tratados como o que são: humanos.

O punitivismo, conforme foi aqui apresentado, não é um fenômeno específico desse momento histórico, mas sim, de um contexto de formação econômica, social e política. Não se pode olvidar que o Brasil hoje vive em um estado de exceção não declarado, e isso não somente aumenta o punistivismo como o justifica. Considerando que o próprio Direito nega direitos e a sociedade da maneira a qual é organizada, com as classes dominantes sendo beneficiadas com a exclusão de determinados indivíduos, acontecimento que ao longo da história tem um recorte bem específico: raça, gênero e classe. É preciso então que essa realidade seja transformada.

Sendo assim, cabe a reflexão sobre os instrumentos do Direito, bem como a relação entre Direito e Justiça, para que seja feita uma profunda análise das estruturas jurídicas, sempre com o olhar de que o Direito é basilar para que os alicerces de dominação continuem. Por isso, não basta apenas modificar o Direito, e sim modificar a realidade, por meio de uma alteração no sistema de produção que resultará no fim das opressões.

REFERÊNCIAS

BLUM JÚNIOR, João Conrado. **Direitos humanos para presos? Análise do cumprimento aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e seus reflexos na saúde mental dos condenados** [eBook Kindle]. Amazon, 2018. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Direitos-humanos-para-presos-internacionais-e-book/dp/B07FL121K5>. Acesso em: 30 jun. 2020.

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

BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. **"Resistir para re-existir": criminologia (d)e resistência diante diante do governamento necropolítico das drogas**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 1 maio 2020.

BRASIL. **Mistério da Saúde: Coronavírus Brasil.** Disponível em: < https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 7 abr. 2021

CNJ. **Registros de Contágios e Óbitos. Monitoramento semanal.** Boletim de 07 de abril de 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/04/Monitoramento-Casos-e-%C3%-93bitos-Covid-19-7.4.21-Info.pdf Acesso em: 8 de abr. 2021.

FOUCAUT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1987.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Período: julho a dezembro de 2019. Disponível em: <https://ap.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE-3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLT-

Q0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 30 jun. 2020.

JESUS, Damásio de. **Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY, Tamyrys. Direitos humanos para quais humanos? Os reflexos de uma sociedade punitivista. In: CARVALHO, Cândida. et al. (organizadores). **Direitos humanos e fundamentais: leituras interdisciplinares.** Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019. p. 593-605.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos.** In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.) **Direito Constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Forúm, 2012. p. 24-48.

POLATSCHEK, Igor. **Hip Hop Versus Necropolítica.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Produção e Política Cultural). Universidade Federal do Pampa. Jaraguão, 2019.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente. 2017

A NECESSÁRIA REINVENÇÃO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA PARA OS MORADORES DE ÁREAS IRREGULARES NO BRASIL EM RAZÃO DA INJUSTIÇA EM SEU ACESSO

Thaís Dalla Corte[78]
Carlos Eduardo Malinowski[79]

INTRODUÇÃO

Ao realizar algumas reflexões sobre alguns problemas socioambientais enfrentados pelos habitantes em áreas normalmente com más condições de habitação, observa-se a necessidade de planejamento para minimizar as más condições de moradia. Nesse contexto, o tema deste trabalho é a reinvenção do direito humano à água, o qual será abordado, a fim de delimitar sua investigação, com enfoque nos moradores de áreas irregulares ou clandestinas consolidadas no Brasil que precisam lutar para ter o seu acesso à água provido pelo poder público.

---

78 Doutora e Mestra em Direito pela UFSC. Professora Adjunta do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direito e Vulnerabilidade da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

79 Doutorando em Direito do Estado pela USP. Professor do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direito e Vulnerabilidade da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

A prestação dos serviços públicos de abastecimento de água, por ser local, é de competência, ainda que delegada, por concessão, a empresas estaduais, dos municípios, sendo assegurada, via de regra, aos moradores de áreas regularizadas. Contudo, mais de 11 milhões de brasileiros ocupam irregularmente terrenos, públicos e privados, por não terem condições de adquirir ou de ter acesso a uma moradia formal. Há divergência se os municípios são obrigados ou não a garantir o acesso à água para os vulneráveis que habitam aglomerados subnormais consolidados (isto é, terrenos de propriedade alheia) no Brasil (IBGE, 2019).

A desigualdade no acesso à água e ao saneamento básico no Brasil, bem como os problemas habitacionais do Brasil, voltaram à evidência no ano de 2020 com a epidemia do novo coronavírus (Sars-CoV-2), a qual possui como medidas preventivas de seu contágio e de sua propagação a lavagem frequente das mãos, o acesso a condições sanitárias adequadas e o distanciamento social, uma vez que 35 milhões de brasileiros não possuem acesso à água tratada e 100 milhões de pessoas não possuem acesso às redes de esgoto, o que lhes deixa expostos a maior probabilidade de contaminação (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2020).

Pessoas que habitam áreas irregulares ou clandestinas consolidadas, na zona urbana ou na rural, enfrentam os seguintes cenários: (1) ausência de rede de abastecimento público, o que faz com que os moradores dependam de fontes alternativas, muitas vezes, inseguras, de acesso à água; (2) em casos excepcionais, quando há rede de abastecimento público, é comum interrupções, sem aviso, no fornecimento de água, bem como má qualidade da água; (3) não raramente, o fornecimento é irregular e realizado em horários inapropriados, muitas vezes apenas de noite ou de madrugada.

O direito à água é reconhecido pelo Brasil como humano-fundamental, o que, contudo, não garante, em todas as situações, o acesso da população vulnerável à água. No caso das pessoas que habitam áreas de preservação permanente e solicitam, por meio do Poder Judiciário, seu direito de acesso à água, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que há conflito entre o direito humano-fundamental de acesso à água e o direito humano-fundamental ao meio ambiente, impondo, como solução, a realocação, às custas dos municípios, das famílias que se encontram em áreas de proteção ambiental, as quais possuem função ecológica, para

áreas regulares, ainda que periféricas, a fim de que possam ter seu acesso à água assegurado. Contudo, os municípios nem sempre possuem recursos econômicos para assentar os vulneráveis que se encontram habitando áreas de preservação ambiental permanente, o que faz com que eles continuem sem acesso à água.

A universalização do acesso à água, que é um direito econômico, social e cultural, que depende, para sua efetivação, além da regularidade da propriedade, de recursos financeiros, é um desafio para o Brasil, uma vez que as empresas que prestam esse serviço, em sua grande maioria, são públicas, mas que não conseguem lucrar suficientemente para implementar a expansão do sistema para as áreas mais necessitadas e nem para renovar as antigas redes que acarretam grandes perdas de água, aumentando a ineficiência na prestação do serviço.

Acontece que, se o Estado não fornece aos vulneráveis, por causa de suas moradias irregulares, acesso seguro à água, que é um bem indispensável para vida, eles vão ter que encontrar alternativas para satisfazerem suas necessidades básicas. Desprovidos de condições econômicas de comprarem água mineral, por questão de sobrevivência, os moradores que ocupam áreas irregulares consolidadas intervêm nas redes de abastecimento formal por meio da realização de ligações clandestinas (o que gera perdas físicas e a contaminação da água, bem como acarreta o comprometimento da prestação do serviço para os destinatários) ou dependem de poços tubulares, de carros-pipas, de coleta e de armazenamento de água da chuva ou de outras fontes naturais. A extração de água de fontes inseguras, o acondicionamento da água de forma inadequada e a falta de acesso regular à água torna os vulneráveis mais propensos a doenças, o que resulta em aumento de custos para o sistema público de saúde. A negativa de acesso à água a moradores de áreas irregulares tem como consequência problemas sistêmicos.

O ordenamento territorial, a fim de que haja o desenvolvimento planejado das cidades, é um dos fundamentos alegados para que não se conceda acesso à água aos moradores de áreas irregulares, o que é um problema histórico e complexo decorrente da carência de moradia e que não será resolvido com a falta de fornecimento público de água. Negar o acesso à água nessas situações, além de ser uma violação de um direito humano-fundamental, é forma de punição inadmissível àqueles que es-

tão habitando áreas irregulares por não terem outra opção. Portanto, os vulneráveis que vivem em áreas irregulares ou clandestinas consolidadas, diante das injustiças econômica, social e política ao seu acesso, necessitam lutar, de baixo para cima, pela água, com base em outro paradigma que não o direito (des)humano à água, uma vez que esse, há anos, não tem sido capaz de efetivar o seu acesso à água.

Outrossim, o objetivo geral deste trabalho é evidenciar as limitações do direito humano-fundamental à água em relação aos moradores de áreas irregulares ou clandestinas consolidadas, as quais acarretam a exclusão deles do acesso à água, a fim de que se reflita sobre a necessária reinvenção desse direito para o atendimento das necessidades básicas dos vulneráveis.

Nesse contexto, sucede o problema deste trabalho: quais são as limitações do direito humano-fundamental à água em relação aos moradores de áreas irregulares ou clandestinas consolidadas? A hipótese, isto é, a resposta provisória ao problema, é que o direito humano à água da ONU e o direito fundamental à água no Brasil precisam de adequações em relação aos seus conceitos normativos e à sua implementação, pois são injustos para os vulneráveis, especialmente para aqueles que não possuem moradia regularizadas.

Em relação aos métodos, esta pesquisa teórica, de natureza qualitativa e descritiva, consiste em 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). Em perspectiva crítica, necessita-se reconhecer a legitimidade dos processos de luta pelo acesso à água, enquanto bem público e gratuito, dos vulneráveis moradores de áreas irregulares.

1. AS LIMITAÇÕES DO STATUS LEGAL E DO CONCEITO NORMATIVO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA

A água é um recurso que possui, além das finalidades sociais e culturais (como, por exemplo, a dessedentação humana, a higiene pessoal e os usos domésticos), destinação econômica, sendo recurso necessário para a produção de bens, bem como é, em si mesma (*in natura*) produto de inte-

resse da iniciativa privada, por ser lucrativo, para a prestação dos serviços de fornecimento de água e de saneamento básico aos governos. Apesar da importância desse bem ambiental, que, a despeito de ser renovável, é finito, pois a disponibilidade de água doce é pequena e sua reposição depende do ciclo hidrológico ecossistêmico da água, somente a partir de 2002, com destaque para o ano de 2010, em que ocorreu na Bolívia o caso *Guerra del Agua*, no qual houve a privatização da água na cidade de *Cochabamba*, que resultou no aumento do custo das tarifas e na inviabilização do acesso à água pela população local, especialmente pelos mais desassistidos economicamente, é que se passou a discutir, no âmbito da Organização das Nações Unidas, o reconhecimento da água como, expressamente, um direito humano, ainda que em perspectiva hegemônica (THIELBÖRGER, 2014).

Até 2002, quando foi publicado o Comentário Geral nº 15 pelo Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a água era declarada, em fontes de *hard law* do Direito Internacional, como direito humano somente em tratados destinados a determinados grupos de pessoas, como, por exemplo, para as crianças e os deficientes, e, somente, em relação a determinadas matérias, como, por exemplo, no que concerne ao direito à saúde ou à higiene. O referido Comentário Geral, apesar de ter sido um importante marco material em relação ao direito à água no âmbito da ONU, o qual derivava o direito à água do direito à vida, do direito à dignidade e do direito à saúde previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), é classificado, no que se refere às fontes do Direito Internacional, como *soft law*, o que significa que, apesar de norma, é desprovido de força vinculativa aos Estados. Por se tratar de um direito humano de segunda dimensão, cuja implementação depende de atuação positiva e do aporte de recursos econômicos pelos gestores do Estado, sua imposição aos países nunca foi consensual (BULTO, 2015, p. 25-56).

Foi em 2010, com a aprovação, incialmente, da Resolução nº 64/292 pela Assembleia Geral da ONU e, alguns meses depois, ainda no mesmo ano, com a aprovação da Resolução 15/9 pelo Conselho de Direitos Humanos, as quais também são documentos normativos de *soft law*, que se passou a declarar que a água possui *status* legal de direito humano, uma vez que ambas as resoluções tiveram como tema, expressamente e de forma

independente (isto é, sem necessidade de derivação), o direito humano à água. Os Estados que são parte da ONU, mesmo aqueles que se manifestaram favoráveis à elevação de seu *status* legal como direito humano universal quando da votação na Assembleia Geral da ONU, têm adotado o posicionamento de que o compromisso em relação à sua implementação é, apenas, político e moral (e não jurídico, em razão da carência de força cogente pelas Resoluções). Portanto, para assegurar a sua eficácia imediata, ainda que sua execução fique adstrita à reserva do possível e que sua natureza seja de um direito relativo (o que significa que diante de conflito com direito de mesmo nível pode vir a não prevalecer), os Estados devem internalizar em suas Constituições o direito à água como um direito fundamental. O reconhecimento do direito humano à água, ainda que seu *status* legal seja considerado limitado em relação ao seu *enforcement*, é considerado uma conquista importante por ativistas e juristas (THIELBÖRGER, 2014).

Em relação ao conteúdo normativo do direito à água, evidencia-se que o Comentário Geral n.º 15 é documento que traz importantes fundamentos para embasar o direito dos vulneráveis de acesso à água de forma quanti-qualitativa, como a não discriminação e as acessibilidades física e financeira. O direito humano à água, segundo interpretação das disposições do Comentário Geral, tem como como conceito o acesso à quantidade, ao menos, mínima de água potável (insípida, inodora e incolor) recomendada pela Organização Mundial da Saúde por dia, a qual, se não for fornecida diretamente nas moradias das pessoas, deve poder ser captada por elas de uma fonte segura em distância razoável, de maneira gratuita ou a preços módicos. O texto do Comentário Geral nº 15 traz deveres de não retrocesso à implementação do direito à água pelos Estados, bem como a observância da sustentabilidade, isto é, a utilização dos recursos hídricos no presente de forma que não se comprometa a capacidade das futuras gerações de terem suas necessidades vitais de água asseguradas.

Diferentemente do conteúdo do Comentário Geral nº 15, as Resoluções da ONU de 2010 sobre o direito humano à água (A/RES/64/292 e A/HRC/RES/15/9) são superficiais e preocupadas com a valoração econômica da água (o que é importante para a racionalização de seu consumo, mas que, se não tratada de forma social, pode inviabilizar o acesso dos vulneráveis à água). A finalidade dessas Resoluções centra-se no estabe-

lecimento de parâmetros genéricos mínimos para que possam vir a ser seguidos pelas diferentes realidades dos diversos países que compõe a ONU. Assim, cada Estado possui liberdade para estabelecer questões e metas específicas em seus ordenamentos jurídicos conforme suas situações, sociais e econômicas, concretas. A Resolução n.º 15/9 do Conselho de Direitos Humanos, em seu artigo 7º, é permissiva em relação à privatização da água, o que é uma das questões mais sensíveis e que mais resulta em controvérsias sobre o tema, em razão dos problemas que países desenvolvidos e, principalmente, os subdesenvolvidos enfrentaram com a implementação do referido modelo de mercado, o que resultou, inclusive, em âmbito internacional no movimento pela remunicipalização, isto é, pelo retorno da gestão pública dos recursos hídricos. O direito humano à água, ao ser favorável à privatização, acaba por incentivar o aumento de tarifa aos mais vulneráveis. Portanto, o conteúdo do direito à água é considerado, nesse aspecto, desumano (CDESC, 2002).

Diante do exposto, convém que se reflita: o direito humano à água é somente para aqueles que possuem moradia regular? Caso sim, há injustiça no acesso à água, não sendo, portanto, um direito universal, mas excludente dos vulneráveis. Caso não, há violação internacional de direito humano. Nessa situação, a responsabilização dos Estados depende de mecanismos internacionais que nem sempre são efetivos. O próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos não reconhece o direito à água como um direito autônomo. Logo, os direitos humanos, se não reconhecidos como direitos fundamentais, possuem menor força no ordenamento jurídico nacional, sendo considerados obrigações morais e não, propriamente, jurídicas.

2. A INJUSTIÇA NO ACESSO À ÁGUA AOS MORADORES DE ÁREAS IRREGULARES NO BRASIL

No Brasil, através de um exercício hermenêutico, extrai-se do artigo 6º (que trata dos direitos sociais) e do artigo 225 (que se dedica ao meio ambiente) da Constituição da República Federativa de 1988 a existência de um direito humano fundamental à água, sendo que o Projeto Legado, produzido em 2017, pela Agência Nacional de Águas (ANA) apresenta como sugestão Proposta de Emenda Constitucional para a sua inserção

formal no rol do artigo 5º (que dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos) (ANA, 2017). Ou seja, o Brasil reconhece, de forma material, o direito humano à água, apesar de ele ainda não constar, explicitamente, no diploma constitucional. Como já mencionado neste trabalho, o Brasil ratificou a Resolução 64/292 sobre direito humano à água da Assembleia Geral da ONU.

A Lei nº 6.938/81, a qual estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente, foi recepcionada pela Constituição da República Federativa de 1988, sendo responsável por reconhecer, expressamente, em seu artigo 3º, a água como um recurso ambiental. A União, em decorrência de sua competência material (prevista no artigo 21 da CF/88), instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, a partir da Lei nº. 9.433/97 (também chamada de Lei das Águas). Essa legislação, ao mesmo tempo em que preleciona, entre os seus fundamentos, a água como de domínio público (artigo 1º, inciso I), reconhece sua finitude e o seu valor econômico (artigo 1º, inciso II) – o que condiz com o propugnado pelo artigo 225, da Constituição da República Federativa de 1988. Ainda, é a partir dessa normatização que se define o modelo de gestão hídrico – integrado, descentralizado e participativo –, nominado como democrático, no Brasil.

Importa frisar que com a entrada em vigor do "Novo" Código Civil de 2002 (Lei nº. 10.406), o qual revogou o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071), a disciplina das águas não sofreu grandes alterações, continuando adstrita ao direito de vizinhança (o que tem sido objeto de críticas). Da mesma forma, mais recentemente, com a revogação da Lei nº. 4.771/65 e a entrada em vigor do "Novo" Código Florestal (Lei nº 12.651/12), discute-se o retrocesso ambiental sofrido pelo regime jurídico hídrico, já que o mesmo legalizou, em determinadas situações, a redução de áreas de reserva legal, e, também, estabeleceu condições mais brandas para a recomposição de mata ciliar, entre outros. Convém destacar que essas alterações atingem reflexamente a qualidade das águas, uma vez que o meio ambiente é um bem integrado. Portanto, vários dispositivos do Novo Código Florestal, apesar de não abordarem expressamente a questão hídrica, repercutirão seus efeitos na gestão das águas.

O direito humano-fundamental à água, de acessá-la em quantidade e com qualidade adequadas, relaciona-se aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, encontrando-se, portanto, materialmente implícito no

texto constitucional. Nesse sentido, explica-se que: "a Constituição brasileira de 1988 não inseriu o direito de acesso à água potável, expressamente, no catálogo específico dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17º)". Entretanto, convém salientar que "[...] essa omissão não impede que o mencionado direito seja compreendido como fundamental", já que não existe um rol taxativo de direitos fundamentais no diploma do país, nos termos do seu próprio artigo 5º, §2º (chamada de cláusula de abertura) e §3º (que reconhece direitos fundamentais de tratados internacionais sobre direitos humanos desde que observado o quórum qualificado em sua aprovação) (FACHIN; SILVA, 2012, p. 75). Entende-se, inclusive, que ele é um direito humano-fundamental de primeira, segunda e terceira dimensões (VIEGAS, 2012, p. 89).

Entretanto, a mera enunciação (material e formal) do direito à água como fundamental para o ser humano não assegura seu acesso, nem mesmo sua qualidade. Há todo um aparato instrumental, legal e orçamentário que deve embasar a efetivação do direito humano-fundamental à água (bem como do direito à natureza à água). Tornar expresso o direito à água como fundamental ou reconhecer os direitos da natureza não garante que os mesmos sejam implementados.

Apesar de poucas bacias hidrográficas terem implementado a cobrança pelo uso da água no país, todos os usuários pagam pelo custo de tratamento e de distribuição de água até as suas casas. Porém, nem todas as famílias possuem condições de pagar a conta de água, considerando que o Brasil possui 54,8 milhões de habitantes abaixo da linha da pobreza. Ainda, 35 milhões de brasileiros não possuem acesso à água, por meio da rede pública, em suas moradias. Também, mais de 100 milhões não tem acesso à rede de esgoto. Grande parte dessas famílias não tem o seu acesso ao abastecimento público de água assegurado porque habitam áreas não regularizadas (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2020). Diante da omissão do governo, as pessoas buscam formas alternativas, ainda que inseguras, que podem acarretar doenças, ao satisfazer suas necessidades vitais de água para dessedentação, higiene e uso domésticos.

Em decorrência do processo de urbanização precoce e desestruturado do Brasil, a população migrante de baixa renda e outros grupos sociais acabaram por se concentrar em áreas periféricas das cidades, as quais não possuem infraestrutura mínima para atendê-los, como saneamento básico

e serviços de saúde. Os locais ocupados situavam-se, principalmente, em áreas de risco e em espaços territoriais especialmente protegidos ("como são os casos de margens de rios, represas e encostas", sujeitas a inundações, desabamentos, depósitos de lixos, entre outros). Essas áreas, por possuírem restrições legais em sua utilização, o que reduzia o interesse em sua especulação pelo "mercado imobiliário formal", apresentavam-se (e, ressalta-se, que ainda se constituem) como "alternativas habitacionais aos excluídos". Nesse sentido, "a própria dinâmica da metrópole", é a responsável por os afastar dos "centros econômicos e de serviço", reduzindo "suas oportunidades de acesso a emprego e renda" (FRACALANZA; JACOB; EÇA, 2013, p. 20-21).

Com o passar dos anos, o adensamento populacional em grandes capitais do país aumentou. As pessoas, em busca de melhores oportunidades de emprego, migraram, especialmente, para o Sudeste, o que fez com que, diante da impossibilidade de pagarem os altos preços de aluguel, as invasões de terrenos alheios aumentassem, resultando na formação de loteamentos irregulares (também denominados de favelas). Diversos desses loteamentos se consolidaram com o passar dos anos. A legislação, para tentar coibir as invasões, estabeleceu que áreas não regularizadas, não poderiam ter acesso a serviços básicos, como iluminação pública e luz residencial, coleta de lixo, acesso à água e ao esgoto sanitário, entre outros. A fim de proteger o direito de propriedade, a legislação penalizava os mais vulneráveis e era conivente com a degradação ambiental. Essas pessoas passaram, então, a realizar ligações clandestinas às redes de água e de energia elétrica, a fim de assegurarem os seus direitos mínimos (FRACALANZA; JACOB; EÇA, 2013, p. 21-23).

Os proprietários, para a restituição de seus bens imóveis em caso de invasão, possuem diversas ações que podem interpor para reintegrarem ou reivindicarem suas posses e seus direitos plenos. Contudo, com a demora de vários proprietários para ingressarem com essas ações, o entendimento dos tribunais se consolidou no sentido de que, já havendo centenas de famílias assentadas sobre o terreno, a invasão, ao invés de ser revertida, deve ser consolidada, indenizando-se, por perdas e danos, o proprietário do bem pela sua perda. Dessa forma, passou-se a buscar meios para que se regularizasse favelas do país. Entretanto, mesmo no caso de algumas que já não são mais consideradas irregulares, verifica-se que os municípios não

possuem recursos suficientes para instalar a infraestrutura necessária para que os habitantes daquela região tenham acesso à água encanada. Diante desse empecilho, o poder público acaba sequer provendo o acesso à água dessas comunidades através de outras fontes alternativas, como por meio de construção de cisternas para serem abastecidas por meio de caminhões pipa (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2020).

Há loteamentos irregulares que se diferenciam da situação relatada acima, pois, ao invés de se constituírem sob propriedade imóvel particular, acabam, em razão da melhor localização dessas áreas em relação aos centros da cidade (o que facilita a locomoção das pessoas) e de sua proximidade de rios, alojando-se em, por exemplo, áreas de preservação permanente. O entendimento dos tribunais, nessa situação, é de que os vulneráveis, mesmo que já há anos estejam residindo no local, devem ser retirados dele, pois essas áreas possuem funções ecológicas. Nesse sentido, privilegia-se o meio ambiente, mesmo que, para tanto, necessite-se deslocar centenas de pessoas para áreas periféricas. Novamente, diante da necessidade de recursos econômicos para o reassentamento das famílias, os municípios acabam não cumprindo as sentenças judiciais, o que faz com que as pessoas continuem habitando lugares não permitidos pela lei, mas que, por não possuírem outra opção de moradia, também tem os seus direitos de acesso à água, e a outros serviços essenciais, negados (BRASIL, 2019).

Conforme decisão prolatada em 2019 pelo Superior Tribunal de Justiça, no conflito entre o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado e o direito à moradia, ambos direitos humano-fundamentais, eles devem ser conciliados na medida do possível, uma vez que "não se combate nem se supera miserabilidade social com hasteamento de miserabilidade ecológica". Segundo o voto do relator do processo, Ministro Herman Benjamin, o enfrentamento da privação de direitos sociais não deve, em hipótese alguma, servir de justificativa para a violação dos direitos ecológicos. Conforme o magistrado, a questão deve ser compreendida na sua integralidade tomando por premissa o ideário da justiça socioambiental, pois "um patamar mínimo de qualidade ambiental configura-se como premissa ao exercício dos demais direitos humanos (entre eles, o direito à moradia)" (BRASIL, 2019).

Ao mesmo tempo que se condena o município ao pagamento de alugueis sociais ou à remoção das famílias para áreas regulares, com aces-

so aos serviços essenciais, entre eles, fornecimento de água, necessita-se criar mecanismos para que se auxilie financeiramente o ente político, que possui orçamento limitado, a cumprir essa previsão, sob pena de que as famílias sejam expulsas e suas casas sejam demolidas, sem que seu acesso à moradia regular e, consequentemente, seu acesso à água, sejam assegurados. É comum, ser facultado às famílias a possibilidade de irem morar em abrigos coletivos, os quais, por vezes, não condizem aos anseios das pessoas, que optam, portanto, pela invasão de outros terrenos alheios, inclusive, novas áreas de preservação ambiental, que, normalmente, possuem fonte de água próxima. Sem a realização, de forma estratégica e planejada, da remoção dos vulneráveis que habitam áreas irregulares, o ciclo de invasões, de degradações ambientais e da falta de acesso a serviços essenciais, como de acesso à água por meio da rede pública, perpetuar-se-á.

Nesse cenário, em que os entes públicos são considerados ineficientes no fornecimento de água, foi aprovada, em 15 de julho de 2020, a Lei n. 14.026, que instituiu o Marco Legal do Saneamento Básico, o qual possibilita a privatização do sistema de água no Brasil, a fim de que água encanada e com qualidade chegue, até 2033, às casas das pessoas mais vulneráveis, ainda que elas sejam moradoras de aglomerados subnormais consolidados. Entretanto, num país que depende de subsídios tarifários cruzados, método por meio do qual as cidades mais lucrativas compensam o prejuízo das cidades menores, receia-se que, de forma similar ao que já aconteceu em outros países, as tarifas aumentem para que as empresas privadas de água tenham lucro nos lugares com infraestrutura para fornecimento de água e de saneamento mais precária ou ausente, o que impactará o acesso à água pelos mais pobres, que, atualmente, são beneficiários de programas sociais de custeio, integral ou parcial, das contas de água. Portanto, verifica-se que o Brasil está se aproximando do conceito normativo de direito humano à água da ONU, ao aderir à privatização, ao invés de investir na governança pública e comunitária da água.

Perante esse cenário, necessita-se de um paradigma de direito à água que evite a discriminação deliberada contra comunidades vulneráveis e marginalizadas e seu abandono por governos ou autoridades locais que queiram excluir as comunidades indesejáveis. O direito humano à água da ONU e o direito fundamental à água no Brasil precisam de adequações em relação aos seus conceitos normativos e à sua implementação,

pois são injustos para os vulneráveis, especialmente para aqueles que não possuem moradia regularizadas. Apesar das decisões do STJ reconhecerem o direito dos vulneráveis que habitam aglomerados subnormais consolidados à infraestrutura mínima, o que inclui água e esgoto sanitário, faltam recursos para a implementação dessas decisões. Com a recente permissibilidade para a iniciativa privada prestar esses serviços, teme-se que o já injusto acesso dos vulneráveis à água permaneça. O direito ecológico à água, nesse contexto, é paradigma crítico que pode embasar o processo de luta dos vulneráveis pelo acesso à água, não somente para si, mas também para a natureza.

CONCLUSÃO

Em resposta ao problema de pesquisa, confirmando-se a hipótese, no Brasil, o direito à água, que é reconhecido, de forma material, como um direito humano-fundamental, enfrenta sérias dificuldade para a sua implementação, especialmente para as pessoas que habitam moradias não regularizadas. A falta de recursos financeiros é fator impeditivo para a universalização dos serviços de água e de saneamento num país de grande extensão territorial e com características regionais tão distintas. Ainda, há grande complexidade para a implementação de infraestrutura para acesso a serviços essenciais, como redes de abastecimento de água e de coleta e de tratamento de esgoto, em áreas que foram urbanizadas de forma desordenada, como nas favelas, que são consideradas ocupações irregulares pelo poder público.

Diante da omissão do Estado no seu dever de garantir o acesso à água, as próprias pessoas, por meio de fontes alternativas inseguras, como ligações clandestinas, lutam para a satisfação de suas necessidades vitais mínimas. Apesar das recentes jurisprudências, proferidas em 2019, nas quais o Superior Tribunal de Justiça reconhece que os moradores de áreas irregulares, desde que não se trate de habitações consolidadas em áreas de proteção ambiental, possuem direito de ter acesso à água, há dificuldade de implementação das decisões por limitações orçamentárias.

Diante da ineficiência do Estado na prestação dos serviços de água e de saneamento, foi aprovada a sua privatização no país, o que gera incerteza quanto o acesso dos vulneráveis à água, especialmente quanto à con-

tinuidade dos programas sociais de subsídios integrais ou parciais aos que não conseguem pagar suas contas. Este fato também gera a possibilidade de aumento exacerbado das tarifas, já que existem muitas áreas desassistidas de infraestrutura e que demandarão muitas obras, o que impactará a lucratividade das empresas que atuarão no setor. Recomenda-se que as demais disposições relacionadas ao conteúdo normativo da água, como a acessibilidade econômica, sejam também observadas, a fim de que todos tenham acesso digno à água.

Em reflexão crítica sobre o direito humano-fundamental à água, alguns países, como Bolívia e Equador, já se encontram implementando, por meio de seus ordenamentos jurídicos, o direito ecológico à água, que decorre do direito da natureza à água. Ao se reconhecer a água e a natureza como sujeitos de direitos, rompe-se com a perspectiva antropocêntrica, passando-se a considerar o ser humano, apenas, como integrante do sistema (e não como o seu centro), uma vez que se prioriza a compreensão de que a dinâmica da vida depende do equilíbrio da natureza, o que redimensiona a forma de exploração econômica e de apropriação dos bens comuns. O direito ecológico à água não deixa de assegurar o direito de acesso à água ao ser humano. Ainda, o modelo da ética biocêntrica, baseado no bem-viver, por meio do qual esse acesso à água será efetivado, visa não ser excludente dos recursos que a própria natureza necessita para seus processos ecossistêmicos vitais que, por decorrência, dão suporte para a vida humana. Também, esse novo paradigma se pauta, exclusivamente, em sistemas públicos e comunitários de água, a fim de que, contextualmente e de maneira ativa, as demandas necessárias para a dignidade ecológica, que abrange a dignidade humana, sejam asseguradas.

Aplicando-se o direito ecológico à água aos moradores de áreas irregulares, que não têm o seu direito à água assistido pelo Estado, verifica-se que este processo resultaria em programas institucionais e sociais de abertura e de consolidação de espaços para a luta pela dignidade não somente humana, mas também da natureza. O acesso à água segura, se não for, de imediato, prestado por meio de redes, em razão de limitações orçamentárias, deve ser desenvolvido, sem necessidade de privatização, de forma alternativa, por meio de gestão comunitária, até que os recursos econômicos públicos, que garantam tarifas justas de água e programas sociais, possam ser efetivados. Diante do exposto, o direito ecológico à água

redefine o direito humano-fundamental à água, pois reconhece a água enquanto bem público e gratuito aos vulneráveis moradores de áreas irregulares. Portanto, a interpretação e a aplicação do direito à água devem-se pautar, para que se assegure os direitos dos vulneráveis, neste paradigma alternativo, o qual promove o bem-viver.

REFERÊNCIAS

ANA – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. **Projeto Legado**: Documento base versão 0.4. 2017. Disponível em: http://arquivos.ana.gov.br/projetos/legado/DocumentoBase-VersaoZero.4_20171110.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. **Lei n.º 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. **Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 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.

_____.. **Recurso especial 1.782.692/PB.** 2019. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859932055/recurso-especial-resp-1782692-pb-2018-0268767-7/inteiro-teor-859932069?ref=serp. Acesso em: 8 mar. 2021.

BULTO, Takele Soboka. Muito familiar para ignorar, muito novo para reconhecer: a situação do direito humano à água em nível global.

In: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade. **O direito à água como política pública na América Latina:** uma exploração teórica e empírica. Brasília: Ipea, 2015. p. 25-56.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário geral nº. 15**. 2002. Disponível em: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água portável:** Direito fundamental de sexta dimensão. São Paulo: Editora Millenium, 2012.

FRACALANZA, Ana Paula; JACOB, Amanda Martins; EÇA, Rodrigo Furtado. Justiça ambiental e práticas de governança da água: (re) introduzindo questões de igualdade na agenda. **Ambiente e sociedade**, São Paulo, v. XVI, n. 1, jan.-mar./2013. p. 19-38.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Aglomerados Subnormais: 2019**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/tipologias-do-territorio/15788-aglomerados-subnormais.html?=&t=o-que-e. Acesso em: 22 mar. 2021.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do saneamento básico: 2020 (Snis 2018)**. Disponível em: http://tratabrasil.com.br/images/estudos/itb/ranking_2020/Relatorio_Ranking_Trata_Brasil_2020_Julho_.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 15/9**: Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. 2010. Disponível em: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/

G10/166/36/PDF/G1016636.pdf?OpenElement. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. **Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010**: 64/292. The human right to water and sanitation. 2010. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292. Acesso em: 20 fev. 2021.

THIELBÖRGER, Pierre. **The right(s) to water**: the multi-level governance of a unique human right. Bochum: Springer, 2014.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Gestão da água e princípios ambientais.** 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2012.

DIREITO À EDUCAÇÃO: DESAFIOS E PROPOSTAS PARA INCLUSÃO DE ALUNOS SURDOS EM CLASSES INCLUSIVAS

Francine Pereira Fontainha de Carvalho[80]

> Há nos cenários educativos uma indecisão ou uma confusão que se origina no instante em que as diferenças se fazem presentes e não são nomeadas. Acontece que, no próprio ato de enunciar a diferença, sobrevém uma derivação em direção a outra pronúncia totalmente diferente: os "diferentes", fazendo alusão a todos aqueles que não podem ser vistos, nem pensados, nem sentidos, nem, finalmente, educados, em virtude dessa curiosa e repetida percepção do homogêneo – homogeneidade de línguas, de aprendizagens, de corpos, de comportamentos, e assim até o infinito. (SKLIAR, 2014).

INTRODUÇÃO

A inclusão de alunos público-alvo da Educação Especial – com deficiência física, intelectual auditiva, visual, múltipla, surdocegueira, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades – no ensino regular

80 Graduada em Letras (Português/Francês) pela UFJF. Mestre em Teoria Literária pela UFJF. Doutora em Ciência da Literatura pela UFRJ. Pós-Doutoranda em Investigação e Docência Universitária pela IUNIR. Docente na Faculdade Vértice Trirriense – UNIVÉRTIX – Três Rios.

tem constituído um grande desafio para as instituições de ensino no Brasil, pois estas encontram dificuldades para efetivar uma educação pautada em critérios inclusivos e democráticos. A orientação para a matrícula dos alunos, preferencialmente na rede regular de ensino, preconiza a plena inserção do discente na classe comum como uma das diretrizes da política de inclusão, entretanto, no cotidiano, verifica-se que há um grande abismo entre o que preconizam e sinalizam as leis e deliberações vigentes e o que efetivamente se cumpre dentro do contexto escolar.

Ao propormos uma discussão sobre o direito à educação, assegurado a todos os brasileiros, iremos nos ater aos desafios para a efetiva inclusão dos alunos surdos nas classes regulares – ditas *salas comuns*. Nesse sentido, alguns questionamentos serão efetivados: Como assegurar condições igualitárias de ensino a pessoas que não aprendem através da explicação oral dos docentes, exatamente pela impossibilidade de ouvir? Como garantir que o aluno adentre o ambiente escolar comunicando-se através da Libras – Língua Brasileira de Sinais, assim como os alunos ouvintes iniciam a vida escolar sabendo falar a Língua Portuguesa? O principal desafio para a inclusão do aluno surdo é garantir a aquisição da linguagem e a proposta que é que possamos cumprir os preceitos legais para a efetivação, não somente da inserção do aluno com surdez nas unidades escolares, mas, outrossim, termos a garantia da aprendizagem.

Por conseguinte, faremos uma breve revisão bibliográfica sobre a educação dos surdos e, analisaremos, outrossim, o disposto na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, no que tange ao preconizado para a efetiva inclusão do aluno com surdez.

1. DIREITO À LINGUAGEM

A inclusão do aluno surdo é complexa, uma vez que se trata de um discente que não comunica-se através da fala, matriculado em uma unidade educacional que possui um código – Língua Portuguesa, diverso do utilizado pelos surdos – Libras. Logo, a primeira e mais importante, porque essencial, práxis pedagógica para a inclusão do aluno surdo é propiciar o aprendizado da Libras, desde a mais tenra idade. Faz-se imperioso destacarmos: sem linguagem não há aprendizado.

É exatamente a linguagem o cerne da nossa questão, ou melhor, a falta dela. Bebês ouvintes aprendem a falar ouvindo as mães, pais e cuidadores falarem. São necessários meses de escuta, balbucio, palavras e frases sem verbos, para, somente alguns anos mais tarde, a criança formular enunciados complexos. Tal processo não se aplica aos bebês surdos, muito embora eles também atravessem a fase do balbucio, não continuam a falar devido à falta de *input linguístico*, porquanto não ouvem o que falam. Ao discorrer sobre a aquisição da linguagem em crianças surdas, na obra: Educação de Surdos, Quadros (1997) ressalta que:

> Normalmente, as pesquisas envolvem a análise de produções de crianças surdas, filhas de pais surdos. Somente esse grupo de crianças surdas possui *input* linguístico adequado e garantido para possíveis análises do processo de aquisição. Entretanto, ressalta-se que essas crianças representam apenas 5% a 10% das crianças surdas. (QUADROS, 1997, p. 70).

É sabido, portanto, que 90%-95% dos alunos surdos são filhos de pais ouvintes e, justamente por esse motivo, demoram a aprender a língua de sinais. Muitos alunos surdos estudam os primeiros anos do ensino fundamental em uma sala de ouvintes, sem o apoio do profissional intérprete, pois existem muitas famílias que entendem que é necessário insistir na oralização, ou ainda, possuem a errônea ideia de que ensinando Libras a criança surda terá "preguiça" de falar. Nesse contexto, constatamos que inúmeros alunos surdos chegam às unidades escolares extremamente prejudicados, pois adentram o contexto educacional sem uma língua/linguagem constituída. Sem direito a "voz". Sem possibilidade de expressarem os pensamentos.

Há que se ressaltar que a pessoa surda não fala devido à impossibilidade física de falar; e a recusa no aprendizado da Libras não reverterá essa condição. O fato de negar a esta pessoa o aprendizado de uma língua visuogestual causa inúmeros prejuízos, não apenas em sua formação social, mas também, implicações significativas no desenvolvimento, consoante Skliar:

> As crianças surdas, pelo seu déficit auditivo, não podem ser expostas nem estar imersas dentro da língua oral; existe, de fato, um obs-

> táculo fisiológico para que isso ocorra. Para eles, a língua oral não é uma primeira língua, embora seja a primeira, e inclusive a única, que lhes é oferecida. [...] Existem claras barreiras comunicativas, didáticas, linguísticas e cognitivas que fazem dessa prática de ensino um tipo de aprendizagem ineficiente e insuficiente. (SKLIAR, 2013, p. 120).

Logo, o aluno que aprende tardiamente a Libras terá limitações significativas no aprendizado, pois terá que assimilar simultaneamente a língua de sinais e o conhecimento formal oferecido pelas unidades escolares. Nesse contexto, as adaptações curriculares previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, são fundamentais para que o educando surdo, que aprendeu tardiamente a Libras, possa ter acesso a inclusão – de fato e de direito. Garantir que as adaptações curriculares sejam realizadas é garantir equidade e justiça no processo educacional e social, já que sem uma língua constituída o ser humano não tem garantia de seu direito mais básico e fundamental: a comunicação e expressão.

A garantia de ingresso dos alunos público-alvo da educação especial na rede regular de ensino, décadas atrás, foi um avanço no processo educacional, já que se encontravam à margem das escolas regulares, ditas comuns, e eram matriculados em escolas especiais ou classes especiais. No entanto, hoje, além do ingresso na rede regular de ensino, é necessário que haja aprendizagem significativa por parte dos educandos incluídos. Não basta estar somente "estar" na escola, é imperioso aprender.

Ao nos remetermos especificamente aos alunos surdos incluídos, precisamos pensar que as dificuldades *no aprendizado* se prolongam por largos anos devido ao atraso no contato com a língua de sinais. A regra geral, segundo Quadros (1997, p. 108), é que os pais ouvintes "normalmente não sabem ser pais de crianças surdas. Além disso, eles não conhecem a língua de sinais" e, justamente por desconhecerem a Libras, não a ensinam a seus filhos, os quais convivem com o silenciamento durante largos e importantes anos. Importante ressaltarmos que a não-exposição a uma língua, no período natural da aquisição da linguagem, primeira infância, causa danos irreparáveis e irreversíveis à organização psicossocial de um indivíduo, justamente pela não compreensão das situações e vivências do cotidiano.

Ofertar o aprendizado da Libras deve ser prioridade absoluta quando pensamos nas pessoas com surdez, contudo, a realidade demonstra que muitos alunos ainda carecem do domínio da referida língua e, consequentemente, da linguagem. A Língua Brasileira de Sinais, conhecida por Libras, é fruto do desenvolvimento de políticas de inclusão para a comunidade surda. No ano de 2002, a Libras foi reconhecida como língua oficial durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, pela Lei nº 10.436. Tal fato foi resultado de ampla mobilização da comunidade surda na luta pela ampliação de seus direitos. Apesar da oficialização da supracitada lei, é imperioso ressaltar que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), preconiza o acesso ao sistema educacional, permanência, aprendizagem, oferta de atendimento educacional especializado e educação bilíngüe (grifos meus):

> CAPÍTULO IV
>
> DO DIREITO À EDUCAÇÃO
>
> Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.
>
> Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.
>
> Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:
>
> I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;
>
> II - **aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem**, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

> III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, **assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade,** promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;
>
> IV **- oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas**; (BRASIL, 2015 – grifo nosso)

É necessário que se cumpra o inciso III: "projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade." O acesso ao currículo escolar, por estudantes que, via de regra, só vão aprender a Libras quando já estão matriculados nas unidades escolares, os quais precisam aprender a língua de sinais – concomitante a novos conteúdos – todos os dias, fica sensivelmente prejudicado. Como exigir de uma criança, que não se comunica com fluência, as mesmas "respostas" de um ouvinte que, desde o primeiro ano de vida já começa a falar? Por esse motivo, é necessário colocarmos em prática as adaptações razoáveis previstas na citada lei, somente através delas, garantiremos o direito à educação.

2. SER SURDO EM UMA SOCIEDADE OUVINTE

A demanda pela oralização, ainda tão presente em nossa cultura, provoca grande atraso no desenvolvimento global desses alunos, que precisam conviver com o peso de serem surdos em uma sociedade ouvinte, a qual interpreta a surdez como falta e não como característica singular. A surdez, segundo Skliar (1998, p. 15), "é apontada como uma diferença a ser politicamente reconhecida, uma identidade". A visão socioantropológica do autor contrapõe-se à perspectiva clínica que valoriza a ausência de algo. Essa ideologia dominante, que o autor chama de "ouvintismo", configura-se em um conjunto de representações segundo o qual o surdo é obrigado a olhar-se e a narrar-se como se fosse um ouvinte:

> O ouvintismo – as representações dos ouvintes sobre a surdez e sobre os surdos – e o oralismo – a forma institucionalizada do ouvintismo – continuam sendo, ainda hoje, discursos hegemônicos em diferentes partes do mundo. Trata-se de um conjunto de representações dos ouvintes, a partir do qual o surdo está obrigado a olhar-se e a narrar-se como se fosse ouvinte. Além disso, é nesse olhar-se, e nesse narrar-se que acontecem as percepções do ser deficiente, do não ser ouvinte, percepções que legitimam as práticas terapêuticas habituais. (SKLIAR, 1998, p. 15).

De fato, o "ouvintismo" teve como base uma crítica aos textos da medicina, às decisões impositivas de pais e, até mesmo, dos próprios surdos que acabavam por negar sua condição de não-falantes. Ainda hoje sobejam exemplos de pais e mães que, a despeito do diagnóstico da surdez, relutam em inserir os filhos na cultura surda; não permitem que seus filhos aprendam a Libras e insistem em métodos oralistas (inclusive implantes cocleares em adolescentes), com a expectativa que os filhos possam falar. É necessário, antes e acima de tudo, que os alunos surdos tenham acesso precoce à Libras, não apenas para aprendê-la e poderem se comunicar com independência e exatidão, mas porque o domínio de uma língua possibilita a formação dos chamados processos mentais vinculados à cognição.

Paralelo ao processo de aprendizagem da Libras, os conteúdos precisam ser adaptados aos alunos surdos, para que possam apropriar-se dos *saberes* ensinados. Negar ao aluno surdo o direto às adaptações curriculares significa manter o alijamento no qual os mesmos se encontram, significa admitir que estarão no contexto educacional, porém, sem acesso ao conhecimento, já que os longos textos escritos, sem qualquer imagem, tornam-se inacessíveis para a maioria desses alunos – salienta-se que a simples instrução nessa língua não é suficiente para escolarizar o aluno surdo – principalmente porque muitas vezes ele não a conhece, só estabelecendo contato com a mesma ao iniciar a sua escolarização, logo, a partir da proposta de inclusão escolar de crianças surdas, a apropriação da Libras merece atenção especial no intuito de que sejam oferecidas oportunidades de ensino e uso da mesma, sendo favorecida sua inserção nos currículos em todos os níveis do sistema educacional.

Faz-se *mister* ressaltarmos, outrossim, que muitos chegam ao segundo segmento do ensino fundamental[81] com algum histórico de repetência, apresentando, portanto, distorção idade-série em relação aos demais alunos da turma. Tal prática remete-nos às reflexões de Dorziat:

> Enquanto as políticas públicas instalam a iniciativa de colocação de todas as crianças na escola, independente de suas condições étnicas, de classe, de gênero, físicas etc., mudando, com isso, as redes de relações escolares, persiste a cultura da hierarquização e dos modelos de desenvolvimento humano, que já produziam a exclusão, na forma de evasão e de repetência escolares. É criada, assim, uma nova forma de exclusão: a que é feita por dentro do sistema, que mantêm os alunos na escola, mas à margem das oportunidades de desenvolvimento efetivo. Sob essa ótica, parece ser assegurado apenas o direito ao ingresso no sistema escolar. O verdadeiro sentido do direito à educação, que é respaldado no conceito de um processo pedagógico significativo, justo, participativo e engajado culturalmente, não é contemplado. (DORZIAT, 2008, p. 32).

Devemos compreender o processo de transformação sócio-histórica do conceito de Educação Especial para chegar ao de Educação Inclusiva. A mesma autora afirma que não podemos deixar de compreender que tanto o processo de aprendizagem de um aluno surdo, quanto os métodos de ensino não se desvinculam ao contexto econômico, político e social, é esse contexto e suas implicações que determinarão como as políticas educacionais devem ser pensadas, executadas e avaliadas:

> Essa nova ordem social e histórica precisa ser considerada nas teorias e práticas educacionais, sob o risco de ausência de sintonia às novas exigências sociais dificultar sobremaneira o desenvolvimento e a tentativa de superação dos problemas existentes. Esta nova lógica mundial exige novas posturas diante dos problemas sociais. (DORZIAT, 2008, p. 22).

81 No Brasil, as creches, educação infantil e primeiro segmento do ensino fundamental são atribuições das redes municipais de ensino. À rede estadual de ensino compete a atribuição de garantir, junto com os municípios, a oferta do segundo segmento do ensino fundamental e o ensino médio.

Nesse sentido, partimos do pressuposto que as adaptações curriculares representam possibilidades educacionais de atuar frente às dificuldades no processo de ensino/aprendizagem dos alunos que constituem o público-alvo da Educação Especial (PAEE). Pressupõe que se realize a adaptação do currículo regular, quando necessário, para torná-lo apropriado às peculiaridades dos alunos PAEE. O que se intenta não é um novo currículo completamente à parte do oferecido aos outros alunos – pois dessa forma, estaríamos promovendo uma "classe especial" dentro da classe de ensino regular – mas um currículo dinâmico, flexível, passível de ampliação, para que atenda realmente a todos os educandos, de modo a promover justiça educacional e social.

3. ADAPTAÇÕES CURRICULARES

As adaptações curriculares são os ajustes e modificações que devem ser promovidos nas diferentes instâncias curriculares para responder às necessidades de cada aluno que compõe o público-alvo da educação especial, e assim favorecer às condições que lhe são necessárias para que se efetive o máximo possível de aprendizagem. Há que se ressaltar a necessidade de realização das adaptações curriculares durante todo o processo de ensino/aprendizagem – incluindo os processos avaliativos – consoante o exposto no documento oficial:

> A avaliação pedagógica como processo dinâmico considera tanto o conhecimento prévio e o nível atual de desenvolvimento do aluno quanto às possibilidades de aprendizagem futura, configurando uma ação pedagógica processual e formativa que analisa o desempenho do aluno em relação ao seu progresso individual, prevalecendo na avaliação os aspectos qualitativos que indiquem as intervenções pedagógicas do professor. No processo de avaliação, o professor deve criar estratégias considerando que alguns alunos podem demandar ampliação do tempo para a realização dos trabalhos e o uso da língua de sinais, de textos em Braille, de informática ou de tecnologia assistiva como uma prática cotidiana. (BRASIL, 2008).

Muitos alunos surdos apresentam baixo rendimento nas avaliações "formais", precipuamente em Língua Portuguesa, bem como outras disciplinas cujos conteúdos exijam leitura e interpretação dos materiais que são apresentados em uma língua "estrangeira" para o aluno, já que sua

primeira língua é a Libras. Em muitos casos, os docentes não realizam as adaptações necessárias, por total desconhecimento do processo educacional que envolve a Libras – língua visuoespacial, com especificidades diferentes das existentes na Língua Portuguesa, já que a Libras não significa português sinalizado. Antes, se constitui em uma língua com estrutura, fonética e fonologia diferenciadas.

Transmitir essas informações para os docentes [inclusive familiares] e esclarecer a comunidade escolar sobre as especificidades da surdez é tarefa fundamental para o bom resultado do processo de ensino-aprendizagem das pessoas surdas. Por isso é importantíssimo o trabalho articulado e integrado nas unidades escolares, na medida em que esclarece os professores e equipe gestora que muitos alunos não alcançam bons resultados, não devido à falta de aprendizagem, mas, antes, por impossibilidade de compreensão dos conteúdos apresentados, uma vez que, frisa-se, por aprenderem tardiamente a Libras, em inúmeros casos, não são alfabetizados em Língua Portuguesa. Logo, compreender essa informação, faz com que os professores possam concernir que o aluno possui direito às adaptações curriculares para que possa ter sucesso no seu processo de ensino-aprendizagem.

A justiça na educação não consiste somente em matricular os alunos nas unidades escolares. É necessário que possamos garantir aprendizagem significativa, a despeito de todas as dificuldades. Oferecer instrumentos e oportunidades diferenciadas, com a intenção de garantir igualdade nos conteúdos ofertados, significa promover justiça social. Caso contrário, o que se observa é inclusão com pouca apropriação de conteúdo, repetência, distorção idade série e, em alguns casos, evasão das unidades escolares. É uma realidade vermos surdos com histórico de fracasso escolar, devido à não aquisição da língua e, consequentemente, dos conteúdos. Em síntese, o educando surdo desiste de estudar porque não tem um currículo voltado para a sua especificidade no aprendizado dos conteúdos acadêmicos.

Nesse sentido, as adaptações curriculares são documentos instituídos e disponibilizados pelo MEC – Ministério da Educação – com o intuito de ofertar diretrizes para o processo de aprendizagem dos alunos público-alvo da educação especial. Tais documentos objetivam contemplar o desenvolvimento integral deles, abrangendo não só a administração financeira e estrutural dos estabelecimentos de ensino, como também a adaptação pedagógica dos conteúdos ministrados pelos professores.

O MEC oferece soluções a pequeno, médio e longo prazo, tendo como objeto de apreciação a tão almejada educação de qualidade para TODOS. Divide em Adaptações Curriculares de Grande Porte e Adaptações Curriculares de Pequeno Porte.

As adaptações curriculares propostas pelo MEC/SEF/SEESP (1998) para a educação especial visam promover o desenvolvimento e a aprendizagem dos alunos que apresentam necessidades educacionais especiais[82], tendo como referência a elaboração do projeto pedagógico e a implementação de práticas inclusivas no sistema escolar. Baseiam-se em quatro pilares: (1) Organizativas, as quais englobam agrupamento de alunos, organização didática disposição do mobiliário, de materiais didáticos e tempos flexíveis; (2) Objetivos e Conteúdos – definem prioridade de áreas e conteúdos de acordo com critérios de funcionalidade; (3) Avaliativas – consistem na seleção de técnicas e instrumentos de acordo com a identificação das necessidades educacionais especiais dos alunos; e (4) Procedimentos Didáticos e Atividades de ensino-aprendizagem – remetem à alteração e seleção de métodos, às atividades complementares, prévias e alternativas, aos recursos de apoio, à alteração dos níveis de complexidade da tarefa, à seleção e adaptação de material, tempos flexíveis no que se refere à duração e ao período das atividades propostas.

Enfim, o esperado é que nós, enquanto sociedade, possamos assegurar o cumprimento do preconizado na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, ofertando especial atenção às adaptações curriculares previstas na mencionada lei. Que todos os educandos tenham assegurado o direto constitucional à educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refletir sobre o direito à educação das pessoas surdas significa pensar, primeiramente, no acesso à linguagem, já que não é possível haver processo de ensino/aprendizagem que não seja mediado pela comunicação.

82 Utilizamos o termo "alunos que apresentam necessidades educacionais especiais" justamente para destacarmos a nomenclatura utilizada à época em que o documento foi redigido. Hodiernamente, o preconizado é utilizarmos a expressão: alunos público-alvo da educação especial.

Garantir a educação do surdo é garantir, necessariamente, formas de livre expressão do pensamento através da aquisição da linguagem, uma vez que, sem ela, o pensamento não traça as abstrações tão necessárias ao aprendizado. Pensamento e linguagem caminham juntos.

Evoquemos, nesse contexto, o artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a qual esclarece sobre os direitos sociais: "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" e, outrossim, o artigo 205, "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho." (BRASIL, 1988). A educação, portanto, é um direito de **todos**. Nesse sentido, precisamos promover a **inclusão** da pessoa com surdez na sociedade, desde o momento da sua detecção, de modo a possibilitar oportunidades igualitárias de acesso ao ensino e ao aprendizado. Que o acesso a linguagem seja um direito primeiro a ser assegurado.

Finalmente, é recomendável que o aluno surdo exerça o direito de expressar-se em Libras, e possua pleno acesso ao currículo de forma adaptada, para que haja compreensão das informações ofertadas. Admitirmos uma inclusão sem a presença do intérprete de Libras e sem as almejadas adaptações curriculares, significa insistir que alunos surdos aprendam menos ou pouco, independente das habilidades cognitiva dos mesmos. A justiça, na diversidade, consiste em verdadeiramente ofertarmos, não o mesmo conteúdo com os mesmos instrumentos, mas, o mesmo conteúdo curricular adaptado, de forma que o discente compreenda e aprenda o que está sendo transmitido. Estaremos exercendo, assim, justiça social no âmbito da escolarização de surdos, um exercício necessário para a democratização do saber.

REFERÊNCIAS

ADAPTAÇÕES CURRICULARES DE GRANDE PORTE. Projeto Escola Viva – **Garantindo o acesso e permanência de todos os alunos na escola – Alunos com necessidades educacionais**

especiais. Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial, 2000.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: maio 2021.

BRASIL. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial. **Projeto Escola Viva:** Garantindo o acesso e permanência de todos os alunos na escola. Alunos com necessidades educacionais especiais. Brasília: MEC/SEESP, 2000, v. 6.

BRASIL. Ministério da Educação. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria Ministerial nº 555, de 5 de junho de 2007, prorrogada pela Portaria nº 948, de 9 de outubro de 2007. Brasília: MEC/SEESP, 2008.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília-DF, 1988.

_____. **Projeto Escola Viva:** Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação Especial. Brasília: MEC/SEESP, 1998.

DORZIAT, A. Educação Especial e Inclusão Escolar (prática e/ou teoria). In: DECHICHI, C. et al. (Orgs.). **Inclusão escolar e educação especial:** teoria e prática na diversidade. Uberlândia: EDUFU, 2008.

FERNANDES, E. **Problemas linguísticos e cognitivos do surdo.** AGIR. Rio de Janeiro, 1990.

LODI, Ana Claudia Balieiro; MÉLO, Ana Dorziat Barbosa de; FERNANDES, Eulália (Orgs.). **Letramento, bilinguismo e educação de surdos.** Porto Alegre: Medicação, 2015. P. 289-300.

_____. **A leitura como espaço discursivo de construção de sentidos:** Oficinas com surdos. 2004. 282f. Tese (Doutorado em Linguística Aplicada e Estudos da Linguagem), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MANTOAN, M. T. E **Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Moderna, 2003.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde: Declaração de Alma-Ata, 1978**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2004.

QUADROS, R. M. **Educação de surdos:** a aquisição da linguagem. Porto Alegre: Artes Médicas. 1997.

RIO DE JANEIRO. **Deliberação CEE nº 355, de 14 de junho de 2016.** Estabelece normas para regulamentar o atendimento educacional especializado, nas formas complementar e suplementar, buscando eliminar barreiras que possam obstar o acesso, a participação e a aprendizagem dos alunos com deficiência, com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação, no Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: https://seguro.mprj.mp.br/documents/10227/17427961/deliberacao_cee_n_355_de_14_de_junho_de_2016.pdf. Acesso em: maio 2021.

SKLIAR, C. **Atualidade da educação bilíngue para surdos**. Porto Alegre: Mediação, 1999.

_____. **A surdez:** um olhar sobre as diferenças. Porto Alegre: Editora Mediação, 1998.

_____. **Desobedecer a linguagem:** educar. Tradução: Giane Lessa. – 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

_____. **Educação & Exclusão: abordagens socioantropológicas em educação especial**. Porto Alegre: Mediação, 1997a.

_____. Os estudos surdos em educação: problematizando a normalidade. In: Carlos Skliar. (Org.). **A surdez:** um olhar sobre as diferenças. 1 ed. Porto Alegre: Mediação, 1998, v. 1, p. 7-32.

ACESSO A DIREITOS NA PANDEMIA: RESTRIÇÕES CAUSADAS PELA HIPOSSUFICIÊNCIA DIGITAL

Gabriel Silva Pedreira[83]
Luciana Silva Santos[84]

INTRODUÇÃO

A declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS), de que a doença infecciosa causada por um coronavírus recém-descoberto alcançou o estado de pandemia, impactou a dinâmica das relações econômicas, sociais e políticas por todo o mundo. Essas mudanças de conjuntura alteraram sobremaneira os modos de convivência e de sobrevivência dos atores sociais.

O presente artigo tem o objetivo de contribuir para a discussão sobre um fenômeno que se apresenta como dificultador do acesso a direitos sociais, considerando a conjuntura brasileira atual de pandemia em face da Covid-19, o que aqui denominamos de "hipossuficiência digital", ou seja, a incapacidade de acesso de parcela da população a direitos e benefícios

83 Estudante do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia, atuou no Serviço de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFBA (SAJU) em 2018 e estagiou no escritório de advocacia Cavalcante, Moraes & Sabino Advogados Associados com ênfase em Direito Tributário de 2019 a 2020.

84 Mestre em Comunicação e Culturas Contemporâneas (UFBA), professora e pesquisadora da UFBA de 2001 a 2004 e do Centro Federal de Educação Tecnológica da Bahia no período de 2005 a 2007. Diretora adjunta no Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza do Estado da Bahia - FUNCEP, da Casa Civil, de 2007 a 2010.

por conta do analfabetismo digital e da indisponibilidade de ferramentas tecnológicas e internet. Nesse sentido, descreve-se uma abordagem desse fenômeno no Brasil, sob a perspectiva da garantia de direitos fundamentais, enfatizando as formas de atuação dos mecanismos constitucionais de acesso à justiça e garantia de direitos no contexto da pandemia, com suspensão de atendimento presencial nos órgãos públicos e disponibilização de serviços digitais. Procurou-se apresentar abordagens sobre os conceitos de exclusões social e digital como fatores ínsitos à situação de pobreza.

O estudo foi fundamentado epistemologicamente no imbricamento dos conceitos de hipossuficiência, já juridicamente estabelecido, e o conceito de capacidade digital, esta última, entendida nesse estudo enquanto existência de condições materiais e de competências necessárias para o acesso a recursos tecnológicos, que permitam ao cidadão o acesso a serviços disponibilizados digitalmente.

Para investigar a hipótese de incidência de hipossuficiência digital na limitação do acesso aos direitos no contexto de pandemia, o estudo baseou-se em pesquisa exploratória documental sobre condições de acesso a recursos tecnológicos e serviços digitais pela população em geral, bem como informações dos serviços disponibilizados digitalmente aos cidadãos no contexto de emergência sanitária e suspensão de atendimento presencial em alguns setores.

Em suma, por meio da digressão sobre o imbricamento dos conceitos de acesso à justiça, pobreza e exclusão sociodigital, objetiva-se ampliar a discussão sobre o conceito de hipossuficiência, que alcance a multidimensionalidade da pobreza na sociedade contemporânea, em que o acesso a serviços converge para interação por meio digital.

1. DA GARANTIA FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é uma garantia fundamental de que qualquer indivíduo que se sinta lesado ou ameaçado em seus direitos, ou como parte de uma comunidade, possa obter do Estado e através deste os meios adequados para a potencial prestação jurisdicional pleiteada. Portanto, o acesso à justiça se apresenta, além de elemento essencial e necessário à pessoa, como ação efetiva do Estado na manutenção do sistema jurídico. Dito isso, faz-se necessário o entendimento acerca da evolução do conceito de

acesso à justiça para que seja compreendido como, mais do que um objetivo, o objeto da assistência jurídica.

Nos séculos XVIII e XIX, quando vigoravam os Estados Liberais nos grandes centros europeus, o enredo jurídico presente na maioria das Constituições tinha como substância maior autonomia entre os indivíduos, manifestando os desejos e valores entre as partes. Dito isso, as nações tinham como objetivo garantir a igualdade formal entre os cidadãos, ou seja, salvaguardar apenas a possibilidade do ingresso na justiça para todos, sem considerar, no entanto, as diferentes conjunturas próprias de camadas sociais menos abastadas. Ora, o que acontecia quando um indivíduo que não dispunha de recurso financeiro necessário, nem mesmo para o autossustento, tinha o direito lesado por outro de classe social mais elevada? Ainda que o Estado garantisse a existência do Direito Natural ao pleito à jurisdição competente, não havia suporte do poder estatal para o acesso à justiça pelo prejudicado, tornando muito custoso e deficiente o processo de resolução de litígios.

No entanto, com o advento dos Estados Sociais, Constituições que visavam mais do que resguardar direitos ao indivíduo, conferir-lhes uma participação efetiva dos Estados na positivação desses direitos, começaram a ganhar forma. Tratados e Convenções foram estabelecidos também com esse fim e o acesso à justiça se tornava dependente do Estado como partícipe ativo nas resoluções dos litígios. Dessa forma, despontou após a metade do século XX um movimento de desenvolvimento e consolidação das funções essenciais à justiça nos Estados Democráticos de Direito.

Essas funções permitiram que o acesso à justiça fosse cada vez mais efetivo, fazendo com que, atualmente, este possa ser obtido através de meios pouco ou nada custosos para os litigantes. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no livro "Acesso à Justiça", reforçam essa ideia: "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, o direito de todos". (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 5).

No Brasil, a Carta Magna de 1988 reuniu como funções essenciais à justiça a Advocacia, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e o Ministério Público, como regem os seguintes artigos:

> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da

> ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...]
>
> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. [...]
>
> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.
>
> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

O acesso efetivo à justiça, portanto, toma forma na ação positiva do ente estatal, acautelando, assegurando e promovendo os meios substanciais à resolução do conflito, visto que é de interesse comunitário no Estado de Justiça (MOREIRA NETO, 1992) que os direitos sejam preservados e satisfeitos através das funções essenciais estatais.

No entanto, faz-se mister destacar a constante evolução das possibilidades jurídicas implicadas pela caracterização do acesso à justiça como garantia constitucional. O direito em questão foi positivado como fundamental através do Pacto de San José da Costa Rica, que teve o Brasil como um dos signatários, em 1969. Através dessa Convenção, foram estabelecidos os fundamentos que sustentaram o acesso à justiça na Constituição Federal brasileira de 1988, como pode-se perceber através do Artigo 8º do Pacto e do inciso XXXV, artigo 5º, da CF/88:

> Artigo 8º - Garantias judiciais
>
> 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal compe-

> tente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...]
>
> 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:[...]
>
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1990).

Diante da evolução e consolidação do acesso à justiça no Brasil como garantia constitucional, pode o cidadão brasileiro, ainda que na condição de insuficiência de recursos, obter e utilizar o aparato jurídico estatal para a própria defesa. Ademais, há ainda à disposição do indivíduo a Lei nº 1.060 de 1950, que estabelece normas para concessão, pelos poderes públicos federal e estaduais, da assistência jurídica gratuita para quem dela necessite.

A Lei Complementar nº 132 de 2009 (BRASIL, 2009) revogou o inciso I do artigo 4º da norma que organiza a Defensoria Pública no Brasil, a Lei Complementar nº 80 de 1994 (BRASIL, 1994), e marcou nova redação estabelecendo que "prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus" faz parte das funções institucionais da Defensoria. Diante disso, pode ser exprimida a ideia comum de que o Estado deve nortear, encaminhar e salvaguardar aqueles que necessitem.

No entanto, por se tratar de agente principal, deve-se questionar: quem seriam esses necessitados? Ou, até, irmos além: o conceito de "necessitado" muda conforme as circunstâncias macroeconômicas ou se mantém apesar delas?

2. DAS HIPOSSUFICIÊNCIAS FINANCEIRA E TÉCNICA À HIPOSSUFICIÊNCIA DIGITAL

As concepções acerca da hipossuficiência abrangem diversas demandas do mundo jurídico e de diferentes formas. O conceito de hipossuficiência nas relações de trabalho, por exemplo, segundo Miguel Nin Ferreira (FERREIRA, 2012, p. 110), abarca a abstração de que a relação

jurídica estabelecida entre empregado e empregador não remete à dimensão da autonomia do subordinado, seja ela qual for, e sim às necessidades que permeiam o vínculo (a priorização alimentar do empregado frente ao sistema produtivo regido pelo empregador).

No Código Civil de 2002 (BRASIL,2002), podemos destacar dois artigos em defesa do hipossuficiente frente a outrem em um negócio jurídico: o artigo 157, que delimita, entre outros, a lesão por inexperiência e o artigo 156, que protege o necessitado de assunção de dívida excessivamente onerosa.

Já em questões relacionadas ao direito do consumidor, o conceito de hipossuficiência atua, tanto como cerne de modificação e relativização do ônus processual, quanto como proteção na relação contratual, geralmente ao consumidor. Todavia, a hipossuficiência conceituada anteriormente se trata de uma carência frente a outrem e não de uma necessidade própria do indivíduo. Ou seja, na concepção previamente tratada há sempre a figura oposta à do hipossuficiente, que o coloca em situação de vulnerabilidade. Dito isso, é de extrema validade definir o hipossuficiente digital, âmago deste presente artigo e de suas posteriores discussões, como necessitado em virtude do ambiente em que o mesmo se encontra, dadas as condições sociais, culturais e tecnológicas que o cercam. José Augusto Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor de Direito Público, trouxe à baila as concepções de hipossuficiente técnico, financeiro e social, destacando a importância e as dificuldades de apartar a relação de subordinação como elemento fundamental à hipossuficiência:

> Há uma busca de se conceituar o que seja hipossuficiente sem se afastar da colocação de que ele está sempre numa situação de subordinação, quer seja subordinação cultural, quer seja subordinação técnica, financeira, educacional. (DELGADO, 2014, p. 40).

Neste contexto, o conceito de "hipossuficiência digital" toma forma, não como elemento imprescindível à parte no negócio jurídico ou litígio, mas sim como característica inerente ao indivíduo necessitado de tecnologia, de tal forma que não logra êxito em acessar os serviços jurídicos mediados por interface digital, por conta da própria carência financeira ou intelectual. Através da análise de estudos recentes e informações do Instituto Brasileiro

de Geografia e Estatística, bem como da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, foi possível identificar que, no ano de 2019, três quartos dos brasileiros já possuíam acesso à internet, majoritariamente por meio de dispositivo móvel (COMITÊ GESTOR DE INTERNET NO BRASIL, 2019).

Contudo, a própria pesquisa indica que quase metade das famílias que possuem renda de até um salário-mínimo não dispõem de conexão domiciliar, fator predominante na região nordeste do Brasil. Ademais, Alexandre Barbosa, gerente do sítio eletrônico do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), o qual tem a missão de monitorar a adoção das tecnologias de informação e comunicação (TIC) no Brasil, apontou para a atenção que as classes sociais D e E devem receber do poder público, em virtude do déficit de acesso tecnológico dos cidadãos pertencentes a esses estratos, associado ao isolamento social proposto como medida para a prevenção da propagação da doença Covid-19. Ao divulgar a pesquisa, Alexandre relata:

> [...] a falta de acesso à Internet e o uso exclusivamente por celular, especialmente nas classes D e E, evidenciam as desigualdades digitais presentes no país, e apresentam desafios relevantes para a efetividade das políticas públicas de enfrentamento da pandemia. [...] A pandemia revela de forma clara as desigualdades no Brasil.

A pesquisa também demonstra que os usuários de dispositivos móveis (estes majoritários nas classes menos abastadas) utilizam em menor dimensão os serviços públicos digitais e com o acesso à justiça não é diferente. A hipossuficiência digital, portanto, já se encontra correlacionada à escassez de recursos financeiros, como evidenciado anteriormente. No entanto, para além de vincular esses elementos, reclama como necessário o entendimento da pobreza como fator multidimensional para o devido aperfeiçoamento do conceito de hipossuficiência digital.

2.1 A MULTIDIMENSIONALIDADE DA POBREZA E SEU IMPACTO NA EXCLUSÃO SOCIODIGITAL

Ao longo dos anos, os estudos sobre a pobreza, suas causas e impactos no desenvolvimento avançaram no sentido de ampliar o seu conceito, para

além da penúria econômica e da vulnerabilidade social, trazendo à tona uma discussão sobre a multidimensionalidade da pobreza, ou seja, que existem diferentes gradações dessa, o que demanda abordagens multissetoriais para a sua superação. Assim, um indivíduo em situação de pobreza teria não só a privação ou precarização de fontes de renda, o que compromete sua subsistência, mas também seria acometido de restrição de capacidades em função de sua condição. Segundo Marió e Woolcock (2005, p. 11), "a pobreza tem que ser considerada uma condição caracterizada por penúria, vulnerabilidade, exclusão e falta de poder necessário para alcançar padrões de vida adequados e garantir outros direitos."

A situação de pobreza, em seus diferentes níveis, impacta os indivíduos em suas capacidades e compromete, em maior ou menor grau, aqueles que possuem trabalho e renda precarizados, em virtude de baixa ou nenhuma escolarização, e condições de acesso a serviços básicos (energia, água, saneamento, habitação, telefonia etc.) deficitários.

O atual cenário de pandemia agravou a desigualdade entre indivíduos do grupo dos pobres e extremamente pobres, que se valiam de trabalhos precários para obtenção de renda, a exemplo de catadores de materiais de reciclagem e trabalhadores da rua (guardadores e lavadores de carro, vendedores ambulantes etc.). Natalino e Pinheiro (2020) discorrem que, em que pese a resposta do poder público aos impactos econômicos da pandemia para esse segmento, denominado de "trabalhadores de baixa renda", com a criação do auxílio emergencial, existem:

> [...] vulnerabilidades particularmente pungentes – desnutrição, desabrigo, ausência de registro civil, exclusão digital, nascimento e morte – a algumas limitações práticas do auxílio emergencial. Estas limitações incluem questões de: i) **acesso a documentos e tecnologias da informação (TIs)**; ii) celeridade no atendimento a necessidades básicas; e iii) insuficiência do auxílio para cobrir alguns riscos sociais particulares (NATALINO; PINHEIRO, 2020, p. 9 - grifo nosso).

O auxílio emergencial é um benefício financeiro concedido pelo Governo Federal, destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, e tem por objetivo

fornecer proteção circunstancial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus, e retrata a necessidade de ferramentas tecnológicas digitais para acesso a direitos. Segundo orientações da Caixa Econômica Federal, agente financeiro responsável pela gestão e pagamento do auxílio emergencial, seriam formas de acessar:

> Desde que atenda às regras do Auxílio, quem já está cadastrado no Cadastro Único (CadÚnico), ou recebe o benefício Bolsa Família, receberá o benefício automaticamente, sem precisar se cadastrar.
>
> As pessoas que não estão cadastradas no Cadastro Único, mas que têm direito ao Auxílio, poderão se cadastrar no **aplicativo** ou **site** do Auxílio Emergencial.
>
> O cadastro será analisado e o resultado da solicitação **poderá ser acompanhado pelo próprio site ou aplicativo Auxílio Emergencial.**
>
> Assim que o pagamento for efetuado, o usuário pode acessar a sua Conta Poupança Social pelo **aplicativo** Caixa TEM. (CAIXA, 2020 – grifo nosso).

Para ter acesso ao benefício, o postulante que não estivesse inserido no cadastro único de programas sociais do governo federal – CADUNICO deveria possuir capacidade para dialogar com as ferramentas digitais, bem como recursos para possuí-las ou alternativas para acessá-las, pois seria necessário gerenciar o pedido, e os recursos financeiros advindos deste, através de aplicativo próprio, de maneira remota. Da mesma forma, as unidades de proteção social, como os Centros de Referência da Assistência Social – CRAS, responsáveis por orientar e encaminhar as demandas da população em situação de vulnerabilidade, se encontravam com funcionamento reduzido e acesso restrito, em função da pandemia, o que deixou essa parcela da população sem suporte para resolução de possíveis entraves no momento da solicitação.

As formas de acesso ao auxílio emergencial são um claro exemplo da importância em oferecer ao cidadão em situação de vulnerabilidade mecanismos de acesso a benefícios, bem como postulação de direitos adequados às suas capacidades condizentes com a conjuntura atual de socie-

dade da informação, conformando o olhar do poder público para um tipo específico de hipossuficiência, a digital.

Segundo Silveira (2001, p. 18), a exclusão digital ocorre ao privarem-se as pessoas do acesso às ferramentas tecnológicas (computador, telefone celular etc.) e provedor de acesso. Para ele, essa negativa acarreta um tipo específico de analfabetismo, o digital, que acirra a situação de pobreza e reduz a mobilidade social do indivíduo. Silveira (2001, p. 22) destaca, ainda que "é necessário assegurar o acesso às camadas socialmente excluídas como estratégia fundamental de inclusão social."

A exclusão digital, portanto, se apresenta como um fator agravante das desigualdades entre os mais pobres, estabelecendo uma dimensão adicional aos indicadores que agravam a condição de pobreza, através da negação do acesso à informação, a serviços e a benefícios, agudizando as privações que poderiam ser amenizadas, ou, quiçá, sanadas, por políticas públicas com acesso disponibilizado, prioritariamente ou exclusivamente através de plataformas digitais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, através da análise proposta e dos conhecimentos expostos, resta nítido que além das hipóteses das hipossuficiências técnica e financeira, já sedimentadas e resguardadas por órgãos da justiça no Brasil e no mundo, deve o poder público, em face da iminência da virtualização dos serviços, em virtude do afastamento social provocado pela epidemia do novo coronavírus, acolher a hipossuficiência digital como carência a ser resolvida. Contudo, devem as funções essenciais à justiça estarem atentas para, além de apenas oferecer os serviços digitais – assegurando somente uma igualdade formal não condizente com a Carta Magna de um Estado Social – estimularem e concretizarem o efetivo acesso para aqueles indivíduos que não possuem educação digital.

Em vista disso, foi desenvolvida e publicada – pela Global Access to Justice (2020) – uma pesquisa que reuniu dados quantitativos e qualitativos acerca do acesso à justiça por meio de pesquisadores em 51 países entre os dias 7 e 27 de abril de 2020, ou seja, ainda no contexto de pandemia mundial, com o objetivo de analisar e destrinchar os impactos incipientes nos sistemas jurídicos e de assistência.

Ao minuciar os dados expostos no estudo, fica evidente que as principais medidas adotadas pelos sistemas judiciais, visando amenizar os impactos causados pela Covid-19, foram as suspensões temporárias de diversas atividades, que permitiam o adequado fluxo processual (suspensões temporárias de audiências, atendimento presencial nas repartições públicas, tramitação dos processos judiciais, proteções probatórias e necessidade de cumprimento das regras/ordens de gestão procedimental pelas partes), aliadas à reorganização interna, adotando-se trabalho remoto.

Por conseguinte, subsiste demonstrado que as medidas primeiramente adotadas não visavam o amparo dos hipossuficientes, mas uma necessária reorganização do sistema judiciário, pois os serviços remotos e digitais ainda eram pouco disponibilizados. Já em relação às medidas adotadas pelos sistemas de assistência judiciária em face da pandemia, há a relevância das disposições que tentam facilitar a comunicação entre os prestadores de assistência jurídica e os assistidos, seja através de bate-papo na web (*web chats*), fóruns *on-line*, centrais telefônicas (*call-centers*), celular ou endereço eletrônico.

Todavia, as providências atuam muito mais como meras determinações do que ações que cumpram o pleno e efetivo acesso à justiça. Precisa a população, sobretudo os indivíduos já necessitados financeiramente, de meios digitais intuitivos, maiormente compatíveis com dispositivos móveis – dado que, para muitos, é a única forma de conexão virtual – para facilitar o acompanhamento e devido conhecimento acerca dos litígios. Outrossim, ofertar oficinas de educação digital voltadas, prioritariamente, para as classes D e E, visando reduzir o déficit de conhecimento digital, torna-se necessário para que, ao ofertar o acesso para todos de forma virtual, não haja o risco de agudizar ainda mais as desigualdades, por certas esferas sociais conseguirem o acesso irrestrito e eficiente enquanto outras não.

Na direção do reconhecimento da hipossuficiência digital, observou-se que, em 2021, instituições públicas de ensino superior, a exemplo do Instituto de Educação Tecnológica da Bahia (IFBA) e das universidades estaduais da Bahia, estruturaram ações voltadas ao que denominaram "auxílio de inclusão digital", com concessão de bolsas para os alunos comprovadamente pobres adquirirem equipamentos e contratarem serviços de acesso à internet, possibilitando a participação nas aulas remotas das disciplinas ofertadas nos semestres extraordinários.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009**. Brasília-DF, 2009.

_____. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Brasília-DF, 1994.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília-DF, 2002.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília-DF, 1990.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Como receber o auxílio emergencial**. Disponível em: http://www.caixa.gov.br/auxilio/Paginas/default2.aspx#:~:text=O%20Aux%C3%ADlio%20Emergencial%20%C3%A9%20um,pandemia%20do%20Coronav%C3%ADrus%20%2D%20COVID%2019. Acesso em: 8 jul. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros**: TIC Domicílios 2019. Disponível em: https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/. Acesso em: 17 jul. 2020.

FERREIRA, Miguel Nin. Hipossuficiência e subordinação jurídica nas relações de trabalho contemporâneas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. p. 110. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br /bitstream/handle/20.500.12178/103768/2012_ferreira_miguel_hipossuficiencia_subordinacao. pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 10 jul. 2020.

FONSECA, Victor Cabral. O 'novo normal' do Direito na pós-Covid-19. **Consultor Jurídico**, *on-line*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-19 /fonseca-normal-direito-pos-covid-19. Acesso em: 9 jul. 2020.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Impactos da Covid-19 nos sistemas de justiça**. Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/ maioria-paises- nao-facilita-acesso.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. **Consultor Jurídico**, *on-line*, 23 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital. Acesso em: 9 jul. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Forense, 1990.

GUIMARÃES, João Paulo Lordelo. **Acesso à justiça e hipossuficiência organizacional**: acesso à jusfundamentos e amplitude da legitimação da defensoria pública na tutela dos direitos metaindividuais. Orientador: Wilson Alves de Souza. 2013. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11396. Acesso em: 9 jul. 2020.

MARIÓ, Estanislao Gacitúa. WOOLCOCK, Michael (Orgs.). **Exclusão social e mobilidade no Brasil**. IPEA/ Banco Mundial: Brasília, 2005.

MORAES, Ana Carvalho Ferreira Bueno de. **A defensoria pública como instrumento de acesso à justiça**. Orientador: Patrícia Miranda Pizzol. 2009. 433 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8670/1/Ana%20 Carvalho%20Ferreira%20Bueno%20de %20Moraes.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 116, p. 79-102, out-dez. 1992.

NATALINO, Marco. PINHEIRO, Marina Brito. **Proteção Social aos mais vulneráveis em contexto de pandemia: algumas limitações práticas do auxílio emergencial e a adequação dos benefícios eventuais como instrumento complementar da política socioassistencial**. IPEA: Brasília, 2020. (Nota Técnica DISOP, n. 67).

RODRIGUES, Gilberto José. **Dos mecanismos de acesso à justiça no Brasil:** forma de inserção ou exclusão social do cidadão. 2015. Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Eurípides de Marília, São Paulo, 2015.

SANCHES, Vanessa Karan de Chueiri; CALDAS, Camila Gabriela Greber. Acesso à Justiça do Trabalho em tempos de pandemia. **Consultor Jurídico** *on-line*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-20/sanches-caldas-acesso-justica-trabalho-pandemia. Acesso em: 9 jul. 2020.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Exclusão Digital**: a miséria na era da informação. 1ª. ed. Fundação Perseu Abramo: São Paulo, 2001. 47p.

PERSPECTIVA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM DENÚNCIA À ADOÇÃO DIRIGIDA ALIANÇADA AO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO

Diogo Coimbra Queiroz[85]
Marina Silveira[86]

INTRODUÇÃO

A temática deste artigo perpassa a perspectiva do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a situação de adoção dirigida transformada em trabalho doméstico infantil e a interligação desse cenário exploratório com a regulamentação da legislação brasileira sobre trabalho análogo à escravidão.

No Brasil, a adoção dirigida ainda é bastante comum e, diante disso, surgem impasses em relação à estrutura de família formalizada pela tradição. De pronto, entende-se por adoção dirigida a situação de crianças que são adotadas por meio de tradição, ou seja, sem nenhum documento que oficialize a adoção, de certo modo, muitas vezes utilizado como um meio

85 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Faculdade "Jacy de Assis", Uberlândia/MG.

86 Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais FCHS, Franca/SP; bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca-FDF-Franca/SP.

de formalização tardia da adoção convencional. No entanto, esse fato abre brechas para que o processo de adoção seja fraudado, não ocorrendo a fiscalização, nem mesmo direcionamento pelos assistentes sociais, fortalecendo um ambiente propício à exploração.

O instituto do afeto é o ponto central da problemática, pois, sem ele, o enquadramento seria completo sobre o trabalho doméstico infantil relacionado ao trabalho degradante, e logo, ao trabalho análogo ao de escravo. No entanto, as nuances se diluem, pois o que se entende como filhos explorados são justamente aqueles que foram adotados com a intenção de figurar o elo familiar. Esta situação pode caracterizar-se como uma relação análoga à de escravidão.

É de suma importância que se entende que foi intencional relacionar a adoção dirigida, com uma situação análoga ao de escravizado, em um misto de trabalho doméstico entrelaçado em uma estrutura familiar. Também se pretende entender que os institutos voltados ao Direito da Criança e do Adolescente e o Direito do Trabalho, nesse caso, são intrínsecos, formando um novo objeto de estudo, que se encontra, por ora, em completo limbo jurídico.

1. A DEFESA E PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Desde a implementação da Constituição Federal de 1988, e do ECA, em 1990, a criança e o adolescente são considerados sujeitos de direitos, possuindo uma proteção especial. Contudo, esse grupo detentor de plena proteção nem sempre foi visto sob a ótica desses direitos. Historicamente, foram alvos de grandes discriminações pela sociedade, que não se preocupava em respeitá-los e muito menos em entender seus interesses e demandas, ignorando o fato de serem pessoas, mesmo que ainda em desenvolvimento. Nesse sentido, será realizada uma breve análise histórica sobre a defesa e proteção dos direitos das crianças e adolescentes no plano nacional.

1.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

No Brasil, até o século XIV, não havia nenhuma norma tutelando os direitos da criança ou adolescente, esse período foi denominado de fase

da absoluta indiferença. Posteriormente, do século XIV ao XIX, também não existia nenhum sistema protetivo diferenciado às crianças e adolescentes, contudo havia normas que cuidavam da punição de condutas criminais praticadas por tais sujeitos, fase essa da mera imputação criminal.

Já no século XX ocorreu a fase tutelar, em que foram criados códigos específicos às crianças e adolescentes, o Código de Menores de 1979, com a doutrina da situação irregular, sendo seu intuito repressivo e higienista e não de garantia de direitos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, se dá a fase da proteção integral, em que a crianças e adolescente ganham o *status* de sujeitos de direitos, carentes de proteção especial, deixando de ser vistas apenas como mera extensão da família. Tais direitos devem ser assegurados de forma conjunta pelo Estado, sociedade e família, com absoluta prioridade de protegê-los enquanto pessoa em desenvolvimento, conforme a leitura do artigo 227 da CF:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É válido ressaltar a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989, promulgada internamente no Brasil pelo Decreto nº 99.710/90, implementou e consolidou a doutrina da proteção integral e o critério do melhor interesse da criança (FONSECA, 2011, p. 2-3). De acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança:

> A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços a serem estabelecidos em lei ou por outros meios de modo que possa desenvolver-se física, mental, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar lei com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança (PEREIRA; MELO, 2000, p. 261).

Já no plano infraconstitucional é de suma importância a criação da Lei nº 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, para a implementação e consolidação da doutrina da proteção integral no plano nacional.

1.2. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi um marco histórico no panorama brasileiro, consolidando na legislação infraconstitucional o conjunto de regras internacionais de proteção à criança e ao adolescente, principalmente a Convenção sobre os Direitos das Crianças, reconhecendo a proteção de um novo sujeito de direitos, que merece um tratamento especial devido à condição de pessoa em desenvolvimento.

A doutrina da proteção especial se consubstancia no reconhecimento da integralidade da aplicação à criança e ao adolescente de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, ainda que sejam direitos especiais em virtude da condição de pessoa em desenvolvimento (VERONESE, 2003, p. 439). Ademais, tais direitos especiais também estão previstos no artigo 5º do ECA que leciona que "nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais".

> Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles (CURY, 2005, p. 33).

Também deve ser ressaltado o princípio do melhor interesse da criança, materializado no reconhecimento da condição de pessoa em desenvol-

vimento associada à infância e juventude, que deve ser verificada na análise do caso concreto, possibilitando a inserção de crianças e adolescente no mundo dos direitos e deveres, ou seja, no mundo da cidadania (SÊDA, 1993, p. 25).

> O princípio do melhor interesse da criança representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, a pessoa merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa (GAMA, 2003, p. 456).

A partir do princípio do melhor interesse da criança é que são garantidos à criança e ao adolescente os direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida, à educação, à saúde, à liberdade, à dignidade, à convivência familiar e comunitária dentre outros. Para assegurar a efetividade de tais direitos, é que se dá a importância do princípio da prioridade absoluta, estabelecendo que é dever da família, da sociedade e do Estado a responsabilidade por assegurar os direitos fundamentais às crianças e adolescentes (CUSTÓDIO, 2008).

Ainda que haja o reconhecimento da criança e adolescente como sujeito especial de direitos, possibilitando uma perspectiva de garantia de direitos a todos aqueles que não atingiram os dezoito anos (art. 227, CF), infelizmente uma parcela de crianças e adolescentes não são alcançados pela doutrina da proteção integral, o que lhes resulta em "prejuízos na qualidade de vida, nas relações interpessoais e nas manifestações clínicas, como a depressão" (ZAVASCHI, 2009, p. 26).

É fato notório, entretanto, que a lei não tem o poder de garantir que as famílias, na sua integralidade, protejam adequadamente os seus filhos, nesse sentido vários são os casos de violência (física, sexual, psicológica), negligência, inclusive por meio da exploração do trabalho doméstico infantil, classificado pelo Decreto nº 6.481/2008 que regulamentou a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como uma das piores formas de trabalho infantil, conforme será explorado no presente artigo.

2. TRABALHOS ANÁLOGOS À ESCRAVIDÃO – AS CORRENTES DA SUBJETIVIDADE

Com a Lei Áurea, sancionada em 1888, crer-se que a escravização finalmente chega ao seu fim, mas a exploração continuou e ocorre até hoje. Por isso, tem-se o termo *análogo*, pois expressa uma relação de semelhança entre coisas ou ações distintas.

Os trabalhos considerados análogos à escravização, em sua maior parte, acontecem em espaços rurais, distantes de centros urbanos e rotas de transporte para fuga, isso decorre, pois geralmente os trabalhadores encontrados nessas condições são coagidos a continuarem laborando, sob a alegação da existência de dívidas com seus empregadores. Entretanto, nessa pesquisa, será considerado como objeto um espaço bastante comum, podendo estar presente em todos os cantos, inclusive nos grandes centros – o lar. É importante entender que:

> [...] o trabalho análogo ao de escravo não se restringe à privação da liberdade, mas à violação da sua dignidade porque todo ser humano nasce igual em direito à mesma dignidade. E, portanto, nascemos todos com os mesmos direitos fundamentais que, quando violados, nos arrancam dessa condição humana. Quando um trabalhador mantém sua liberdade, mas é excluído de condições mínimas de dignidade, temos também caracterizado o trabalho escravo. (NOVAIS; KITAGAWA; BERTOLDI, 2016, p. 331).

Segundo Prado (2004, p. 311):

> A escravidão contemporânea, assim como a escravidão colonial, é marcada pela dor, pela pobreza e pela indignidade. Alguns a denomina de escravidão branca; outros, de nova escravidão; outros, ainda, utilizam aspas na palavra escravidão. A Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) refere-se ao trabalho obrigatório ou forçado, e em seguida define como ''[...] todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade''. Tal Convenção também emprega expressões como escravidão por dívidas e servidão. A última expressão é a utilizada

> pelo Código Penal, em seu artigo 149. Contudo, faz-se necessário perceber que o tipo penal é abrangente, incluindo não só situações de falta de liberdade estritamente, mas, também, o trabalho em jornada exaustiva e em condições degradantes.

Conforme o art. 1º da Portaria nº 1.293, de 28 de dezembro de 2017, considera-se em condição análoga ao de escravizado, o trabalhador submetido, de forma isolada ou conjuntamente, a trabalho forçado; jornada exaustiva; condição degradante de trabalho; restrição, por qualquer meio, de locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto, no momento da contratação ou no curso do contrato de trabalho; e retenção no local de trabalho em razão de cerceamento do uso de qualquer meio de transporte, manutenção de vigilância ostensiva ou retenção de documentos ou objetos pessoais. (BRASIL, 2017).

3. O TRABALHO DOMÉSTICO E OS REFLEXOS DAS CASAS GRANDES

A Convenção nº 189 da OIT conceitua o trabalho doméstico como aquele realizado em ou para domicílio, assegurando a igualdade de tratamento entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores em geral, essa igualdade se dará em relação ao horário de trabalho, compensação de horas, horas extras, descanso, férias, levando em conta as características do trabalho doméstico, assegurando os direitos fundamentais do trabalho, e engloba a previsão da idade mínima de dezoito anos para o trabalho (OIT, 2011).

Com efeito, Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 410) traz o conceito de empregado doméstico como "[...] pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas". A Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, é o que tipifica a situação dos empregados domésticos no Brasil.

Durante o período escravocrata brasileiro, as tarefas domésticas e os cuidados com os filhos dos senhores eram realizados pelas escravizadas, supervisionadas pelas "sinhás", as donas da casa. Mesmo com o fim da escravização decretado, legal e tardiamente, em 13 de maio de 1888, a

relação entre a dona da casa e a "empregada" ficou disfarçada, mas em sua essência pouco mudou (BRASIL, 1888).

A ativista Alexandra Loras (2017) trouxe uma excelente reflexão ao apontar que o trabalho doméstico perpetua a escravização, reverberando que muitas mulheres são herdeiras de empregadas domésticas e têm dificuldades em obter uma formação com melhores condições de trabalho.

Em 2016, uma imagem de uma babá negra, vestida com uniforme branco, empurrando o carrinho dos filhos de um casal branco vestido de verde e amarelo, que caminha à sua frente com um cachorrinho chocou o Brasil, pois deixa claro que o país arrasta a perpetuação de um passado escravagista.

Os trabalhadores que ocupam funções domésticas, em razão dos reflexos do passado, nunca conquistaram o *status* de "trabalhadores de fato" e logo, não tem os mesmos direitos de um trabalhador que exerce suas atividades em outros locais, sendo considerados, equivocadamente, como "subempregados". Em tais situações seus deveres enquanto trabalhadores se tornam exacerbados e os direitos são de certa forma "invisibilizados", vez que a dependência em relação ao salário, pode fazer com que a onda de não direitos dure muito mais tempo do que um trabalho em condição análoga à escravizado habitual. Tal grave é a situação, que é possível ouvir relatos onde os empregadores chegam a considerar a empregada ou empregado doméstico como peças do mobiliário de suas casas. Foi com a Emenda Constitucional 72, mais conhecida como a "PEC das Domésticas", promulgada em 2 de abril de 2012, que de fato, a realidade no Brasil começou a mudar (BRASIL, 2013).

Com tal procedimento, os trabalhadores domésticos adquiriram uma jornada de trabalho de 8 horas por dia, totalizando 44 horas semanais, passando a ter direito a horas extras, garantindo aos empregados domésticos formais, ou seja, aqueles que possuem a carteira de trabalho assinada, todos os direitos assegurados por lei.

Perceba que nenhum desses direitos é novidade no aspecto de conquista trabalhista, o que reforça a ideia de que os trabalhadores domésticos no Brasil são tratados de forma diferenciada, diferença esta que diminui o trabalhador, reduz sua carga de direitos e o coloca em um patamar de "sub trabalho".

4. A REALIDADE DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO INFANTIL

Como já enfatizado, no Brasil, procura-se proteger as figuras que se encontram em maior fragilidade, cabendo ao Estado conferir medidas especiais para que seus direitos sejam respeitados. Dentre os especiais, estão os direitos conferidos às crianças, adolescentes e jovens.

O art. 7º, XXXIII, da nossa Carta Magna, proíbe o trabalho insalubre, perigoso e noturno para pessoas com idade inferior a 18 anos. Corroborando esse pensamento, a Convenção número 182 da OIT, que trata das piores formas de trabalho infantil, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo número 178, traz na "Lista TIP" – Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil – o serviço doméstico.

As piores formas de trabalho infantil são uma classificação adotada por vários países para definir as atividades que mais oferecem riscos à saúde, ao desenvolvimento e à moral das crianças e dos adolescentes.

O projeto Criança Livre de Trabalho Infantil, idealizado a partir dos debates promovidos junto ao Ministério Público do Trabalho (MPT), no Fórum Paulista de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, elucida que o trabalho doméstico especificado pela lista TIP se apresenta nas formas de trabalho doméstico infantil, seja para terceiros ou dentro da própria casa. Sabe-se que:

> [...] o Brasil foi o primeiro país do mundo a reconhecer o trabalho doméstico como uma das piores formas de trabalho infantil. Ele afeta em geral meninas negras e de origem humilde, que não somente prestam serviços em casa de terceiros, sujeitas a todo tipo de violência, mas também dentro da sua própria casa, o que pode caracterizar uma jornada dupla de trabalho (PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL, 2021).

ConNo entanto, os passos iniciais frente ao cenário internacional não fazem do país um exemplo, ao contrário, segundo os dados da PNAD/IBGE:

> Em 2014, são 3,2 milhões de crianças e adolescentes trabalhando no Brasil. Em 2013 esse número era de 3,5 milhões, o que mostra

> uma redução de 10,6%. O país ainda possui meio milhão de crianças e adolescentes trabalhando na faixa etária de 5 a 13 anos; 61 mil de 5 a 9 anos (faixa etária com maior queda percentual, ou seja, menos 26,3%) e 446 mil de 10 a 13 anos. O maior índice de trabalho está na faixa de 14 a 17 anos, sendo 2,6 milhões de adolescentes trabalhando. No entanto, foi nesta faixa etária que houve a maior queda em números absolutos, com 324 mil a menos em situação de trabalho (BRASIL, 2014, p. 27).

Em 2021, ano ainda pandêmico, a verba para o combate ao trabalho escravo no Brasil teve uma redução expressiva, tratando do menor valor dos últimos 10 anos, foram destinados apenas R$ 1,3 milhão – uma diminuição na ordem de 41%. Em 2018, foram gastos R$ 2,6 milhões e em 2019, R$ 2,3 milhões. Em 2020, o valor foi a metade do despendido dois anos antes.

Essa redução vai ao contrário da demanda de exigência que o Brasil necessita para de fato erradicar o trabalho infantil, como também os casos análogos à escravidão. O número de trabalhadores resgatados e locais inspecionados, logicamente, também caíram após o corte de 2020, houve 942 trabalhadores libertados e 266 estabelecimentos fiscalizados, enquanto no ano anterior foram libertados 1.051 trabalhadores e 280 estabelecimentos fiscalizados. O prelúdio é que, infelizmente, essa é uma triste realidade que não tem data para acabar. É o que assegura o presidente do Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho:

> Com a pandemia, há um aumento das desigualdades sociais. Ou seja, havia a necessidade de o Estado brasileiro intensificar as ações ao combate ao trabalho escravo. Porque, nesse cenário, há mais cidadãos em condições de vulnerabilidade e são esses que são explorados no trabalho análogo ao escravo no país. Em vez de reduzir, era preciso aumentar essa verba (REIS, 2021).

Muito se confunde sobre o que de fato é considerado trabalho doméstico infantil, por isso, é preciso esclarecer que não são todas as atividades realizadas por crianças e adolescentes que são consideradas trabalho infantil. As crianças e adolescentes podem sim trabalhar, desde que as tarefas sejam apropriadas para a idade de cada um, ou seja, que não apresentem

riscos, que sejam supervisionadas por algum responsável e que principalmente não interfiram no tempo da escola, descanso, lazer e brincadeira. É fundamental entender que as atividades realizadas por menores não podem ser o sustento da família, sendo de responsabilidade exclusiva deles.

Paulo Lôbo (2015, p. 45) faz lembrar que o "princípio da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado". Portanto, a erradicação do trabalho doméstico infantil e a erradicação do trabalho escravo é uma obrigação estatal, assim como a erradicação da pobreza e fome. O trabalho é a busca pelo capital que se converterá nos direitos básicos, que teoricamente, assegurado pela nossa Constituição, seriam direitos basilares de todo e qualquer cidadão, entretanto, o Brasil conta com a maioria da sua população, tendo que trabalhar para ter o que comer. Nesse cenário, é utópico pensar os direitos da criança e do adolescente, como sujeitos preservados, isentos ao trabalho. A problemática por escalonar as temáticas raciais e de classe, se torna ainda mais complexa.

5. A ADOÇÃO DIRIGIDA: UM DOCE-AMARGO

Existem vários tipos de adoções irregulares sendo feitas diariamente no Brasil, sem o devido procedimento legal, são registrados filhos alheios em nomes próprios; desse modo, as crianças são registradas por pais não biológicos sem atender aos requisitos estabelecidos em lei.

No entender de Maria Berenice Dias:

> Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista das pessoas cadastradas à adoção, não sendo admitida, em hipótese nenhuma, a adoção por pessoas não inscritas. É tal intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem. Muitas vezes o candidato não se submeteu ao procedimento de inscrição, até porque jamais havia pensado em adotar, até o dia em que o filho chegou ao seu colo. As circunstâncias são variadas. Há quem busque adotar o recém-nascido que encontrou no lixo ou quando surge um vínculo afetivo

> entre quem trabalha ou desenvolve serviço voluntário com uma criança abrigada na instituição (DIAS, 2016, p. 493).

Importante informar que, ao se tratar na esfera penal, há previsão legal do ilícito de registrar filho alheio como próprio; dessa forma, a adoção dirigida é um crime previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a criminalização da adoção sem seguir os procedimentos legais não é suficiente para inibir essa prática e a resposta está na própria aceitação da sociedade sobre esse ato.

Aliado a um contexto de vulnerabilidade econômica, esse é o quadro de quem geralmente é adotado pela adoção dirigida, crianças que por variados motivos se encontram em uma situação de hiper vulnerabilidade, seja porque estão em situação de rua, ou porque são dadas aos adotantes pela própria mãe que não consegue sustentá-las; ou até mesmo, não incomum, mães usuárias de drogas ou cometidas por doenças psiquiátricas. Explica-se que é enfatizada a adoção dirigida por uma situação voltadas às mães, porque também se inserem nesse contexto os índices de abandono paternal, sendo sujeitas a uma adoção dirigida as crianças que não são salvaguardadas nem pelo pai, nem pela mãe ou nenhum outro membro familiar.

A "eufemização" também se estende ao Judiciário, haja vista que não é difícil encontrar julgados concedendo o perdão judicial para pessoas que praticaram a adoção dirigida. O próprio Código Penal reconhece no parágrafo único do art. 242 que o juiz poderá deixar de aplicar à pena e esta tem sido a conduta adotada pela jurisprudência (BRASIL, 1940). Essa prática ganhou ainda mais força com o advento da Lei nº 12.010/2009, em que a prioridade é a convivência familiar, através da qual a família se sobrepõe à instituição, e com isso, acredita-se que a adoção dirigida será analisada sem que haja punição (BRASIL, 2009).

Desse modo, o que se entende hoje é que independentemente do tempo em que a criança se encontra em poder de quem a acolheu, a constituição da filiação socioafetiva impede que seja retirada daqueles que a criança o identifica como seus pais. Decisões em sentido contrário configurariam apego ao "biologismo", que nessa situação não se justifica, pois o princípio do melhor interesse não é respeitado para privilegiar o desejo dos pais biológicos.

Não se pode falar que a adoção dirigida é uma exceção no Brasil; existem pesquisas que demonstram quase a mesma proporção de adoções regulares e irregulares no Brasil:

> Destacando-se o percentual de 52,1% de adoções regulares e o restando compondo as adoções irregulares, em que a maioria das adoções informais, ou seja, 41,5% ocorreram através de registro em cartório da criança de outrem, como filho legítimo, através de uma declaração falsa de nascimento. O restante das adoções informais, 6,4% seguiram o procedimento conhecido como filhos de criação, isto é a criança passa a morar definitivamente com outra família, mas sua certidão de nascimento não é alterada, permanecendo com a filiação de seus pais biológicos (GRANATO, 2012, p. 139).

Atualmente, a adoção só é dada pelo juiz quando apresentar reais vantagens para o adotando; assim, se concluirá a adoção somente quando se reconhece a constituição do vínculo de filiação socioafetiva e tão somente quando não mais houver possibilidades de resgatar a filiação biológica. Já quando a adoção está consolidada, a regularização da situação se faz necessária e tem base no princípio constitucional do melhor interesse da criança. A regularização, neste caso, representa efetivo benefício à criança que tem direito absoluto à convivência e, para quem, muitas vezes, os únicos pais que conhece são os pais adotivos.

A jurisprudência também vem se tornando mais sensível, não determinando a institucionalização, mesmo se há suspeita de burla ao cadastro. Comprovado não haver qualquer risco ao menor envolvido, deverá ser prestigiado o período de convívio (não havendo qualquer regulamentação acerca de um período mínimo para a caracterização da socio afetividade), ainda que o guardião não esteja cadastrado a adoção. De outro lado, o abandono justifica a destituição do poder familiar, devendo a adoção ser deferida aos guardiões.

Por fim, percebe-se falha administrativa, pois a tese desta pesquisa não seria necessária se houvesse de fato efetividade administrativa na verificação dos lares que as crianças foram adotadas. O que se pretende aqui não é fazer uma denúncia sobre os casos de adoção irregulares que ocorrem no Brasil, mas promover uma ambientação sobre a tese que está se

querendo criar, a escravização em ambiente doméstico de crianças adotadas de forma irregular. É a utilização de um instituto que foi aceito social e judicialmente como algo bom, para transformá-lo em uma ponte da perversão e desumanidade, um outro lado da adoção dirigida, um gosto doce-amargo.

6. CONCLUSÃO – UMA CONFLITUOSA RELAÇÃO DE LAR E AMBIENTE SERVIL

Diante de uma naturalização do trabalho doméstico, mais generalizado ao gênero feminino, quando as crianças são adotadas pela adoção dirigida, é natural que façam algumas atividades domésticas, pois integram o ambiente familiar, e como supramencionado, não são estas atividades casuais que se caracterizam como um problema. A problemática surge quando, ao passar do tempo, com o crescimento desta criança, esta passa a ter obrigações que são adiáveis no ambiente doméstico, substituindo até mesmo uma contratação de uma profissional doméstica, e o único pagamento que esta pessoa recebe é a lembrança diária incutida pelos seus pais/exploradores sobre a necessidade de ser grata pelo próprio ato de ter sido adotada, quando esta estava em uma situação de hiper vulnerabilidade.

A situação de hipervulnerabilidade não deixou de existir; ela só foi transferida da responsabilidade do Estado em eliminar a pobreza e fome para pais/exploradores que exploram o trabalho infantil doméstico e, com o passar dos anos, aprisiona em uma situação análoga à escravidão essas pessoas que são gratas por longos anos. Em troca, garantem-se teto e alimentação em uma fajuta desculpa de considerar aquela pessoa "como se da família fosse", isentando-se da responsabilidade de um pagamento justo pela mão de obra doméstica.

É importante destacar que um dos principais pontos que são utilizados pelas famílias adotantes é a possibilidade de aquelas crianças e adolescentes se tornarem mais vulneráveis à criminalidade se continuarem em condição de rua. Existem pesquisas que afirmam que o trabalho infantil não tem qualquer relação com a prevenção da criminalidade; pelo contrário, a maior parte dos presidiários ou adolescentes cumprindo medidas socioeducativas trabalharam na infância.

Outro estigma social é a máxima de Max Weber (2013) de que "o trabalho dignifica o homem". Weber, dentro dos seus estudos sobre a ética protestante, destaca que o trabalho se encaixava como uma das ações sociais mais nobres e dignas presentes na sociedade. Contudo, o sociólogo e jurista nunca afirmou que o trabalho é benéfico para a formação da criança e do adolescente, nem mesmo validou famílias com interesse de adoção única e exclusivamente pensando no quanto economizaria ao poupar gastos com o profissional doméstico.

Esta é uma perfeita deturpação sobre conceitos basilares sociais; o que se tem de mais moderno em pesquisa e instrução pelos órgãos governamentais de cuidado e proteção à criança e ao adolescente é que estas precisam de ter tempo para brincar, estudar, descansar, entre outras atividades.

Importante atentar que são várias as consequências para a saúde dessas crianças, tais como:

> [...] doenças por esforço repetitivo como a tendinite, contusões, ferimentos, queimaduras, ansiedade, alteração na dinâmica familiar, transtornos de sono, deformidade na coluna vertebral e neurose profissional – ansiedade causada por traumas no ambiente de trabalho (PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL, 2021).

Portanto, passar a maior parte do dia trabalhando, em atividades que exijam muita responsabilidade, na verdade atrapalhará o desenvolvimento integral deste ser. O que de fato favorece a formação de um caráter é a realização de atividades culturais e educacionais, além, claro, do acesso a direitos basilares, como moradia e alimento. Direitos estes que são responsabilidade também do Estado prover.

Para além disso, é necessário pensar nesse novo objeto de forma específica e apartada: crianças adotadas que estão se tornando vítimas de seus pais/exploradores em uma condição análoga à escravidão em ambiente doméstico. É preciso reconhecer a interdisciplinaridade do instituto familiar e de trabalho que consta nesse caso, abordando, destacando esse novo objeto para de fato poder criar mecanismos para erradicação dessa prática. Isso possibilitará um aumento nas investigações das adoções irregulares, como também um canal específico para denúncias e a divulgação dessa

temática, para que a própria sociedade se torne ente participativo no combate, eliminando de vez a naturalidade que as pessoas enxergam na forma exploratória do trabalho doméstico como moeda de troca pela gratidão da adoção de crianças e adolescentes hipervulneráveis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n° 9.777, de 29 de dezembro de 1998**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9777.htm. Acesso em: 8 jun. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. **Emenda Constitucional n. 72, de 2 de abril de 2013**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. **Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. Ministério do Trabalho. **Portaria n° 1.293, de 28 de dezembro de 2017**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P1293_17.html. Acesso em: 12 nov. 2018.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito, Santa Cruz do Sul**, v. 29, p. 22-43, 2008. Disponível em: https://*on-line*.unisc.br/seer/index.php/direito/index. Acesso em: 6 abr. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: Doutrina e Prática**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito de família e os princípios constitucionais**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 101- 129.

LORAS, Alexandra. **O trabalho doméstico e a perpetuação da escravidão**: um ciclo difícil de ser quebrado. Cláudia, São Paulo, 23 fev. 2017. Disponível em: https://claudia.abril.com.br/blog/coluna-da-alexandra-loras/o-trabalhodomestico-e-a-perpetuacao-da-escravidao. Acesso em: 25 maio 2019.

NOVAIS, Capilé; KITAGAWA, Adriana; BERTOLDI, Delaine. Trabalho Doméstico Infantil: quando o lar é o ambiente servil. **Revista Direitos, trabalho e política social**, Cuiabá, v. 36, n. 2, p. 35-45, jul-dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 189**: convenção sobre o trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos. Genebra: OIT, 2011.

PEREIRA, Tânia Maria da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios consolidados na Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: PADMA, v. 3, p. 89-109, jul-set. 2000.

PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL. **Criança Livre de Trabalho Infantil**, 2021. Disponível em: https://livredetrabalhoin-

fantil.org.br/trabalho-infantil/piores-formas/. Acesso em: 7 abr. 2021.

PRADO; Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Trabalho Análogo ao de Escravo: parte especial. v. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/219869987/Luiz-Regis-Prado-Volume-2-pdf. Acesso em: 20 maio 2016.

REIS, Thiago. Em ano de pandemia, verba para combate ao trabalho escravo encolhe mais de 40% e é a menor dos últimos 10 anos. **G1**, Rio de Janeiro, 21 fev. 2021.

SÊDA, Edson. **Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Malheiros, 1993.

TEJADAS, Sílvia da Silva. **Juventude e Ato Infracional:** as múltiplas determinações da reincidência. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZAROBA, Orides (Org.). **Humanismo Latino e Estado no Brasil.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

ZAVASCHI, Maria Lucrecia S. Crianças vulneráveis. In: ZAVASCHI, Maria Lucrecia S. et al. **Crianças e adolescentes vulneráveis:** o atendimento interdisciplinar nos Centros de Atenção Psicossocial. Porto Alegre: Artmed, 2009.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo:** texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2013.

IMPLICAÇÕES DA LEI Nº 13.709/2018 (LGPD) NO DIREITO À INFORMAÇÃO PELO CONSUMIDOR BRASILEIRO

Alan José de Oliveira Teixeira[87]

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, vive-se em uma sociedade global, tecnológica e de riscos. Isso significa que existem riscos intrínsecos ao processo de desenvolvimento, e tais riscos incidem para tudo e para todos: o efeito *boomerang* referido por Beck implica que mesmo os geradores dos riscos estejam a eles submetidos. Essa suscetibilidade aos riscos é acentuada com a prática de mineração de dados, com o manejo inadequado e o vazamento de dados sensíveis, práticas ora negligentes e ora intencionais as quais, lamentavelmente, os consumidores estão hoje submetidos.

Nesse passo, alguns países e, principalmente, a Europa, editaram marcos regulamentadores do manejo e uso de dados pessoais. O Brasil seguiu o mesmo rumo no ano de 2018, ao promulgar a Lei nº 13.709/2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Tal marco

---

87 Mestrando em Direito (Poder, Estado e Jurisdição) pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, na qualidade de bolsista de produtividade em pesquisa do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (PPGD). Membro da Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo - RIJDA (2019). Membro do grupo de pesquisa "A Administração Pública Brasileira e seus controles na perspectiva da Sociedade Global, Tecnológica e de Risco e mediante consideração de inovações tecnológicas disruptivas", vinculado ao PPGD-UNINTER.

normativo visou dispor do 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. A legislação, por óbvio, terá reflexos diretos na tutela administrativa e jurisdicional dos direitos do consumidor, em especial da tutela dos direitos à informação.

Nesse passo, afigura-se relevante um estudo acerca dos potenciais impactos das disposições da LGPD no campo do direito do consumidor à informação, verificando seus limites e possibilidades no novo contexto. Para isso, o presente trabalho foi desenvolvido por meio de uma investigação essencialmente bibliográfica, com a análise de artigos científicos e textos jurídico-normativos. Inicialmente, o direito à informação e o pressuposto de vulnerabilidade do consumidor serão estudados, para, então, tecerem-se considerações acerca dos potenciais impactos da LGPD no direito à informação pelo consumidor e, por fim, elencaram-se algumas conclusões.

1. DIREITO À INFORMAÇÃO E PRESSUPOSTO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

1.1. DIREITO À INFORMAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

O direito à informação é um direito fundamental cujo comando constitucional consta do art. 5º, incisos XIV, XXXIII, LXIII, LXXII da Constituição da República. Muito embora a Constituição faça menção a algumas situações concretas, uma leitura orgânica permite inferir que o direito à informação é fundamental e limite constitucional implícito – o que não implica que seja absoluto.

Inicialmente, faz-se necessária estabelecer a distinção entre o direito à informação no âmbito público e o direito à informação no âmbito privado. Ambos, por óbvio, são tanto direitos objetivos previstos na Constituição e legislação infraconstitucional, como direitos subjetivos.

O direito à informação no âmbito público pode ser entendido como aquele disciplinado pela lei nº 12.527/11, que visa dispor, principalmente,

sobre o acesso à informação na Administração Pública, portanto, regulamenta o inciso XXXIII, do art. 5º, da Constituição da República. É, por exemplo, a possibilidade de o cidadão observar a atividade da Administração Pública e peticionar junto aos órgãos públicos, solicitando informações (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 114).

O direito à informação no âmbito privado perfaz-se na boa-fé (GOMES, 2008, p. 45), que, segundo o art. 113 do Código Civil de 2002, deve permear os negócios jurídicos, o que abrange as relações negociais, contratuais etc. A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 4º, incisos III e IV, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, também prevê a boa-fé e a necessidade de plena informação entre as partes envolvidas no negócio jurídico.[88] Além disso, a informação adequada é direito básico do consumidor (art. 6º, inciso III, do CDC).[89]

Existem diferentes acepções doutrinárias acerca do direito à informação, dentre elas, a desenvolvida pelo professor José Afonso da Silva (2014, p. 262-263), que subdivide esse instituto jurídico em: liberdade de informar, remetendo-se à comunicação; e às informações prestadas pelo poder público:

> No capítulo da comunicação (arts. 220 a 224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV). No mesmo art. 5º, XIV e XXXIII, já temos a dimensão coletiva do direito à informação. O primeiro declara assegurado a todos o acesso à informação. E o interesse geral contraposto

88 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; [...]

89 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem [...].

> ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculados pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixara de ser mera função individual para tornar-se função social (SILVA, 2014, p. 263).

O constitucionalista, como exposto, concebe que o direito à informação resta pontualmente previsto na Lei Maior. Nessa passagem, ressalta o direito à informação como direito individual. Abaixo, o professor expõe o que seria esse direito face ao poder público, expressando o caráter coletivo deste:

> O outro dispositivo trata de direito à informação mais específico, quando estatui que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, 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. Aí, como se vê do enunciado, amalgamam-se interesses particulares, coletivos e gerais, donde se tem que não se trata de mero direito individual (SILVA, 2014, p. 262-263).

Em obra de direito comparado, Toby Mendel se presta a analisar o direito à informação, pressupondo-o como um direito humano, além de acrescentar o aspecto da liberdade de expressão. Em um apanhado histórico que remonta ao século XVIII, o pesquisador tece o seguinte:

> Estes benefícios utilitaristas do direito à informação são reconhecidos desde, pelo menos, 1776, quando o conceito encontrou reconhecimento legislativo pela primeira vez na Suécia. De origem bem mais recente, contudo, é o reconhecimento do direito à informação como um direito humano fundamental, um aspecto do direito de liberdade de expressão que, ao amparo do direito internacional, garante não apenas o direito de transmitir, mas também de buscar e receber informações e ideias (MENDEL, 2009, p. 162).

Marise Baesso Tristão e Christina Ferrar Musse, consoante às teorias supramencionadas, afirmam que o direito à informação "[...] se refere à liberdade de ser informado e também de informar, ou seja, de se ex-

pressar" (TRISTÃO; MUSSE, 2013, p. 45). Assim, a informação como direito fundamental é uma construção histórica, possui previsão constitucional e infraconstitucional expressa em termos de Brasil e, ainda, é máxima pacífica perante os juristas nacionais.

Paulo Bonavides, inclusive, aprofunda-se na classificação do instituto, e percebe o direito à informação como um direito de quarta geração (BONAVIDES, 2004). Hoje, a informação é fundamentalmente digital, o que enseja a inclusão dos digitalmente excluídos, pois, de outra forma, sua cidadania seria negligenciada (TEIXEIRA, 2020). Com o advento da Lei Complementar nº 131/2009, os portais da transparência foram criados, a fim de disponibilizar, para os cidadãos, o acesso às informações de gestão pública. Os diários oficiais dos governos permitem a visualização das leis e normativas do poder público. E essa informação é digital e, portanto, nesse caso, disponibilizada na internet.

Da mesma forma, na atualidade o consumo acontece essencialmente pelos meios digitais, aplicativos, internet. O consumidor está sujeito às implicações das relações de consumo desde o momento em que ele abandona a lotérica e migra para o internet banking, até o momento em que opta pelo conforto de solicitar os serviços de delivery em sua residência. Entretanto, cada relação desenvolvida nesse contexto enseja o manejo de dados pessoais e sensíveis dos consumidores.

Sensível aos riscos contemporâneos do uso e manejo de dados, não apenas dos consumidores, mas dos usuários em geral dos meios digitais, sejam empresas ou pessoas naturais, e visando proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade, o legislador publicou a Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). O objetivo deste artigo é analisar os potenciais impactos desta Lei no campo do direito subjetivo do consumidor à informação.

1.2. DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOS À INFORMAÇÃO E O PRESSUPOSTO DE VULNERABILIDADE

Sabe-se que consumidor é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (BRASIL, 1990,

art. 2º), sendo-lhe equiparável a coletividade de pessoas que porventura intervenham nas relações de consumo (BRASIL, 1990, art. 2º, parágrafo único). Nesse contexto, cumpre-se frisar a existência da teoria finalista mitigada adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante a qual pessoa jurídica pode ser consumidora se for destinatária final (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014). Apesar dos requisitos acima, existe um pressuposto fundamental para a caracterização da relação de consumo: a vulnerabilidade. E, consoante Leonardo Bessa e Walter de Moura:

> A vulnerabilidade é o ponto fundamental do CDC e, na prática, traduz-se na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a intervenção auxiliadora de órgãos ou instrumentos para sua proteção. Por se tratar de conceito tão relevante, a vulnerabilidade permeia, direta ou indiretamente, todos os aspectos da proteção do consumidor (BESSA; MOURA, 2014, p. 77).

A vulnerabilidade é, portanto, uma condição do consumidor, mas uma condição material, diferente da condição processual (hipossuficiência), porquanto esta última precisa ser avaliada casuisticamente. Nesse sentido, afigura-se lógica a necessidade de proteção do consumidor no que diz respeito à informação adequada. Ao consumidor é assegurado, pois, pela legislação brasileira, o direito à informação, que consiste na exigência de que sejam oferecidas informações claras acerca do produto, serviço e fornecedor quando da oferta, considerando o conteúdo da informação e a forma pela qual é apresentada (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014). Sobre o papel da informação nas relações de consumo ainda se sublinha que:

> [...] verifica-se como o direito à informação desempenha um papel importante para assegurar uma relação de consumo equilibrada. Seja quando do descumprimento da oferta (não entrega no prazo) ou quando as informações não são asseguradas de forma suficientemente clara ao consumidor (principalmente no caso das compras coletivas, em que nem sempre ficam claras as condições de utilização das ofertas), verifica-se profunda e legítima frustração por parte do consumidor. Portanto, a não observância do direito à

> informação prejudica as escolhas dos consumidores, afetando negativamente a sua liberdade de escolha e trazendo conflitos para as relações de consumo (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014).

O indivíduo diante de determinada informação sobre produto/serviço e até mesmo fornecedor deve poder escolher conscientemente, sem induções ou omissões, notadamente pelo risco à usurpação de sua liberdade de escolha. Na era da internet, em que as redes sociais se transformaram no principal espaço de construção de identidade e compartilhamento de experiências, quando um conteúdo é transmitido por alguém admirado ou com quem o consumidor se identifica (ou seja, uma figura de autoridade), o papel dos fornecedores e desse novo "agente" precisam ter problematizados pelo direito (LIRA; ARAÚJO, 2015, p. 2).

Cláudia Lima Marques ressalta a chamada hiper ou alta vulnerabilidade de parte dos consumidores, caracterizando-se como "[...] a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida" (MARQUES, 2012, p. 44).

Na mesma linha, Lucia Dias sustenta que os hipervulneráveis ostentam uma condição específica, uma "vulnerabilidade agravada", como as crianças, idosos, analfabetos etc. (DIAS, 2015, p. 2). Dias coloca o exemplo de que no que se refere à criança e ao adolescente, sua condição peculiar é a de "pessoas em desenvolvimento"; e relativamente aos idosos, defende que sua hipervulnerabilidade decorre da diminuição ou perda de aptidões físicas e/ou intelectuais e a necessidade de determinados produtos que os coloca em situação de dependência em situações pontuais; (DIAS, 2015, p. 2). Inclusive a tese da hipervulnerabilidade consumerista encontra suporte na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, notadamente com o julgamento do REsp 586.316/MG.

2. POTENCIAIS IMPACTOS DA LGPD NO DIREITO À INFORMAÇÃO

A Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) foi publicada no dia 18 de agosto de 2018, mas com *vacatio legis*

distintas para algumas situações. Por exemplo, as sanções administrativas previstas pelos artigos 52, 53 e 54 da Lei só entrarão em vigor no dia 1º de agosto de 2021, ao passo que os demais artigos deveriam vigorar após vinte e quatro meses da publicação (ou seja, em agosto de 2020)[90]. Há imbróglio no caso se aplicação das sanções administrativas, porquanto o intuito precípuo de sua existência seria o de garantir a efetividade de suas disposições, o que não faz sentido se as sanções vigoram em tempo diferente ao dos demais dispositivos do texto da Lei.

A salvaguarda do § 2º do art. 52,[91] porém, foi autorizativa para que, relativamente à proteção de dados pessoais dos consumidores, os órgãos administrativos pudessem exigir o cumprimento das disposições da LGPD. Foi o caso do PROCON de São Paulo, que expediu notificações a empresas e órgãos neste ínterim. Houve a notificação do Facebook em virtude do vazamento de dados dos seus usuários (PROCON, 2020a); da distribuidora de energia elétrica Enel em razão da notícia de vazamento de dados cadastrais dos clientes (PROCON, 2020b); do Hospital Albert Einstein sobre vazamento de lista que expôs dados pessoais e médicos de pacientes testados, diagnosticados e internados por covid-19 (PROCON, 2020c); e do TikTok por conta da notícia de violação de regras sobre privacidade de crianças (PROCON, 2020d). Observa-se que neste caso inclusive o vazamento de dados envolve população hipervulnerável. Além disso, o PROCON-SP exigiu da empresa resposta acerca da adequação à Lei Geral de Proteção de Dados (2020d). Outras situações de aplicação de sanções também ocorreram nas esferas administrativa e judicial (BRASIL, 2020).

O fato é que a proteção dos dados pessoais, assim como o direito do consumidor, está imbricada com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB/1988) (MIRAGEM, 2019, p. 2), e estudos demonstram que as empresas não estão preparadas para atender aos marcos regulatórios estabelecidos pela LGPD, urgindo por consideráveis mudanças técnicas e

90 Art. 65. Esta Lei entra em vigor: [...] I - A – dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54; II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos (BRASIL, 2018, p. 59, Art. 65).

91 Art. 52. [...] § 2º O disposto neste artigo não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em legislação específica.

de gestão nas áreas de tecnologia da informação e segurança da informação (PIURCOSKY, 2019). Além disso, os avanços tecnológicos trouxeram, da mesma forma, "[...] a exposição indevida e o uso de informações pessoais para fomentar as receitas e os lucros de empresas, que passaram, então, a utilizar os dados pessoais como se fossem, após a sua captação, insumos mercadológicos próprios" (REGIS, 2020, p. 4). Há inclusive a detecção de práticas de publicidade dirigida e coleta de dados pessoais travestidas de gratuidade em serviços de e-mail (REGIS, 2020, p. 4).

É possível afirmar, segundo Danilo Doneda e Laura Mendes, que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais propõe um modelo de proteção de dados baseado em três principais características, quais sejam: (i) amplo conceito de dado pessoal; (ii) necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal e (iii) legítimo interesse como hipótese autorizativa de realização de um teste de balanceamento (DONEDA; MENDES, 2018).

O amplo conceito de dado pessoal é perceptível ao se analisar o artigo inaugural do regramento infraconstitucional, que informa que a lei irá dispor 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, p. 59). Ademais, abarca os conceitos de dado pessoal, dado pessoal sensível e dado anonimizado.[92]

A necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal decorre da principiologia do consentimento que permeia a legislação: o uso dos dados pessoais ora é autorizado pela Lei, ora é consentido pelo usuário/consumidor/titular dos dados. Nesse contexto, sabe-se que "a finalidade da utilização dos dados é requisito do consentimento. O titular dos dados pessoais ao consentir o faz para que sejam utilizados

92 Art. 5º - Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: 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; III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (BRASIL, 2018, p. 59. Art. 5º).

para certa e determinada finalidade, que deve ser expressa" (MIRAGEM, 2019, p. 6). O art. 7º ainda traz dez hipóteses exaustivas do tratamento de dados pessoais.[93]

Ademais, a preocupação do regramento de proteção de dados com a forma do consentimento enfatiza a necessária informação sobre o tratamento, envolvendo a ciência do titular e a sua manifestação clara e precisa (REGIS, 2020, p. 12). A respeito do direito à informação pelo consumidor, destacam-se os seguintes artigos: 2º, *caput* e incisos I e II; 5º, *caput* e inciso XII; 6º, *caput* e incisos I e IV; e 9º, *caput*, da LGPD:

> Art. 2º. A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: [...] II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
>
> Art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se: I – dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; [...] XII – consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

93 Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ; VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (BRASIL, 2018, p. 59. Art. 7º).

> Art. 6º. As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; [...] VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
>
> Art. 9º. O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso (BRASIL, 2018, p. 59).

Segundo Bruno Miragem, os regimes disciplinados na LGPD e na Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) não se excluem mutuamente, mas há a incidência comum do art. 7º do CDC e do art. 64 da LGPD, que firmam em conclusão que os direitos dos titulares previstos nas normas próprias devem ser compatibilizados e cumulados pelo intérprete-juiz (MIRAGEM, 2019, p. 4). Nesse passo, é possível aferir que "o tratamento de dados realizados com a finalidade direta ou indireta de fomentar a atividade econômica do fornecedor no mercado de consumo, submete-se à incidência, em comum, do CDC e da LGPD" (MIRAGEM, 2019, p. 4). De igual forma, "quando tais operações se realizem por intermédio da internet, incidirá também o Marco Civil da Internet, devendo ser compatibilizadas as normas das respectivas legislações" (MIRAGEM, 2019, p. 4).

Diferentemente do que sustentam alguns estudos, não parece apropriado compreender instrumentos desgastados como *compliance* e os "Termos de Uso e Políticas de Privacidade" como suficientes à adaptação das empresas a este novo cenário de responsabilidade e transparência (OLIVEIRA, 2019). Bruno Miragem rememora exemplo que deve servir de alerta e reitera a necessidade do marco legal em comento (MIRAGEM, 2019, p. 3). Erick Regis tece o seguinte a respeito da relação pessoa-empresas-dados na vigência da LGPD:

> Na relação pessoa-empresas-dados, torna-se necessário um poder/dever bilateral informacional: de um lado, caberá a quem promove a captação, para tratamento e exploração, informar, antes de tudo, a coleta desses dados; de outro lado, caberá à pessoa, na proteção ativa de seu direito à autodeterminação informacional, manifestar-se positiva ou negativamente acerca da coleta de dados, através de seu consentimento, quando assim a Lei determinar, limitando-se o tratamento à sua própria finalidade (REGIS, 2020, p. 8).

Ou seja, Regis compreende que no âmbito da autodeterminação informacional o consumidor também deve cumprir papel ativo na proteção dos seus dados pessoais, atendo às finalidades do uso de seus dados, ao passo que a intenção de captação desses dados deve ser informada ao consumidor.

Entretanto, aparentemente a LGPD e seus comandos normativos vão além do dever de colaboração suprarreferido: é possível defender, em cotejo às disposições do CDC e da vulnerabilidade acentuada dos consumidores na sociedade global, tecnológica e de risco (FERREIRA, 2018), que o direito à informação do consumidor hoje se consubstancia no direito à proteção das informações dos consumidores, indicando um dever objetivo às pretensões dos fornecedores, empresas e entidades à manipulação de dados das pessoa naturais. As disposições de Miragem referentes à vulnerabilidade agravada e boa-fé no campo da LGPD corroboram o exposto:

> São relevantes aqui para a correta compreensão desta expectativa legítima do consumidor, tanto as informações e esclarecimentos prestados na ocasião da obtenção do consentimento, quanto a situação específica de vulnerabilidade do consumidor, decorrente da lei, ou de situação concreta que acentue esta característica (vulnerabilidade agravada) (MIRAGEM, 2019, p. 5).

Nesse passo, a LGPD igualmente incide sobre a formação de bancos de dados de consumidores e na consequente utilização de informações arquivadas nesses bancos, e o diagnóstico implica que a Lei deve ser compreendida a partir dos seus princípios acerca da coleta e tratamento de dados em geral e dos direitos do titular dos dados e procedimentos para a regular coleta e tratamento desses dados (MIRAGEM, 2019, p. 5). Acerca

da sociedade de risco e da confiança nas relações de consumo, Andreza Baggio articula que

> Vulnerabilidade e confiança estão intimamente ligadas, de acordo com o sistema preventivo do Código de Defesa do Consumidor, que prevê punição para a inobservância ao direito de informação do consumidor, para as práticas pré-contratuais abusivas e, principalmente, para a violação à quebra da confiança, que ocorre quando as legítimas expectativas do consumidor deixam de ser atendidas pelo fornecedor (BAGGIO, 2010, p. 145).

Isto é, sensível aos raciocínios de Baggio na pesquisa supratranscrita e às disposições da LGPD, na sociedade de risco em que se vive hoje o consumidor se vê exposto às mais elaboradas e criativas técnicas e *marketing* e publicidade e, por que não, às mais variadas técnicas de captação de seus dados, as quais merecem hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, resposta protetiva, apurada e eficiente.

CONCLUSÕES

Viu-se que há proteção constitucional do direito à informação. Tal direito é retratado como fundamental pelo texto da Carta Magna, o qual é espelhado pela legislação infraconstitucional que se presta a regulamentar e complementar os direitos lá insculpidos. Verificou-se que a informação adequada é direito básico do consumidor e obrigação dos fornecedores. Observou-se que existem os consumidores que são dotados de uma vulnerabilidade acentuada em razão de sua condição pessoal na sociedade.

Vislumbrou-se que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) não afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, muito pelo contrário, os textos normativos das leis se complementam e corroboram a proteção do consumidor contemporâneo, imerso em uma sociedade global, tecnológica e de riscos.

Conclui-se que o direito do consumidor à informação não se trata apenas do dever objetivo dos fornecedores de transparência e da decisão consciente do consumidor, mas do dever constitucional e legal daqueles que fazem o uso de dados pessoais alheios (fornecedores em geral, empre-

sas, órgãos públicos) de proteger tais informações, consubstanciando-se em um direito à proteção da informação do consumidor.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Andreza Cristina. A sociedade de risco e a confiança nas relações de consumo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 127-147, jan-jun. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de Defesa do Consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, p. 1 (suplemento). Brasília, DF, 12 de setembro de 1990.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 14 de agosto de 2018, p. 59.

_____. Ministério da Justiça e Cidadania. **Secretaria Nacional do Consumidor aplica multa a empresa por reconhecimento facial**. 14 ago. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/secretaria-nacional-do-consumidor-aplica-multa-a-empresa-por-reconhecimento-facial>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 99/2015, p. 285-305, maio-jun. 2015.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018): o novo paradigma da

proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120, p. 555-587, 2018.

FERREIRA, Daniel. O papel do Estado e da Administração Pública em relação às liberdades fundamentais na sociedade global, tecnológica e de risco: possibilidades, limites e controle. In: GOMES, Carla; NEVES, Ana; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.). **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIRA, Állika Liana Lima de; ARAÚJO, Emily Gonzaga de. Instagram: do clique da câmera ao clique do consumidor. XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste. **Anais...** Natal-RN. 2 a 4 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2744-1.pdf>.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação:** um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **MP-GO propõe ação contra Serasa por captação irregular de dados de devedores**. 27 nov. 2020. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/noticia/mp-go-propoe-acao-contra-serasa-por-captacao-irregular-de-dados-de-devedores#.X9-qoBZv82x>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, p. 173-222, nov. 2019.

OLIVEIRA, Ana Paula de et al. A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira na Prática Empresarial. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 4, n. 1, maio 2019.

PIURCOSKY, Fabrício Pelloso et al. A lei geral de proteção de dados pessoais em empresas brasileiras: uma análise de múltiplos casos. **Suma de Negocios**, v. 10, n. 23, p. 89-99, jul-dez. 2019.

PROCON (São Paulo). **Notificação TikTok**. 14 mai. 2020. 2020d. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/notificacao-tik--tok/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. **Procon-SP notifica Enel sobre vazamento de dados**. 11 nov. 2020. 2020b. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp-notifica-enel-sobre-vazamento-de-dados/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. **Procon-SP notifica Facebook**. 20 out. 2020. 2020a. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp-notifica-facebook/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. **Procon-SP notifica Hospital Albert Einstein**. 30 nov. 2020. 2020c. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp--notifica-hospital-albert-einstein/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

REGIS, Erick da Silva. Linhas gerais sobre a Lei nº 13.709/2018 (LGPD): objetivos, fundamentos e axiologia da Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira e a tutela de personalidade/privacidade. **Revista de Direito Privado**, v. 103, p. 63-100, jan-fev. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo nº 0548**. Período: 22 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=-TEORIA+FINALISTA+MITIGADA&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TEIXEIRA, A. J. O. Entre Novas Tecnologias e Novas Desigualdades: (Im)possibilidade de Implementação do Ensino a Distância nas Escolas Públicas Brasileiras Diante da Crise Sanitária (Covid-19). In:

AQUINO, Ana et al. (Org.). **Inovações em Ensino e Aprendizagem**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

TRISTAO, Marise Baesso; MUSSE, Christina Ferraz. O direito à informação e o (ainda restrito) espaço cidadão no Jornalismo Popular impresso. **Rev. Bras. Ciênc. Comun**, São Paulo, v. 36, n. 1, p. 39-59, jun., 2013.

"MAS QUE MULHER INDIGESTA, MERECE UM TIJOLO NA TESTA":[94] FEMINICÍDIO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Ana Clara Ereira[95]
Miquelly Barbosa da Silva[96]

INTRODUÇÃO

A violência doméstica no Brasil, por si só, já tem sido alvo de importantes reflexões acadêmicas, trata-se de objeto imprescindível na compreensão da própria dinâmica da violência. Ocorre que, no contexto de pandemia pela Covid-19, enfrentado desde março de 2020, esse tema ganha um eco ainda maior, visto o aumento dos números de assassinato de mulheres por razões de gênero. Os feminicídios cometidos no âmbito das relações íntimas constituem a forma mais dramática de violência contra a mulher (CEPAL, 2016). Trata-se de um sistema patriarcal que, no dia a dia, nos faz conhecer o machismo mais impetuoso, estruturado e engen-

94 Música de Noel Rosa.

95 Graduanda do Curso de Direito no 9º semestre. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Extensão – PIBEX com a temática relacionada à violência contra a mulher.

96 Mestre em Ciência Política (Unieuro). Doutorando Ciências Sociais, pela Universidade de Brasília (DELA/UnB). Integra o Grupo de Estudos Comparados México, Caribe, América Central e Brasil (MeCACB), vinculado ao Departamento de Estudos Latino-Americanos (ELA) da Universidade de Brasília (UnB).

drado, em que o feminicídio é apenas uma das formas de reforço desse sistema que extermina mulheres.

De outro lado, a pandemia causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2), causador da doença Covid-19, altera substancialmente a rotina de muitas pessoas e desencadeia alterações bruscas na vida das famílias e da sociedade em geral. Ocorre que tem afetado diferentes grupos de pessoas, de distintas maneiras, aprofundando as desigualdades existentes, em que na construção histórica de ser mulher não é a mesma coisa ser ou ter sido mulher "branca, negra ou indígena". Apesar disso, as mulheres foram julgadas na acepção da inversão humana de homens (SILVA, 2019).

Para além da política e da academia, a violência doméstica repercute sobre as sociedades latino-americanas, colocando em evidência a busca constante por políticas públicas que diminua os efeitos do confinamento para essas mulheres, razão pela qual a pesquisa apresenta como problemática: o que é ser mulher em tempos de pandemia? Em outras palavras, problematizam-se as interfaces de ser mulher e a ausência de segurança em seu próprio lar, investigando as razões do aumento de feminicídio, e ainda o aval do Estado. Para isso, toma por recorte o início da pandemia que se dá em março de 2020. Dessa forma, necessário observar se o Estado age de forma a proteger seus cidadãos ou se tem servido como agente de violência, bem como necessário afrontar a intensificação da violência por razão de gênero contra as mulheres, aumentadas pelas medidas de confinamento que, por sua vez, afasta as mulheres de suas redes de apoio e gera barreiras adicionais no acesso de serviços essenciais.

Propõe-se neste texto, portanto, identificar e caracterizar as identidades das mulheres vítimas de feminicídio, tendo como recorte o início da pandemia, com respaldo em informações colhidas em base de dados pública e em bibliografias. Este artigo tem como pano de fundo metodológico a pesquisa bibliográfica apoiada pela epistemologia feminista como metodologia dos estudos de gênero que produz uma contra narrativa à ideia dos valores sociais patriarcais, levando em conta as estatísticas e os levantamentos já realizados.

Para tanto, utiliza-se, como referencial teórico a análise das relações de poder de Lia Zanotta Machado, bem como a teoria feminista que contesta o caráter libidinal e erotizado dos crimes de gênero e os classifica como crimes de poder, na perspectiva de Rita Laura Segato. Por fim, o

presente trabalho se inicia expondo uma breve análise histórica da tipificação do crime de feminicídio (tópico 1). Em seguida, expõem-se os dados estatísticos sobre a realidade do feminicídio no Brasil (tópico 2). E, por último, debate-se sobre o ambiente familiar como forma de silenciamento e reforço do sistema patriarcal (tópico 3). Vale ressaltar que o artigo não pretende fechar questão sobre um problema de pesquisa, nem apresenta conclusões definitivas, estando fundamentado em um primeiro levantamento de dados e em algumas reflexões realizadas.

1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A NORMATIZAÇÃO DO CRIME DE FEMINICIDIO

A violência contra a mulher não é algo que acontece às vítimas por acaso. Quase que de modo automático, a violência é prática usualmente associada à virilidade masculina. Parece haver uma expectativa de que o homem se apresente como detentor de poder, aquele que se coloca "à frente" e não pode ser contrariado. Uma masculinidade enraizada e associada à necessidade de reafirmação do *status* de poder e dominação, em que elementos simbólicos proporcionam condições de subjetivação e constroem a imagem de homens violentos como a ideal. Essas subjetivações são tidas como um arquétipo aceitável (ou até mesmo recomendado) de "homens violentos e mulheres vítimas", "homens poderosos e mulheres sem poder" (MACHADO, 1998).

Nesse sentido, a violência vivenciada pela mulher foi apagada e por muito tempo a sua história não foi contada (SILVA, 2019). Uma complexidade cuja totalidade é incessantemente protelada, nunca exibida em sua plenitude e em qualquer conjuntura considerada uma coalizão aberta (BUTLER, 2003, p. 37). Um cenário que engendra seus reflexos e enraiza a violência perpetrada. Assim, a noção de "violência de gênero" se faz hoje mais presente nos estudos interdisciplinares sobre feminismo, bem como em pesquisas sobre diversidade sexual, que incluem muitas disciplinas como antropologia, sociologia, história e letras, tendo mais recentemente, ingressado no campo da psicologia e do direito, por meio de pesquisadoras feministas (MACHADO, 2019), razão pela qual importa estudá-la em suas mais variadas formas.

Por esse viés, a qualificação e a análise da problemática da violência contra a mulher só ocorrerá com a desconstrução de que a violência contra a mulher está ligada aos significados atribuídos à masculinidade, à feminilidade e à relação entre homens e mulheres em nossa cultura, sendo fundamental compreender a noção de gênero – distinta da de sexo –, e dissociá-la do feminino com fragilidade ou submissão, que ainda utilizada para justificar determinados atos (BANDEIRA, 2014). Nesse sentido, a luta do movimento feminista tem sido tornar pública a violência sofrida pela mulher, reconhecendo-a como problema que envolve a sociedade em geral que o poder familiar ainda silencia (BANDEIRA, 2014).

A Lei nº 11.340/2006, intitulada Lei Maria da Penha, sancionada apenas em 7 de agosto de 2006, por exemplo, busca punir a violência contra a mulher no ambiente familiar, o que representa um amadurecimento democrático, visto que contou na sua formulação com a participação ativa de organizações não governamentais feministas, Secretaria de Política para Mulheres, academia, operadores do direito e o Congresso Nacional (CALAZANS; CORTÊS, 2011), representando um nítido desenvolvimento nas políticas democráticas. Trata-se de uma inovação importante e que procurou tratar de forma integral o problema da violência doméstica, e não apenas da imputação de uma maior pena ao ofensor (IPEA, 2015), punindo não apenas a agressão física, mas tipificando cinco tipos de violência, quais sejam, a violência física, já mencionada, a violência psicológica, a violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral.

A Lei Maria da Penha traz consigo a intenção de dar um basta à violência doméstica. Entretanto, apesar dos esforços, não tem sido suficiente, já que dados demostram a continuidade da prática de assassinatos de mulheres. E mais, esses numeros tem aumentado significativamente desde o início da pandemia e apesar de haver mudanças, as razões que continuam a justificar formalmente a persistência da violência de gênero, ainda se centra principalmente na argumentação de que a mulher não está cumprindo bem seus papéis de mãe, dona de casa e esposa por estar voltada ao trabalho, ao estudo ou envolvida com as redes sociais, entre outras, o que reforla esse pilar no patriarcado.

Por exemplo, que apenas em 12 de março de 2021, o STF declarou inconstitucional a tese de legítima defesa da honra, sendo até então aceitável como alegação em crimes de feminicídio, reforçando e naturalizando a vio-

lência contra a mulher, em que a ideia de ser normal defender a própria honra se baseia na visão predominante de que controlar as mulheres é uma fonte de prestígio para o homem (MACHADO, 2019). Nessa mesma linha, o feminicídio tem base motivacional sexista, em que a resistência da mulher em continuar ou iniciar um relacionamento ou se emprestar ao ato sexual autoriza o "homem", ferido em sua "masculinidade", matá-la (SEGATO, 2017). Portanto, para combater a banalização do assassinato de mulheres e a impunidade de seus perpetradores, ainda é necessário combater expressões como "crime passional" e "perda de controle emocional" (MACHADO, 2019), já que no pensamento do criminoso feminicida, há uma convicção de que as mulheres não têm o direito de resistir à vontade do 'alfa'".

A importância da criminalização do feminicídio como tal foi afirmada pela primeira vez com o trabalho da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher – CPMI que ao elaborar uma avaliação da violência doméstica e familiar apontou as deficiências do poder público nessa área (MACHADO, 2019). Apesar disso, o feminicídio é originário da teoria feminista, tendo sido atribuído a Diana Russel no ano de 1993, que passou a referir-se ao tema como a morte das mulheres por homens pelo fato de serem mulheres, utilizando como uma variação do termo homicídio. Por esse viés, o feminicídio pode ser entendido como a morte de mulheres pelo simples fato de serem mulheres, sendo uma forma cruel de violência de gênero. Uma violência exercida por homens em desfavor das mulheres, para que estes tenham sentimento de posse e poder sob as mesmas (CAMPOS, 2015).

Portanto, esta caracterização do que entendemos por feminicídio nada mais é do que uma simples apreensão dos sofisticados debates que temos travado, ao longo do século, sobre os motivos pelos quais uma mulher é morta e ferida (SEGATO, 2017). Ocorre que, somente no ano de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.104, que introduziu a qualificadora do feminicídio no Código Penal, definido como o homicídio cometido contra a mulher por razões de gênero:

> Art. 121, § 2º [...] VI – contra a mulher por razões de gênero. § 2ºA Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).

Assim, a Lei nº 13.104/2015 traz o feminicídio como uma das formas de homicídio agravado. O homicídio de mulheres deixe então de ser considerado um simples homicídio e quando realizado por "motivos relacionados com a condição de mulher" da vítima e assume a forma de desvalorização/discriminação, em virtude da suposta inferioridade da mulher, ou "violência doméstica e familiar, tal como definida em legislação específica" (MACHADO, 2019).

Na redação da nova qualificadora, o feminicídio é entendido como a morte de mulher por razões da condição do sexo feminino, nas circunstâncias de: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Nessa toada, o conceito de violência doméstica e familiar é o previsto na Lei Maria da Penha e menosprezo significa sentimento de desvalia e discriminação traz a ideia de desigualdade à condição de mulher, deixando claro o reconhecimento de que a desigualdade nas relações de gênero. Com essa nova tipificação, o legislador conferiu a devida gravidade ao fato, na tentativa de diminuir a maior causa de morte de mulheres no Brasil. Portanto, o feminicídio é uma categoria de análise feminista criada para nominar e visibilizar as diferentes formas da violência extrema, possibilitando falar de um continuum da violência baseada no gênero. Nomear a violência feminicida é reconhecer juridicamente uma forma de violência extrema praticada contra mulheres e, por isso, simbolicamente importante (MACHADO, 2019).

A tipificação ampliou a incidência do sistema punitivo e, em 9 de março de 2021, a Lei nº 13.104, que incluiu o feminicídio dentre as qualificadoras do homicídio, completou seis anos. Porém, os dados nos mostram que é necessário mais, visto que "infelizmente elas descansam em paz" e a casa é o lugar menos seguro em tempos de pandemia.

2. PANDEMIA E O AUMENTO NOS CASOS DE FEMINICIDIO: "SE TE AGARRO COM OUTRO, TE MATO! TE MANDO ALGUMAS FLORES E DE ESCAPO"[97]

Como se sabe, em março de 2020, foi declarada situação de pandemia, em razão da Covid-19 causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2),

97 Referência à música de Sidney Magal, de 1977.

alterando a rotina de inúmeras pessoas, desencadeando alterações na vida das famílias e da sociedade em geral e uma das medidas tomadas foi o confinamento e o isolamento social. Assim, o período traz desafios, formas diferentes de se relacionar, habilidades para trabalho home office e uma ressignificação da rotina diária.

De outro lado, essas mudanças geram inúmeros efeitos, especialmente o avanço da violência contra as mulheres já que aumenta o número de horas em casa, diminui as oportunidades de empregos e diminui o contato com sua rede de apoio. Ainda, devido à crise da saúde, aumenta-se os entraves aos atendimentos presenciais, aos serviços de emergência e a dificuldade no acesso à justiça às mulheres vítimas de violência.

Entretanto, há ainda pouca discussão no que concerne ao isolamento familiar e o aumento de violência doméstica e apesar de muitas mulheres estarem na linha de frente contra a pandemia estão, ainda assim, entre a população mais afetada pelos impactos da Covid-19, seja em termos de saúde (menores níveis de cobertura de saúde e piores condições de vida), seja pelos impactos econômicos e sociais, quanto pela violência diariamente perpetrada (CEPAL, 2020). Nessa linha, vem avançando os estudos que procuram decifrar as percepções, os fatos e acontecimentos, o impacto sobre a justiça, as formas e os efeitos da violência contra a mulher, especialmente do feminicidio, durante e após a pandemia.

O feminicídio acarreta a ruptura parcial do estado de direito, já que o Estado é incapaz de garantir a vida das mulheres, de respeitar seus direitos humanos, de atuar com legalidade e fazer respeitar, de procurar e administrar a justiça, e prevenir e erradicar a violência que o ocasiona (LAGARDE, 2008, p. 234).

Segundo dados do IPEA, em 2018, 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que representa uma taxa de 4,3 homicídios para cada 100 mil habitantes do sexo feminino (IPEA, 2020). Não diferente, no ano de 2019, 66,6% das vítimas de feminicídio no Brasil eram negras, o que revela uma maior vulnerabilidade das mulheres negras a este tipo de crime, já que elas representavam apenas 52,4% da população feminina nos estados que compõem a base de microdados (IPEA, 2020).

Nessa linha, os dados são ainda mais inquietantes quando falamos dos casos de feminicidios ocorridos durante a pandemia. Segundo dados do Observatório de Segurança, em 2020, por dia, 05 mulheres foram vítimas

de feminicidio no Brasil, sendo que foram monitorados 1.823 eventos referentes a violências contra as mulheres, o que é resutado de uma construção social que delega à mulher uma posição subalterna e que dá ao homem a falsa sensação de posse em relação à sua companheira (RAMOS, 2021). Desse modo, a tentativa de feminicidio e o feminidio são tipos de violência contra a mulher que mais registrados:

Tabela 1: classificação conforme os tipos de violência contra a mulher

TIPOS	BA	CE	PE	RJ	SP	TOTAL POR TIPO
TENTATIVA DE FEMINICÍDIO/AGRESSÃO FÍSICA	80	33	95	161	384	753
FEMINICÍDIO	70	47	82	50	200	449
HOMICÍDIO	111	91	62	34	-	298
VIOLÊNCIA SEXUAL/ESTUFRO	26	17	18	38	118	217
AGRESSÃO VERBAL/AMEAÇA	4	13	4	27	50	98
TORTURA/CÁRCERE PRIVADO/SEQUESTRO	11	23	5	13	29	81
TENTATIVA DE HOMICÍDIO	0	24	17	2	0	43
OUTROS	2	2	19	2	12	37
BALA PERDIDA	2	2	16	11	0	31
TOTAL POR ESTADO	306	252	318	338	793	2007 (*)

Rede de Observatórios, 2020
(*) Um evento pode ser classificado como mais de um tipo de violência

Desse modo, a classificação de uma morte de mulher como feminicídio muitas vezes depende de uma interpretação e, outras vezes, de investigação, o que é raro na tradição policial brasileira. Por isso, facilmente um feminicídio é registrado como homicídio, perpetuando o discurso enraizado. Em outras palavras, a subnotificação encobre dinâmicas em curso na sociedade que acabam por ser naturalizadas (RAMOS, 2021). O estudo reforça a base patriarcal e sexista por trás do feminicídio, sendo que aqueles que aqueles que realizam a subnotificação encobre dinâmicas por compactuar com o sentimento de posse e poder sob as mulheres.

No mundo, não diferentemente, os dados mostram que em 2019, por dia, mais de duas mulheres foram assassinadas a cada 100.000,00 (cem mil) habitantes. Em Honduras, por exemplo, foram 6,2 mulheres. Já em

El Salvador, 3,3 mulheres, na República Dominicana e na Bolívia mais de duas mulheres (CEPAL, 2020). Assim, notável o aumento da violência doméstica, em razão da coexistência forçada, do estresse econômico e de temores sobre o coronavírus, o que não retira a condição da banalização do assassinato por uma convicção de que as mulheres não têm direito de resistir.

Os números mostram que por mais que mudanças de perspectivas tenham acontecido, que tenhamos evoluído quanto a legítima defesa da honra passando a nomear (MACHADO, 2019) e, consequentemente, tipificar o feminicídio, muitas mulheres continuam morrendo por serem mulheres.

3. QUANDO ESTAR NA RUA É MAIS SEGURO DO QUE ESTAR EM CASA – UMA ANÁLISE DA VIOLÊNCIA PERPETRADA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Em tese, dentro de casa, deveria ser o lugar em que a mulher normalmente poderia se sentir segura. Um ambiente de proteção e descanso, especialmente em situação de pandemia, onde o isolamento é medida recomendada. Ocorre que, a situação é contrária, o excesso de trabalho conjugado com a atribuição de tarefas doméstica, a violência perpetrada e os crescentes números desde março de 2020.

Ainda, na participação laboral e nas questões financeiras, dados informam que a pandemia da COVID-19 gerou um retrocesso de mais de uma década nos níveis de participação no mercado de trabalho das mulheres (CEPAL, 2021), fazendo com que muitas mulheres permaneçam em relacionamentos abusivos e em situação de violência doméstica.

Ocorre que a morte de mulheres pela condição de serem mulheres também é estrutural, assim como o racismo. É fruto de uma tradição que as enxerga como propriedade dos maridos e constrói a imagem da mulher do lar, dos filhos e obediente como o ideal de feminino. Um padrão reproduzido para além dos núcleos familiares e que podemos encontrar na rua, na escola, no trabalho, no governo. Sabemos que em 2021, teoricamente, esse ideal não é mais a regra graças a grandes avanços da luta feminista. Porém, até hoje o que se contrapõe a esse modelo, na prática, merece repulsa, violência e até a morte. Afinal, ainda outro dia, o assassinato

de mulheres provocado pelos companheiros era autorizado pela legítima defesa da honra ou pela passionalidade dos fatos, ou seja, a culpa da morte era da mulher assassinada e a sentença tinha o aval do Estado.

A participação no mercado de trabalho influencia diretamente nesse aumento. A taxa de participação no mercado de trabalho das mulheres em 2020, por exemplo, foi de 46%, enquanto a dos homens foi de 69%. Comparativamente, em 2019 tivemos uma taxa feminina de 52% e 73,6% masculina. Calcula-se, também, que a taxa de desocupação das mulheres chegou à 12% em 2020, percentual que sobe para 22,2% se for assumida a mesma taxa de participação no mercado de trabalho das mulheres em 2019. Em 2020, explica o estudo, registrou-se uma contundente saída das mulheres da força de trabalho, que, por ter que atender às demandas de cuidados em seus domicílios, não retomaram a procura por emprego (CEPAL, 2021, *on-line*).

Não obstante, o governo brasileiro pouco ou nada tem feito para amenizar os efeitos ou para diminuir a violência contra a mulher em situação de dificuldade e o enfrentamento à violência contra as mulheres deve ocorrer durante e depois da pandemia de Covid-19, demandando financiamento, resposta, prevenção e estudos sobre o tema. Ocorre que, o ódio, a agressão ao diferente, o ideário fascista, a ruptura dos padrões mínimos de civilidade, a morte como solução estão impregnados nas relações sociais e espaços públicos de discussão no Brasil (BANDEIRA, 2017).

Uma das poucas políticas implantadas pelo atual governo foi a criação da Lei nº 14.022/2020, que viabilizaria o sistema de comunicação com interação simultânea entre os órgãos de segurança pública, dentre os pontos positivos desse sistema, cabe ressaltar o compartilhamento de documentos entre os órgãos que os torna mais ágeis (BRASIL, 2020). Ainda que haja os meios de atendimento, há determinações para que o poder público adote as medidas necessárias que garantam o atendimento presencial, mesmo com as adequações instauradas pela pandemia. Porém, como visto a crise em todo o sistema brasileiro reforça o desprezo do atual governo com as políticas de combate à violência doméstica.

Sabe-se que todas as mulheres estão em risco de sofrer algum tipo de violência por razão de genero em algum momento de sua vida e com base nos dados disponíveis, pode-se estimar que entre 60 e 76 % têm sido

vítimas ou experimentado algum episódio de violência por questões de genero. Assim, a violência cruza com outras formas de discriminação e desigualdades como aquelas produzidas no mercado de trabalho, na falta de oportunidades, nas dificuldades para alcançar os serviços acesso básico e de qualidade (CEPAL, 2020).

Assim, a violência por razões de gênero contra as mulheres acontece no âmbito doméstico e também nos espaços públicos, no mercado de trabalho, na participação política e comunitária, no transporte e na rua, na escola e nos espaços de educação, se intersectando e potencializando com outras dimensões de violência e discriminação, por motivos de raça, origem étnica, orientação sexual, identidade de gênero e outras. Situaçoes potencializadas pela atual crise sanitárias como a produzida pela pandemia e pelas medidas de isolamento (CEPAL, 2020).

Historicamente, não era (e nem é) a mesma coisa ser mulher "branca, negra ou indígena". Não obstante, as mulheres foram julgadas na acepção da inversão humana de homens em um processo hegemônico. São esses "componentes" de controle e de poder que estruturam as dinâmicas relacionais entre homens e mulheres, e quando esse "poder" masculino é abalado ou quebrado, recorre-se à violência. A "posse" deste "controle" reforça a sua crença na ideologia viril (BANDEIRA, 2014; MACHADO, 1998).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do isolamento social que estamos vivendo, decorrente da pandemia de Covid-19, o crescimento da violência doméstica é assustador. Podemos referenciar esse aumento como um tipo de pandemia mascarada ou silenciada, e na qual as mulheres estão submetidas há muitos anos. O aumento acelerado dos casos de violência doméstica se dá pelo convívio forçado da vítima e de seu agressor, ou até por outros motivos, como o medo e dificuldade de realizar a denúncia, já que o agressor está sempre perto ou pela descredibilidade da vítima para com o Estado que deveria ser um meio de apoio e proteção.

Pelo que se pode observar, foi o Estado que negligenciou esses fatos, deveria e ainda deve implantar políticas públicas eficazes para o enfrentamento de um assunto tão delicado como esse, que em seu extremo, leva ao

feminicídio que é, no entendimento de Carcedo e Sargot (2002) o assassinato de mulheres por razões associadas a seu gênero, é a forma mais extrema da violência baseada na inequidade de gênero, esta entendida como a violência exercida pelos homens contra as mulheres em seu desejo de obter poder, dominação ou controle.

Ainda que não possamos erradicar a violência doméstica, devemos nos conscientizar da gravidade dela em tempos de pandemia, propor soluções e cobrar do Estado políticas públicas como medidas de enfrentamento desta "nova pandemia" que é maior a cada dia.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. ***Sociedade e Estado***, p. 449-469, 2014. Disponível em: https://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922014000200008. Acesso em:3 abr. 2021.

_____. **Feminicídio como violência política**. Texto apresentado no Senado Federal Brasília, 16 fev. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/pdf/apresentacao-lourdes-bandeira. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm.

BRASIL. ***Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.*** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. ***Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340, de*** **7 de agosto de 2006**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

CALAZANS, Mylena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de. Violência, Crime e Segurança Pública: Feminicídio no Brasil – Uma análise crítico-feminista. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan-jun. 2015. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275. Acesso em: 1 abr. 2021.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Enfrentar la violência contra las mujeres e las niñas**. Nov. 2020. Disponível em: <Enfrentar la violencia contra las mujeres y las niñas durante y después de la pandemia de COVID-19 requiere FINANCIAMIENTO, RESPUESTA, PREVENCIÓN Y RECOPILACIÓN DE DATOS | Publicación | Comisión Económica para América Latina y el Caribe (cepal.org)>.

_____. La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad. **Informe Especial Covid-19**. n. 9, 10 fev. 2021. Disponível em https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf. Acesso em: 1 abr. 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: 3 abr. 2020.

MACHADO, Lia Zanotta. Féminicide: nommer pour existerFeminicídio: nomear para existir. Femicide: naming it into existence. **Brésil: Sciences Humaines et Sociales**, v. 1, p. 11-28, 2019. Disponível em: https://journals.openedition.org/bresils/5576. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. Violência Conjugal: os espelhos e as marcas. **Série Antropologia 240**, Brasília-DF, v. 1, p. 1-42, 1998.

RAMOS, Silvia (Coord.). **A dor e a luta: números do feminicídio**. Rio de Janeiro: Rede de Observatórios da Segurança/CESeC, março de 2021. Disponível em https://cesecseguranca.com.br/texto-

download/a-dor-e-a-luta-numeros-do-feminicidio/. Acesso em: 23 mar. 2021.

SEGATO, Rita Laura. Femicidio y los limites de la Formación Jurídica. ***Pagina 12/Las 12***, 2017. Disponível em: https://www.pagina12.com.ar/39984-femicidio-y-los-limites-de-la-formacion-juridica. Acesso em: 1 abr. 2021.

SILVA, Miquelly Barbosa da. **O lugar social da mulher no tráfico de drogas da região de Luziânia-GO:** um olhar sobre as encarceradas do Entorno Sul do Distrito Federal. 2019. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Violência) – Centro Universitário UNIEURO, Brasília, 2019.

A PROTEÇÃO DE REFUGIADOS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Ana Flávia Pedroso Silva [98]

INTRODUÇÃO

No dia 20 de junho, é comemorado o Dia Mundial do Refugiado. Celebrando com os 72 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Brasil destaca os valores consagrados na Declaração e reafirma o compromisso em defender os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Admitida pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a Declaração é resultado do esforço conjunto de representantes de países de todas as regiões do mundo, com a intenção da construção da paz e da tolerância.

Entre as consequências mais visíveis e dramáticas decorrentes da Segunda Guerra Mundial, estavam os milhões de refugiados que, ao redor do planeta, haviam sido forçados a deixar seus países de origem devido às hostilidades ou em razão de perseguições em razão de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social e/ou opinião política.

Segundo dados de abril de 2018, 10.145 pessoas já foram reconhecidas como refugiadas no Brasil e existem 86 mil processos de solicitação de refúgio em trâmite, conferindo às pessoas envolvidas o direito à documen-

98 Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

tação relativa à sua condição migratória e o acesso ao mercado de trabalho e aos serviços públicos de saúde e educação.

Recentemente, a entrada em vigor da nova Lei de Migração brasileira (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017) consolidou a perspectiva de direitos humanos no âmbito da política migratória nacional, posicionando o país na vanguarda do tratamento da temática e transformando o Brasil numa referência no debate global sobre migrações.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA

A convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, também conhecida por Convenção de Genebra, disciplina juridicamente a condição dos refugiados. O intuito é resolver o problema dos refugiados pós-Segunda Guerra Mundial, direitos e deveres foram estabelecidos, bem como determinado países que os recebem.

O estabelecimento de tal convenção permitiu que milhares de pessoas que acabaram ficando no meio do fogo cruzado fossem ajudadas. Inúmeros refugiados foram realocados dos lugares que sofriam algum tipo de perigo para um lugar onde puderam começar as suas vidas.

A Convenção de Genebra fixa normas mínimas para que cada país possa desenvolver o tratamento adequado para com os necessitados. Com o passar do tempo e de vários eventos envolvendo guerras e conflitos armados, foi necessário que o Estatuto dos Refugiados fosse melhorado para abranger cada vez mais quem quer que precisasse de refúgio por razões de conflitos. Em 1967, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou uma atualização e melhoria que lhes foi submetida à aprovação. As seguintes aprovações pela Assembleia Geral da ONU são então as formas pelas quais, em necessidade, pode-se pedir refúgio em outro país.

Com o passar dos anos surge, em 1984, a Declaração de Cartagena, responsável até então pela expansão da interpretação do conceito de refugiado no Brasil e no mundo. Incluiu as graves violações aos direitos humanos no que tange os refugiados nesta ampliação.

1.1. A QUESTÃO DOS REFUGIADOS

Os refugiados são hoje cerca de milhões de pessoas, e ainda assim passam despercebidos aos olhos da sociedade. São aproximadamente 68

milhões de pessoas que são obrigadas a abandonar seus lares para que possam sobreviver em meio ao caos que se encontra o local em que costumavam habitar. Por questões de conflitos armados e perseguições, inúmeros refugiados atravessam mares, enfrentam lugares insalubres e se põe em situações desumanas para que se tenham se quer a chance de ter uma nova vida em um novo lugar.

O estatuto de 1951 afirma que nenhuma pessoa que buscou refúgio em um outro país pode ser mandada embora ou devolvida ao seu país de origem, respeitando então direitos humanos básicos. É dever de quem os recebe tratar com dignidade e oferecer ajuda a quem necessite. Ao chegar a um novo país, fugindo dos conflitos de seu país, o refugiado é primeiramente um solicitante de asilo, termo que é designado àqueles que esperam o reconhecimento da nomenclatura de refugiado. Há também os deslocados internos, que são aqueles que tentaram buscar abrigo e segurança dentro do próprio país.

A luta dos refugiados não é nova, e vem tomando cada vez mais destaque em nível mundial, sobretudo na Europa, onde o acesso é mais fácil para quem busca o refúgio. A grande problemática após a conquista de um local para morarem é a enorme xenofobia. Este preconceito é a causa de muitos deles não conseguirem um emprego digno, as diferenças de idioma e principalmente a cultural, fazem com que a prática de aversão ao estrangeiro seja alta.

1.2. O OLHAR DOS DIREITOS HUMANOS

Com 72 anos de existência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem como objetivo, entre tantos outros, garantir a proteção de refugiados quando seu país de origem não quis ou não foi capaz. É um grande problema que nem todo país possa ou seja capaz de cuidar de seus próprios habitantes de forma a garantir seus direitos fundamentais. Entre os vários problemas, piores são aqueles que são obrigados a deixar seus países em decorrência de guerras e conflitos. Eles são forçados a deixar para trás suas casas e a vida que tinham, sem a garantia de que vão sequer conseguir chegar com vida a algum outro país que os acolha.

O pensamento sobre a questão dos refugiados é de extrema importância e bastante atual. Cada vez mais pessoas têm deixado seus países

para pedir abrigo no estrangeiro. O grande problema surge do fato de que inúmeros países não se sensibilizam com a situação toda e fecham suas fronteiras. Pessoas são deixadas aos montes, as vezes no meio do mar, e lá ficam a seu próprio custo, sem saber se dali sairão vivas.

A aceitação de refúgio de uma pessoa no estrangeiro pode significar a diferença entre sua vida ou morte. É com cada um dos direitos e estatutos que existem hoje que podemos ao menos tentar garantir aos refugiados uma nova vida, uma vida bem longe dos conflitos que os mesmos estavam a viver.

A problemática no que tange aos refugiados não é nenhuma novidade. A relação entre o refugiado e os direitos humanos se deve à influência que o direito humanitário exerce sobre esses necessitados, uma vez que é tema tratado na Declaração Universal Dos Direitos Humanos.

2. PROBLEMÁTICA MUNDIAL

De acordo com conceitos construídos pela própria ONU, para ser denominado refugiado, o indivíduo deve afirmar que se considera perseguida por seu Estado de origem, seja por motivos de nacionalidade, religião, raça, opinião política, dentre vários outros aspectos. Ao deixar de existirem motivos para que uma pessoa seja refugiada, a mesma perde tal título não havendo mais as razões para reconhecer uma pessoa na condição de refugiado.

Ao passar de cada ano, cada país abriga mais e mais refugiados. Entretanto, países mais desenvolvidos, a exemplo dos Estado Unidos e países da União Europeia, têm criado cada vez mais requisitos para a admissão de refugiados, dificultando a entrada dos mesmo em seus territórios. O destino mais procurado por aqueles que buscam um abrigo em decorrência de razões políticas, são os países menos desenvolvidos, pela facilidade que os mesmos apresentam para entrada e estabelecimento nestes.

Entretanto, ao procurarem por países que, em tese, têm uma condição melhor de recebê-los, eles acabam passando necessidades em vários aspectos. Muitos não têm onde morar, não possuem condições básicas de saúde, educação e alimentação. Os países emergentes, como é o caso do Brasil, não têm muitas vezes as devidas disposições para oferecer o básico nem para seus próprios moradores, quem dirá então para terceiros vindos de outros países e que precisam também de ajuda.

Entre tantos outros problemas, aqueles que aqui entram, por meios legais ou não, enfrentam diversas situações para além da já citadas. Essa dificuldade é notável primeiramente no idioma; ao tentarem se comunicar, a clara diferença cultural, decorre daí até a própria xenofonia, a aversão ao estrangeiro. E essa circunstância toda atinge também a busca por emprego, com a falta de experiência e qualificação, muitos deles acabam nas ruas se colocando às margens da sociedade, completamente desassistidos pelo Estado.

O mercado de trabalho no Brasil, e em vários outros países, é extremamente competitivo e muitas vezes não aceita a entrada do estrangeiro refugiado. O mesmo é visto como concorrência, mesmo as vezes tendo qualificação para o cargo e com todos os requisitos atendidos, como se estivesse ali tomando a vaga de um nacional, que tem também em tese todas as qualificações para ocupar o cargo em questão

2.1. FALTA DE EMPATIA PARA O ESTRANGEIRO

A escassez de pesquisa e averiguação correta dos termos e propósitos faz com que o refugiado seja de imediato comparado ao terrorista. Enquanto este tem intenções reais de destruir lares e famílias, aquele busca apenas um novo lar onde possa levar uma nova vida e longe de ameaças.

Os países que se recusam a receber pessoas pedindo por ajuda, com a alegação de que o desconhecido que está adentrando seu território irá causar danos e perturbações aos que já residem, mostram extrema ignorância e falta de empatia. Esse discurso de ódio está impregnado no mundo atual, o que faz com que a luta dos refugiados não seja levada com a devida seriedade.

O preconceito é praticado muitas vezes sem que as pessoas sequer reparem no que estão fazendo. A partir do momento que um refugiado consegue um emprego em determinada empresa, uma vaga numa escola ou universidade, e as pessoas passam a olhá-lo com indiferença e antipatia, a discriminação e xenofobia estará acontecendo. Se toda uma população acredita que o estrangeiro refugiado está tomando a vaga de alguém que ali reside, e esta pessoa tem as mesmas qualificações que você, temos aqui um grave problema de preconceito e que precisa de imediato ser resolvido.

2.2. FECHAMENTO DE FRONTEIRAS

Ao nos deparamos com cenários de crimes cometidos por estrangeiros, logo vem a afirmação de que se as fronteiras estivessem fechadas para os refugiados, tais crimes não teriam sido cometidos ali. Cenas como essas são comumente registradas em casos na Europa e nos Estados Unidos.

Com governos mais nacionalistas, temos, consequentemente, medidas mais radicais, como o fechamento de fronteiras aos refugiados que muitas nações ao redor do mundo anunciaram que fariam com o objetivo de proteger seus nacionais. Diante disso, vemos que ainda há muito a ser amplamente discutido e conscientizado para que as crises migratórias sejam resolvidas, ou pelo menos diminuídas de forma a tratar cada ser humano com a devida dignidade humana.

3. A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS NA QUESTÃO DOS REFUGIADOS

Com o passar do tempo viu-se, no Brasil, a necessidade da criação de uma lei que pudesse tratar de toda a questão dos refugiados. Em 1997, surge então a Lei nº 9.474/97. Até esse mesmo ano ainda não havia qualquer lei que pudesse tratar dos direitos e deveres para com o refugiado. O Brasil passou a reconhecer, sob proteção da ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) os refugiados, que dali em diante teriam direitos e deveres finalmente regulamentados.

O artigo 3º da Lei nº 9.474/97 dispõe:

> Ao refugiado regularmente registrado no Departamento de Polícia Federal será fornecida Carteira de Trabalho e Previdência Social, facultada a vinculação a sindicato, inscrição em órgãos representativos de classe e fiscalização, de profissão, nesta última hipótese desde que especialmente atendidas as disposições legais pertinentes.

É possível observar então que com o advento desta Lei, em 1997, o refugiado passou a gozar de seus direitos em território brasileiro, podendo se estabelecer e criar uma nova vida, bem diferente da que estava acostumado em seu país de origem.

3.1. GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ao implementar a Lei dos Refugiados, o Brasil teve o intuito de oferecer dignidade, respeito e proteção aos que se encaixavam nos requisitos de "ser um refugiado". Essa lei foi usada como base pela ACNUR para utilização em todo território que abrange o Mercosul, por sua ótima redação e eficiência.

Em 1997, surge a Lei nº 9.474, que vem buscar solucionar toda problemática envolvendo o refugiado. Por esta, temos que refugiado é:

> 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 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 regressas 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.

No artigo temos quem é munido por esta lei, deve ser respeitado e dar-se os devidos direitos e deveres como cidadão deste país. De acordo com artigo "Refúgio no Brasil, a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas américas", o Brasil ganhou amplo destaque após os anos 2000, ao dar voz às minorias, ao dar uma chance para que tais pessoas em condições extremas tenham uma segunda chance de vida. E é nesse destaque e ampla funcionalidade que outros países deveriam se espelhar. Há países com capacidade de recepção e estrutura mais desenvolvida que o Brasil e que poderiam estar envolvidos neste projeto.

3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Com a chegada da lei dos refugiados, podemos dizer que seus direitos foram não só afirmados, como também ampliados. Com a definição de refugiado e o amplo entendimento por parte da população, é possível que os direitos dos refugiados não somente sejam postos em prática, mas tam-

bém que haja responsabilidade civil por parte daqueles que não cumpram os respectivos direitos.

Sendo um dos direitos mais antigos no mundo, tendo inclusive vasta população que se qualifica como refugiado, o direito ao refúgio não é muitas vezes posto em prática como deveria. Causas humanitárias deveriam ser a primeira pauta de qualquer reunião que órgãos superiores venham a ter, qualquer mudança por mínima que seja em prol daqueles que estão à margem da sociedade pode fazer uma diferença enorme na vida de cada um.

O mundo atual, do século XXI, é bem diferente dos inúmeros momentos que já vivemos, e com toda tecnologia e facilidade de comunicação existente que devemos tirar proveito e fazer com que os menos favorecidos tenham uma vida digna e que não vivam mais com o medo de perseguição que muitas vezes têm no país que residem.

Com as presentes iniciativas de refúgio em curso, devemos não só acatá-las, mas também responsabilizarmos civilmente, e onde mais couber, aqueles que não ajudam de alguma forma nessa luta. Temos hoje países que deixam refugiados à mercê em alto mar pelo simples fato de que suas populações associam os mesmos com terroristas. Algumas vezes, o sentimento de nacionalismo de um povo, sem nenhum motivo pertinente, faz com que muitos não tenham melhores oportunidades de vida no país a que estão tentando adentrar.

CONCLUSÃO

Fica evidente, portanto, a necessidade de ampla exposição e conscientização em nível internacional no que diz respeito aos direitos humanos. E melhor ainda, os direitos dos refugiados frente às barreiras e dificuldades que eles enfrentam todos os dias. Os refugiados foram e ainda são perseguidos por inúmeros motivos, motivos esses que os fizeram abandonar toda uma vida e família em determinado local em busca de uma vida mais digna.

Diante do triste cenário que vemos todos os dias na TV e em jornais, há providências que precisam ser tomadas. O fato de que pessoas arriscam a própria vida para deixar seus países por inúmeros motivos é uma preocupação internacional. Toda essa problemática é uma questão de direitos

humanos, que deve ser observada e corrigida por cada um dos países do mundo na medida de suas capacidades.

Para que o aceite e acolhimento aos refugiados seja aprimorado e aumentado, é necessário que cada uma das nações que os recebe tenha um órgão especializado que trate do assunto mais detalhadamente. Órgão este que seria responsável pela proteção e de fácil acesso caso haja necessidade de assistência para qualquer tipo de problema que os mesmos possam vir a ter.

O cenário mundial hoje não é dos mais bonitos, muito pelo contrário. Tendo isso em vista, podemos tomar inúmeras medidas para que esta realidade seja outra. A visão estigmatizada pelos países de primeiro mundo deve ser mudada; a simples ação de aceitar uma pessoa que precisa desse refúgio pode ser de grande impacto em sua vida futura, bem como na de seus familiares.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade jurídica e direitos humanos.** São Paulo: Lumen Juris, 2018.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). **Mini código de direitos humanos.** Edição revisada e ampliada. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, 2010.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Política do Acnur sobre proteção e soluções para refugiados em áreas urbanas**. Set. 2009.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos humanos.** São Paulo: lTR, 2016.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. Não basta acolher os refugiados, é preciso denunciar a violência. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). **Refúgio no Brasil:** a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. CAP. 4. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BALERA, Wagner (Org.). **Direito internacional dos refugiados nos 25 anos da Declaração de Cartagena.** São Paulo: Plêiade, 2009.

BARBOSA, Luciano P.; Sagrado da Hora, J. R. **A polícia federal e a proteção internacional dos refugiados**. Brasília: Acnur, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta.** São Paulo: Zahar, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2020.

CAMPOS, Lorraine Vilela. **A crise dos refugiados: onde está o respeito ao próximo?** Disponível em: https://vestibular.brasilescola.uol.com.br/blog/a-crise-dos-refugiados-onde-esta-respeito-ao-proximo.htm. Acesso em: 7 de agosto de 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2019.

CHADE, Jamil. **Direito humanos viram saia-justa para país na ONU.** O estado de S. Paulo, 13 jul. 2010, p. A-4.

CONVENÇÃO DE 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/, acesso em: 23 de abril de 2020.

DA MATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1989.

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. Disponível em: https://caminhosdorefugio.com.br/tag/declaracao-de-cartagena/, acesso em: 23 de abril de 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por, acesso em: 7 mar. 2020.

EVANGELISTA, Alisson Daniel Mendes. **Os refugiados e a proteção social de sua cidadania**. Disponível em: https://nossilaiels.jusbrasil.com.br/artigos/198277031/os-refugiados-e-a-protecao-social-de-sua-cidadania#:~:text=O%20refugiado%20

n%C3%A3o%20necessita%20t%C3%A3o,de%20amparo%20da%20defesa%20social. Acesso em: 27 ago. 2020.

FARENA, Maritza Natalia Ferreti Cisneros. **Direitos humanos dos migrantes:** ordem jurídica internacional e brasileira. Curitiba: Juriá, 2012.

GONZALEZ, Amelia. **"Fechamento de fronteiras a refugiados não garante segurança à população", diz cientista político.** Disponível em: https://g1.globo.com/natureza/blog/amelia-gonzalez/post/2019/08/05/fechamento-de-fronteiras-a-refugiados-nao-garante-seguranca-a-populacao-diz-cientista-politico.ghtml. Acesso em: 12 set. 2020.

GUTERRES, Antonio. **Deslocamento urbanos: um fenômeno global.** Folha de S. Paulo, 21 mar. 2010, p. A-3.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo/Brasília: Método/Acnur, 2007.

LAFER, Celso. **A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira.** São Paulo: Perspectiva, 2001.

Lei Nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Estatuto dos refugiados.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm, acesso em: 12 mar. 2020.

MENEZES, Fabiano L. de. **As inter-relações entre os atores internacionais: o caminho à cooperação.** São Paulo: Editorama, 2010.

O GLOBO. **ENEM: entenda a questão dos refugiados para a provas de atualidades e redação.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/enem-e-vestibular/enem-entenda-questao-dos-refugiados-para-as-provas-de-atualidades-redacao-23993504>. Acesso em: 23 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados.** Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações

Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Série Tratados da ONU, n. 189, n. 2545, abr., 1954. p. 137. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

OS REFUGIADOS E OS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/junho/os-refugiados-e-os-direitos-humanos, acesso em: 7 abr. 2020.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Papel da defensoria na defesa dos direitos dos refugiados e apátriadas.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-14/tribuna-defensoria-papel-defensoria-defesa-direitos-refugiados-apatridas. Acesso em: 18 out. 2020.

PENA, Rodolfo Alves. **População de refugiados no mundo.** Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/geografia/populacao-refugiados-no-mundo.htm#:~:text=O%20n%C3%BAmero%20de%20refugiados%20no,%C3%A9%20a%20quest%C3%A3o%20dos%20refugiados. Acesso em: 28 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direitos Humanos Atual.** São Paulo: Forense Jurídico Proffisional, 2013.

POPULAÇÃO DE REFUGIADOS NO MUNDO. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/geografia/populacao-refugiados--no-mundo.htm#:~:text=Um%20dos%20principais%20problemas%2C%20em,1951%20e%20adotada%20em%201954., acesso em: 23 abr. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2019.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil.** S. Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ROCHA, Rossana Reis; MOREIRA, Julia Bertino. **Regime internacional para refugiados: mudanças e desafios.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000300003. Acesso em: 23 set. 2020.

SEGURANÇA PÚBLICA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Flavia J Bianchini [99]

INTRODUÇÃO

Este estudo busca analisar o reconhecimento do direito à face da segurança pública, ou seja, de todos os indivíduos da sociedade de forma comum, como típico direito fundamental relacionando aos direitos humanos. Pontuando que, de fato o processo de construção e reconhecimento dos direitos humanos está interligado diretamente com a evolução histórica da sociedade e processo de reconhecimento da dignidade da pessoa humana e o direito a segurança como um direito fundamental de todo indivíduo.

A proposta de estudo, ao identificar fundamentos para a responsabilização do Estado na hipótese de falha da segurança pública, favorecendo o afronte ao direito humano e fundamental de segurança do cidadão. Para tanto, procedeu-se à análise, se tratando da teoria dos direitos humanos e fundamentais, os seus fundamentos e definições contextualizadas dentro da prática de segurança regida pelo orgão público, em que o dever estatal de proteção aos interesses essenciais à manutenção da vida social digna, representada pelo concreto exercício de direitos inerentes ao ser humano, como à vida, à liberdade e à igualdade, é essencial à concepção atual de Estado e, no caso da república Federativa do Brasil, sedimenta-se nos ali-

99 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2015-2019), Especialista em Segurança Pública por UNINA, Cursando Especialização em Direito do Estado - Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina.

cerces da Democracia e do Direito, encontrando-se assegurado portodo ordenamento jurídico, em especial pelo plano constitucional.

Assim, a segurança deve ser vista, portanto, a partir de uma visão ampla, visão macro normativa, como um conjunto de medidas a serem empreendidas e tomadas para a proteção do "organismo estatal" que são os indivíduos dos quais se resguarda todas os outros direitos sociais, como uma segurança orgânico-institucional, focada no resguardo dos elementos essenciais à sua existência, ou seja, segurança legítima do seu povo, do seu território e da sua soberania, bem como dos seus princípios e direitos fundamentais e dos seus objetivos constitutivos e sociais. Nesse sentido, o que se deseja, é de forma alguma, deixar no esquecimento a função constitucional da segurança pública feita pelo Estado, de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e da sua coletividade, sem prejuízo do efetivo e rígido combate aos excessos estatais identificados na prestação de determinados deveres públicos.

1. DESENVOLVIMENTO

De forma doutrinária, é possível identificar que os direitos humanos, são divididos por três dimensões distintas, que podem ser considerados por serem reflexos da Revolução Francesa, sendo, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, constituindo assim, fontes para o desenvolvimento humano e social, que devem ser assegurados. Partindo do cenário em que se reconhece o direito à segurança pública como um direito tido como fundamental do indivíduo, exige-se neste sentido, grandes responsabilidades cobradas do Estado, no que toca ao reconhecimento de tal direito para a concretização de outros, de forma geral a segurança pública deve ser entendida como um processo exercido para preservar a o a ordem pública e o bem-estar das pessoas e do patrimônio

O estudo em segurança pública, requer a compreensão de seus múltiplos conceitos e a adoção de uma definição que esteja alinhada com os propósitos de emissão da pesquisa, sendo que, tal definição é a tentativa de se enunciar de uma maneira precisa, o uso comum da corrente de uma expressão e seus limites dentro do direito, assim, a definição é em geral algo que se pode dizer algo grandioso, para melhor compreensão e desenvolvimento de áreas comuns entre os fatores definidos.

O conceito, no entanto, pode ser pontuado como algo mais complexo, composto por múltiplas dimensões e visões de mundo, dependendo do contexto em que é empregado, com isso, é possível se aplicar um conceito sem que se possa ter uma definição precisa do objeto em questão. Dito isso, na busca por reconhecimento, vejamos as definições dos direitos pontuados como direitos fundamentais e direito á segurança.

A ideia de Direitos Humanos tem origem no conceito filosófico de direitos naturais, um rol básico de direitos, atribuídos por Deus, que requerem especial proteção. Segundo Alexandre de Moraes, Direitos humanos fundamentais podem ser definidos como sendo um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem como finalidade básica o respeito a sua dignidade, exercida por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (MORAIS, 2016).

Assim, entende-se que Direitos Humanos são aqueles direitos inerentes à pessoa humana, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante todo o Estado, de forma a limitar os poderes das autoridades, garantindo o bem estar social através da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação como bem definido na Constituição Federal da República Brasileira de 1988, dessa forma, cabem ao Estado de direito uma preocupação permanente com a promoção e preservação da cidadania plena, a qual seria constituída pelos direitos civis, políticos e sociais

Remetendo às alterações que a expressão "direitos humanos" sofre no decorrer do tempo e no espaço, alguns autores advertem que essa expressão também pode "[...] assumir, em teorias hegemônicas, a classificação de gerações de direitos que alcançou notoriedade, ou, ser referida, a partir da teoria crítica dos direitos humanos, como dimensões ou processos históricos" (SILVA JUNIOR, 2017, p. 35). O que é compreendido como direitos necessários e gerais resguardado para qualquer e todo indivíduo de forma natural para que desenvolva sua vida social em liberdade.

Não enfatizando a diferença do que seja a forma conceitual de Direitos Fundamentais, que por sua vez, correspondem a situações específicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; por serem fundamentais ao homem/indivíduo no sentido de que, a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reco-

nhecidos, mas realizados concretamente ou materialmente efetivados em pleno exercício de direito.

No que pese o Título II da Constituição Federal da República, ao definir sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, é válido constatar que em conformidade com seu Art. 5º, é o dispositivo constitucional que consagra grande parte dos Direitos Humanos de primeira geração, pois afirma como fundamental o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assim como assegura a liberdade de consciência e crença, a liberdade de expressão, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, dentre outros direitos, ao dizer "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" (BRASIL, 1988). Garantindo a segurança como Direito Fundamental.

Assim, de certo modo, sendo os direitos humanos reconhecidos pelo Estado, qualificados como tal pelo direito vigente, e que têm o intuito de limitar o poder político estatal. Constituem-se na base do Estado Democrático, sendo inerentes aos direitos e liberdades individuais, ou seja, são direitos que integram um rol básico que são inseridos também na norma fundamental, a Constituição de determinado Estado.

O Professor Enoque Ribeiro dos Santos dá a colocação entre ambos os direitos supramencionados, em que pese dizer que pala ele, os Direitos humanos são direitos que toda pessoa possui pelo simples fato de ter nascido nesta condição "humana", enquanto direitos humanos fundamentais, sendo aqueles em espécies do gênero direitos humanos, que em determinado momento histórico, político, cultural e social de um povo, resolveu positivá-lo no ordenamento jurídico, sobretudo em sua Carta Magna, atual Constituição Federal (SANTOS, 2008, p.278), enfatizando a delinição destes direitos perante o vínculo social e o Estado. Nota-se que ambos os direitos caminham juntos, e estão resguardados por uma lei máxima que torna rigorosa a efetivação de suas normas, no que pede o direito a segurança individual, ao qual pertence a competência Estatal.

A Segurança Pública tem papel atuante nas responsabilidades do Estado, que por sua vez tem competência de prevenção e prestação de segurança pública aos cidadãos, com o intuito de prevenir os fatos lesivos ao indivíduo e sociedade, que tem como causa possíveis condutas de infração

à ordem da normalidade do serviço público, voltado ao atendimento do indivíduo diante da necessidade humana de segurança.

1.1. DIREITOS ASSEGURADOS

Para a Constituição, a segurança pública deve ser tratada como um bem comum e está assegurada por meio de um conjunto de políticas e medidas. O foco central da política de segurança, é a proteção da sociedade, a garantia do exercício dos direitos de cidadania e a integridade, assegurando os direitos constitucionais a toda sociedade. Deve ser ainda entendida como um processo que tem por objetivo preservar a ordem pública, atender aos valores mínimos da convivência social, bem-estar das pessoas e do patrimônio, garantindo a integridade física e moral.

Assim, a segurança pública, faz parte do rol dos direitos fundamentais dos indivíduos, que se faz necessário ao desenvolvimento da personalidade humana e ao aperfeiçoamento da vida em sociedade, os delineamentos do direito social à segurança pública, garantido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, e definido no artigo 144 da Constituição Federal, como dever do Estado, é de direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública, das pessoas e do patrimônio, através das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares que compoe o poder de segurança do Estado.

Para Hely Lopes Meirelles, a ordem pública é considerada uma situação de" tranquilidade e normalidade que o Estado assegura, ou deve assegurar, às instituições e a todos os membros da sociedade, consoante as normas jurídicas legalmente estabelecidas" (MEIRELLES,1996, p.147). Visando garantir o exercício dos direitos individuais, mantendo a estabilidade das instituições e assegurar o regular funcionamento dos serviços públicos, e impedir os danos sociais, conforme o mesmo autor, a ordem pública vincula-se à noção de interesse público e de proteção à segurança do indivíduo.

O termo 'segurança' para Valter Foleto Santim, que afirma ser uma constante do preâmbulo e dos arts. 5º, caput, e 6º da Constituição Federal, deve ser interpretado como relativo ao direito à segurança pública, predominantemente de caráter difuso, que visa tutelar a manutenção da ordem

pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, CF), componente importante para a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º) e exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, preservação da harmonia social e solução pacífica das controvérsias do preâmbulo da Constituição Federal, em que "o direito à segurança pública sempre esteve presente na história da humanidade, tanto nas fases de tribos, cidades, impérios, reinos e sociedade como no Estado moderno (SANTIN, 2013, p. 48), quer dizer que o direito à segurança pública é um dos meios de garantia do exercício dos demais direitos, capaz de ajudar a construir objetivamente novos horizontes de convivência em harmonia com as dimensões da vida humana em sociedade

Por meio da segurança pública efetiva, assegura-se pelo Orgão Estatal, a proteção e amparo às pessoas, considerados cidadão ou humanos, permitindo-lhes desfrutar dos demais direitos aos quais lhe são ofertados, seu reconhecimento está afirmado na ordem interna da grande maioria dos países e em inúmeros documentos internacionais, desde a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, assim, se ao Estado compete garantir a proteção aos direitos fundamentais do ser humano e se o crime representa a maior ofensa aos direitos fundamentais, é consequência lógica a obrigação estatal de agir, seja para evitar a prática delituosa (atuação preventiva), seja para restabelecer a paz social por ela lesada (atuação repressiva).

Estendida ao âmbito público, a declaração de segurança pública implica na ação preventiva e repressiva exercida por órgãos e agentes públicos para a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e pressupõe a garantia de um Estado antidelitos, de convivência social pacífica, com a preservação e a manutenção da ordem pública e a incolumidade das pessoas e de seus patrimônios, onde as políticas públicas se dá como único instrumento na concretização do direito à segurança pública, como diz Silva, "ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir a curto prazo, a prática de crimes" (SILVA, 2009, p. 777 e 778).

O Estado deve atuar de forma a garantir a segurança de cada cidadão não só com interferência policial ou judicial, mas de maneira a evitar ao máximo o uso do meio repressivo, a fim de manter a ordem pública, a paz, e o respeito. Em âmbito social público, implica na ação preventiva e

repressiva exercida por órgãos e agentes públicos para a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e pressupõe a garantia de um Estado onde não prospere a conduta delitiva, visando uma convivência social pacífica, com a preservação e a manutenção da ordem pública e a incolumidade das pessoas e de seus patrimônios (FREITAS, 2012).

Onde no Estado democrático de direito, a ordem pública deve significar proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais das pessoas, derivando daí a concepção de segurança pública como a ação exercida na proteção daqueles direitos que são essenciais à pessoa humana. O Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido., e limita-se à defesa da ordem e segurança públicas "Estado polícia", "Estado gendarme", "Estado guarda nocturno", remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. (CANOTILHO, 2002, p. 97).

Afirmando ainda por Bobbio, desde o início de seus estudos sobre direitos humanos, que "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político." (BOBBIO, 2004, p.23), dando total competencia ao orgão administrativo.

Dentro desses princípios, a Lei n.º 11.530 de 24 de Outubro de 2007 institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI. A ser exercida pela União por meio da articulação da articulação dos órgãos federais, em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios e com a participação das famílias e da comunidade, mediante programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira e mobilização social visando à melhoria da segurança pública, em que o programa se destina à prevenção, controle e repressão da criminalidade atuando em suas raízes socioculturais, além de articular ações de segurança pública com políticas sociais por meio da integração entre a União, estados e municípios.

Após ser pontuado e definido cada assunto que paute a vinculação entre Direitos Humanos e Fundamentais, cabe enfatizar que ambos se encontram em patamares diferenciados, porém de igual acessibilidade e garantias aos indivíduos. Assim, os direitos resguardados pelo direito fundamental constitucional, também se agrega aos direitos humanos, refletindo de forma geral a garantia de segurança pública realizada pela ad-

ministração Estatal. Sendo que a qualidade da gestão administrativa em segurança pública é relativamente proporcional ao bem-estar social e econômico de uma sociedade, que ao conseguir adequadamente distribuir os recursos públicos para os devidos órgãos responsáveis pelas necessidades do cidadão, saúde, educação e segurança, o Estado mantém uma condição satisfatória em que as necessidades são total ou parcialmente atendidas, e os direitos fundamentais são assegurados.

Tratando-se de uma organização pela qual é composta de entes policiais cada qual em seu âmbito de competência constitucional, onde o alcance dos direitos humanos é global, consolidando não só determinados direitos e garantias, mas também, obriga que os deveres fundados na Constituição de cada País sejam efetivados.

Por fim, é válido ressaltar que ambos os direitos estão entrelaçados, e ambos embasados em seus poderes hierárquicos justificado conforme as políticas públicas e administração estatal, sem que sejam rompidos o dever, o direito e as garantias adquiridas.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De maneira coerente ao que foi exposto, a segurança pública faz parte de um rol alencado, que se trata de direitos fundamentais dos indivíduos, garantidos pelo Estado, que é necessário ao natural desenvolvimento da personalidade humana e ao aperfeiçoamento da vida em sociedade. Por meio dela, assegura a proteção e amparo às pessoas e cidadãos de cada país, sempre assegurado pela lei interna e pela ONU, permitindo-lhes desfrutar dos demais direitos que possuem.

Conforme o Art. 144 da Constituição Federal da República, de 1988, a segurança pública, é um dever do Estado, pois é direito de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos órgãos competentes que exercem o poder de polícia, como forma de manter a ordem social e o bem-estar comum.

A efetivação do direito à segurança pública depende da conjugação de políticas públicas que satisfaçam os vários direitos fundamentais e sociais, ambos estão interligados como a questão da violência, o direito à educação, saúde, emprego a igualdade material e a segurança.

Diante do quadro apresentado, é preciso efetivar e reforçar os direitos fundamentais sociais e a cidadania, também é válido elaborar estratégias para combater a criminalidade organizada, diagnosticar as causas da criminalidade e ofenças sociais que lesem a segurança do indivíduo, atuar preventivamente sempre com a participação da sociedade civil na elaboração das políticas públicas e do bem estar social. Tal conclusão decorre exatamente da letra do texto da Lei Maior, de garantias, proteções e segurança, estabelecer seus fundamentos de constituição estatais, em que a segurança pública recebe expresso amparo constitucional no preâmbulo, no artigo 5º, caput, no artigo 6º, caput, e no Capítulo III, do Título v, pelo artigo 144, 5 que estabelece, em seu caput, ser ela dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservaçãodaordempública eda incolumidadedaspessoas edopatrimônio, artigo 1º da Constituição (CF/88); seus objetivos, artigo 3º; suas bases para as relações internacionais, artigo 4º, (BRASIL,1988); e, como pilar dos direitos fundamentais do ser humano, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Conclui-se, pois, que as políticas públicas podem ser consideradas o principal instrumento para combater a criminalidade, bem como, a única alternativa capaz de mudar o atual quadro que se encontra a segurança pública brasileira a fim de efetivar e assegurar os direitos fundamentais de toda sociedade, como de fato é cabível e resguardado, tendo por imprescindível a atuação estatal ativa e interventiva para que os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal sejam concretizados de maneira eficaz.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2020.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **O Direito Humano a Segurança Pública e a Responsabilidade do Estado**. Disponível

em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0731460a8a-5ce162> Acesso em: 18 nov. 2020.

JUNIOR, Ivanildo Geremias da Silva. O direito à segurança pública como direito fundamental. **Revista Âmbito Jurídico**. São Paulo, agosto de 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-seguranca-publica-como--direito-fundamental/> Acesso em: 19 nov. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições. In: _____. **Segurança e ordem pública**. São Paulo: Saraiva. p. 147-157, 1996.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle Judicial da Segurança Pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2. ed. São Paulo: verbatim, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. São Paulo, n. 48, p. 11-32, jun., 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.** Revista LTr: Legislação do Trabalho: São Paulo. São Paulo, v. 72, n. 3, p. 277-284, mar. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18 dez. 2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

O CAMINHAR DOS 30 ANOS DO ECA – OLHAR DAS DOAÇÕES LEGAIS

Carlos Lopatiuk[100]

> Quando vejo uma criança, ela inspira-me dois sentimentos: ternura, pelo que é, e respeito pelo que pode vir a ser.
>
> Louis Pasteur

INTRODUÇÃO

O futuro do Brasil é represetado legitimamente pelas crianças e o adolescentes, que gozam de proteção no âmbito constitucional nos termos do art. 227, que taxativamente expressa que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A Lei Maior resguarda que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da crian-

100 Graduação em Direito, Ciências Contábeis e Administração Públicado pela Universidade Estadual de Ponta Grossa; doutorado em Ciências Empresariais - Universidad del Museo Social Argentino. Douorando em Direito - Universidade Publica Nova de Lisboa -PT (2019). Mestrado em Contabilidade e Controladoria - Universidade Norte do Paraná convênio com a USP - Universidade de São Paulo. Professor Efetivo da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG.

ça, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo a regramento proprio, destacando-se o ECA, que desde a sua criação em 1990 vem evoluindo e passando por significativas alterações que foram objeto de pesquisa cujos resultados seguem.

Para atingir os objetivos relativos às políticas ligadas a criança e adolescente, são necessários recursos principalmente financeiros, sendo este um dos principais problemas para resolver a lei buscou criar mecanismos que possibilitem a arrecadação e assim o cumprimento de suas políticas públicas.

As conquistas do ECA (1990), principalmente quanto às doações podem estar em risco com a implantação de políticas públicas pela Lei nº 10.741/2003, criada com o intuito de dispor sobre Estatuto do Idoso. Essa lei afirma que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, da proteção integral, garantindo meios e assegurando-se-lhes também todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Afirma também que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. As políticas públicas ligadas aos idosos são de grande importância, mas não devem prejudicar aquelas ligadas a criança e ao adolescente ja conquistadas, nem invadir conquistas e direitos do ECA.

Esta pesquisa busca identificar o caminhar do ECA nos seus 30 anos e verificar se houve prejuízos com o avanço dos direitos dos idosos, delimitando-se por ora o campo das doações previstas no ECA, analisados sob uma das principais fontes de arrecadação, que são as doações por meio do imposto de renda e dos fundos especiais. Além de pesquisar e analisar a evolução histórica, sob o viés jurídico e social, do ECA, é relevante discutir e explicar o texto legal, a fim de tornar clara e de fácil o acesso a informação sobre as possibilidades e vantagens que envolvem o contribuinte e a população quando se trata de doações aos fundos de incentivo e proteção aos direitos da criança,

adolescente analisando subsidiariamente, por fim, também, os direitos relativos à pessoa idosa.

Visando constituir um trabalho acadêmico, o objetivo geral da pesquisa é analisar a evolução legislativa do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) sobre doações legais ao longo dos trinta anos de sua existência, de modo a contribuir com temas voltados à discussão da cidadania, direitos e emancipação humano-social sob uma perspectiva interdisciplinar. Eis que surgem como objetivos específicos 1) pesquisar a legislação e seus avanços no tempo; 2) conceituar suscintamente os estatutos da criança e adolescente e estatuto do idoso; 3) apresentar as formas de doação de recursos para seus respectivos fundos, evidenciando os limites legais impostos sobre essas arrecadações; 4) verificar e analisar possíveis obscuridades do texto legal com a evolução das leis que disciplinam o tema que possam vir a se tornar obstáculos no momento da doação.

Enfim, com o presente, busca-se por meio da pesquisa inicial de doutrina e legislação verificar se o texto legal cumpre o objetivo de incentivo ou tornou-se ambíguo o suficiente para obstar doações devido a sua linguagem complexa.

Observando a perspectiva teórico-metodológica num contexto de análise documental, utilizou-se pesquisa bibliografica que, segundo Gil (2002, p. 48), "é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos." O objetivo é proporcionar maior familiaridade com o problema, a partir de fontes bibliográficas e da legislação vigente. A presente pesquisa não é inusitada e nem tampouco nova, mas procura trazer contribuição significativa ao tema e a evolução do ECA, cujos resultados seguem.

1. DOAÇÕES NO ECA

O Estatuto do da Criança e do Adolescente (ECA) incentiva e permite a realização de doações nos termos dos limites estabelecidos no Art. 260 da Lei nº 8.069/1190 e neste sentido ocorrem, no ano de 2020, importantes alterações trazidas pela Lei nº 13.797/2019, com as possibilidades de doações vinculadas ao Estatuto do Idoso.

Por meio da nova regra, o contribuinte poderá doar, diretamente na declaração, recursos para fundos controlados por conselhos municipais, estaduais e nacionais do idoso, conforme prevê, expressamente, o artigo 2º da referida lei, e poderá deduzir, no próprio ano da declaração, as doações efetuadas aos Fundos que agora se submete ao limite disposto na Instrução Normativa RFB nº 1131, de 2011, devendo-se distribuir em 3% para o Fundo do Idoso e 3% para o Fundo da Criança e do Adolescente, essa importe alteração modifica o conceito e forma de doações.

1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO

O ECA, nesses 30 anos, objetiva por fim garantir o atendimento as políticas públicas voltadas a criança e adolescente. Conceitualmente, políticas públicas surgem com a observação de necessidades sociais que vão além das previstas em Leis e fazem parte do cotidiano e costumes dos cidadaos e são ações ou programas criadas e desenvolvidas pelos governos nas esferas nacional, estadual ou municipal, visando garantir condições de vida adequadas à população. Normalmente são orientadas por direitos garantidos por meio da constituição ou por demais leis existentes, e podem constituir direitos que não estão necessariamente na legislação, mas fazem parte das políticas públicas.

Para cumprir e possibilitar a implementação dessas políticas, são necessários recursos e uma das principais formas de arrecadação são as doações, destacando-se as oriundas do imposto de renda. A definição de imposto de renda aparece nos termos do texto infraconstitucional do Código Tributário Nacional – CTN nos artigos 153, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 e art. 43, I, II, § 1º e § 2º, do Código Tributário Nacional – CTN.

Verifica-se, desde logo, que para efetivar a arrecadação foram criados os Fundos Especiais que objetivam a captação de recursos financeiros para a prestação de serviços sociais em áreas específicas da sociedade, tais fundos podem receber doações dos contribuintes fiscais em nível nacional, distrital, estaduais ou municipais, devidamente institucionalizadas por meio de leis de incentivo fiscal (figura 1).

Figura 1: Leis de Incentivo

Fonte: Incentiv – impacto Social & Incentivos Fiscais.

O maior atrativo para as doações é a possibilidade de abater e/ou deduzir do imposto de renda na forma legal; para isso deve-se observar os limites de dedução de imposto no momento da doação para o fundo da criança e adolescente e fundo do idoso. Justamente no momento de sua efetivação, devido à evolução legal, surgem algumas obscuridades, além do fato de a legislação ser complexa e apresentar texto de difícil entendimento, o que pode levar a dúvida e confusão. Por sua vez, podem resultar na diminuição da arrecadação para os fundos via doação, uma vez que a burocratização em excesso leva ao desinteresse da pessoa física, além da possibilidade de diminuição dos limites para criação e/ou doações equivocadas ante as alterações ocorridas na legislação referente aos idosos.

1.2. CONCEITUAÇÃO DO ECA

O Estatuto da Criança e do adolescente é uma lei de âmbito federal, que foi promulgada no dia 13 de julho de 1990, sancionada durante o governo de Fernando Collor. Constitui-se na Lei nº 8.069/90 (ECA), que estabelece uma série de direitos e deveres a criança e ao adolescente, sem

distinção de raça, cor ou classe social, passando a garantir por meio de um instrumento normativo os direitos fundamentais desses cidadãos, os quais são essenciais para a sobrevivência humana.

O ECA é o instrumento que viabiliza a criação de condições legais para que os direitos da criança e do adolescente obtenham sua efetivação material e saia do âmbito meramente formal. Tais condições são exibidas no Art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Assim, este dispositivo constitucional evidencia a responsabilidade do Estado e da sociedade em conjunto para que as políticas de proteção à população infanto-juvenil sejam aplicadas efetivamente em todos os campos da sociedade. Tal distribuição de responsabilidade é extremamente necessária para a maior abrangência dos direitos daqueles que se encontram em vulnerabilidade em relação aos demais. Trata-se de um conjunto de normas que tem como objetivo proteger a integridade da criança e do adolescente no Brasil, tendo como guardião maior o Conselho Nacional da Criança e do Adolescente. Ao tratar dos direitos e garantias, o ECA, no art. 3º, não deixou dúvidas e fixou:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Em 2016, foi adicionado ao art. 3º o parágrafo único, que o complementou e assim esclareceu:

> Art. 3º [...]
>
> Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL, 1990).

Ressalta-se que o ECA, em seu artigo 4º, possui o mesmo texto do dispositivo constitucional supracitado. Ademais, tal instrumento, nas palavras de Carolina Cunha (2015), "representa um marco jurídico que instaurou a proteção integral e uma carta de direitos fundamentais à infância e à juventude".

Em suma, o Estatuto da Criança e do Adolescente é o instrumento que resguarda os direitos e deveres da infância e adolescência. O texto legal instaura a proteção integral a esses seres, sem distinção de raça, cor, religião, sexo e classe social, estabelecendo ainda o dever do Estado e da família em assegurar vários direitos inerentes à sobrevivência da criança e do adolescente, constituindo-se num verdadeiro marco jurídico.

1.3. OS LIMITES DA DEDUÇÃO DO IMPOSTO NA PRÁTICA

Ao efetuar uma demonstração de declaração de imposto de renda, notam-se inseridas na aba "fichas de declaração" duas modalidades de doação, quais sejam: "Doações efetuadas" e "Doações diretamente na declaração", sendo a primeira forma de declaração aquela mais abrangente que inclui doações a uma lista de fundos, conforme se observa da figura 2, adiante. Essa opção se refere à declaração de doações efetuadas durante o ano para qualquer um desses entes que promovam políticas públicas de amparo à parte da sociedade que se encontra em estado de vulnerabilidade, e está sujeita ao limite global de 6%.

A segunda opção, "Doações diretamente na declaração", refere-se a doações feitas somente no momento da declaração de ajuste anual do im-

posto de renda, sendo possível somente a doação para o fundo da criança e adolescente e fundo dos direitos da pessoa idosa, limitando-se as doações a 3% para cada fundo, respeitando-se o limite global de 6%.

Nota-se de forma mais clara na prática como funcionam as doações e deduções de imposto no momento da declaração de ajuste anual de imposto de renda, de forma que é possível visualizar no programa IRPF 2020 mensagens de aviso sobre os limites impostos às doações no momento da declaração. Como exemplo, tem-se o aviso que informa o limite global das doações tanto durante o ano, quanto as efetuadas diretamente na declaração de ajuste anual, conforme texto de aviso ao tentar doar valor que excede o limite:

> Esta dedução está sujeita, também, ao limite de 6% do imposto sobre a renda devido apurado na declaração, em conjunto com as doações relativas ao Estatuto da Criança e do Adolescente realizadas diretamente na declaração, e com as doações efetuadas no decorrer do ano-calendário de 2019 aos fundos dos direitos da criança e do adolescente, ao incentivo a cultura, ao incentivo à atividade audiovisual e ao incentivo ao desporto e aos fundos controlados pelos conselhos do idoso informadas na ficha de doações (Secretaria da Receita Federal, 2020, v. 2.0).

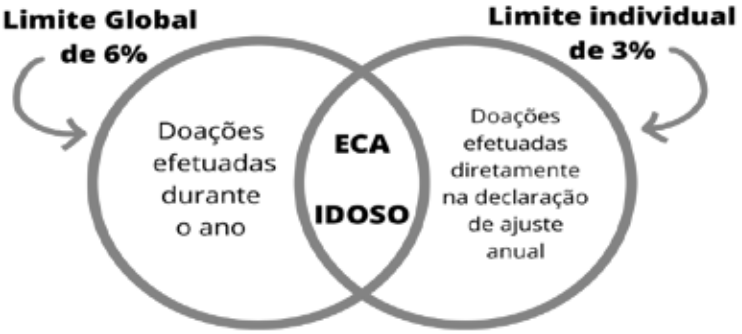
Conforme avisos e informações constantes no progama de declaração de imposto de renda da pessoa física disponibilizado no próprio site da receita federal, é possível se observar com maior clareza como se dão esses limites legais na prática, onde se percebe que há um limite global de 6%, seja tanto para doações durante o ano quanto para as doações efetuadas diretamente na declaração de ajuste anual, além desse limite, o doador deve se atentar também ao limite de 3% para cada fundo (criança e adolescente e idoso) caso opte pela doação no momento da declaração de ajuste anual, podendo ser definido este como um sub-limite que está submetido ainda ao limite global de 6%.

> Neste item somente devem ser informadas as contribuições efetuadas diretamente aos fundos controlados pelos conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente Nacional, Distrital, estaduais ou municipais durante o ano-calendário de 2019. As doações efetua-

> das nesta declaração, direcionadas a esses mesmos fundos, devem ser informadas na Ficha "Doações Diretamente na Declaração" (SRF, 2020, v. 2.0).

O que se percebe é que de forma geral 6% é o limite máximo de doaçõs que podem ser deduzidas do imposto devido da pessoa física, sejam essas doações efetuadas durante o ano vigente ou de uma vez só na declaração de ajuste anual. Esse limite é o norteador da dedução do imposto, tanto é que o outro limite estabelecido pela legislação, de 3% na modalidade de doação diretamente na declaração de ajuste anual, está submetido também ao ao primeiro. Conforme a figura 2, pode assim ser consolidado:

Figura 2: Limites para doação



Fonte: elaboração própria.

2. OS 30 ANOS DE ECA: O CAMINHAR DAS DOAÇÕES

Da pesquisa e análise extrai-se que da promulgação do ECA em 1990, a modalidade de dedução de imposto foi o meio utilizado para incentivar a doação para os fundos dos direitos da criança e do adolescente. As doações incentivadas sofreram alterações referente a sua aplicação conforme o tempo, é o que se extrai dos tópicos antecedentes. Pode-se notar que a legislação sofreu maior alteração quanto ao que diz respeito ao artigo 260, que trata das doações aos fundos que são administradas pelos conselhos. Ocorre que, desde sua promulgação até os tempos atuais, foram publicadas uma série de leis e instruções normativas com o viés de regulamentar o processo pelo qual se efetivam as doações.

Nota-se que a legislação mais recente a alterar o artigo 260 do ECA, Lei nº 12.594 de 2012, remonta em sua disposição que há ainda a vigência do texto legislativo publicado pela Lei nº 9.532, de 1997, que dispõe não ser possível a aplicação de outros limites para a soma das doações além do disposto na legislação competente. Percebe-se que as disposições do Estatuto da Criança e Adolescente, alteradas em 1997, ainda continuam vigentes, de forma que deveriam ser observadas quando da aplicação na prática das deduções para doações destinadas aos fundos da criança e do adolescente na declaração de imposto de renda, mesmo em 2020, visto que a legislação se manteve.

O que se observa, na realidade, na prática das deduções efetuadas em 2020, é que o que se segue na instrumentalização dessas doações e suas respectivas deduções não observa a legislação de 1997, mantida na alteração de 2012, quando declara expressamente em seu artigo 22 que a soma das deduções se limita em 6% "não sendo aplicáveis limites específicos a quaisquer dessas deduções". Assim, a Legislação apresenta apenas um limite global para as doações, não estabelecendo limite específico, como o que ocorreu em 2020. A Instrução Normativa nº 1.131, de 2011, estabelece os limites pelos quais se observam as doações na prática da declaração de ajuste anual em 2020, trazendo a limitação individual de 3% para cada fundo, criança e adolescente e idoso, quando o declrante opta pela doação diretamente na declaração de ajuste anual.

Visto que a legislação claramente veda a aplicação de outros limites individuais que possam recair sobre as doações dedutíveis do imposto de renda que sejam direcionadas aos fundos da criança e do adolescente, percebe-se que caso o contribuinte desejasse realizar sua doação no percentual de 6% apenas para os fundos da criança e do adolescente quando da declaração de ajuste anual de imposto de renda, deveria ter essa possibilidade assegurada no programa de declaração da Receita Federal. O que ocorre vai de encontro ao texto legislativo, trazendo limitação extralegal para as doações aos fundos da criança e adolescente que pode ser considerada uma perda a partir do que se aplica na prática que não observa a clareza do texto legal mantido desde sua promulgação com o viés de proteção a criança e adolescente.

Através do Programa da Declaração do Imposto de Renda Federal, é possível o contribuinte deduzir, no próprio ano da declaração, as doações

efetuadas aos Fundos da Criança e do Adolescente. Os contribuintes poderão efetuar doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, distrital, estaduais ou municipais, devidamente comprovadas, sendo essas integralmente deduzidas do imposto de renda, obedecidos os limites estabelecidos no Art. 260 da Lei nº 8.069/1190, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Foi realizada análise da legislação que versa sobre o tema, os limites impostos às doações incentivadas direcionadas aos fundos da criança e adolescente e sua evolução no tempo através da análise de texto legislativo e confronto do mesmo com o que se verifica na prática.

As doações efetuadas ao Fundo da Criança e Adolescente e ao Fundo do idoso se submetem a ambos os limites quando se trata de dedução do imposto devido. Desse modo, o limite legal e genérico oferecido pelo artigo 260 do ECA ainda se submete ao limite disposto na Instrução Normativa RFB nº 1131, de 2011, devendo-se distribuir em 3% para o Fundo do Idoso e 3% para o Fundo da criança e do adolescente.

Com a promulgação da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, abriu-se uma nova possibilidade: essa lei (em seu artigo 87) alterou o artigo 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo que, doravante, a pessoa física poderá optar pela doação diretamente em sua Declaração de Ajuste Anual, e definindo o limite de dedução nesse caso. Assim, caso a pessoa física efetue doações ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente entre 1º de janeiro e a data de vencimento da primeira quota ou quota única do imposto de renda da pessoa física (último dia útil do mês de abril), não precisará aguardar o ano seguinte para efetuar a dedução, mas poderá fazê-lo diretamente na Declaração de Ajuste, que deve ser apresentada à Receita Federal até o último dia útil de abril do mesmo ano em que a doação ocorrer. Nessa hipótese, o limite de dedução é de 3% do Imposto de Renda devido, observado o limite global de 6% (seis por cento) do imposto devido para as deduções de incentivo, inclusive aquela relativa aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Para que possa usufruir dessa possibilidade, o contribuinte não pode apresentar a declaração em formulário físico ou entregá-la fora do prazo. Vale destacar que esse dispositivo (dedução de até 3% do IR devido no ato da declaração) se aplica apenas às doações ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, e não às outras possibilidades previstas no limite glo-

bal de 6%, a saber: Lei nº 8.313/91, conhecida como Lei Rouanet; investimentos para o incentivo de atividades audiovisuais (Lei nº 8.685/93), cuja validade está prorrogada até 2016 (Lei nº 12.375 de 2010); investimentos relativos à aquisição de quotas de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teve como enfoque principal discorrer sobre o direcionamento de parte do imposto de renda como doação ao Estatuto do Adolescente, nos termos dos limites estabelecidos no Art. 260 da Lei nº 8.069/1190. Em 2020, em houve uma inovação no que concerne às doações no Imposto de Renda cedidas por Pessoas Físicas, pois através da Lei nº 13.797/2019, ocorre a implantação de doações vinculadas ao Estatuto do Idoso. Assim, o contribuinte poderá doar, diretamente na declaração, recursos para fundos controlados por conselhos municipais, estaduais e nacionais do idoso, conforme prevê, expressamente, o artigo 2º da referida lei.

Ademais, além da evolução do ECA, buscou-se elaborar uma análise sobre a Lei nº 13.797/2019, a qual abriu a possibilidade de as pessoas físicas fazerem doações aos fundos dos idosos. A lei alterou o texto dos dispositivos que se refere às doações e dedução de renda das pessoas física da Lei nº 12.213 de 2010, a qual aborda sobre o fundo do idoso, o texto normativo de 2019 em seu teor trouxe o limite de 3% de dedução da doação feita diretamente na declaração de ajuste anual, atentando-se para um limite de 6% referente à lei de planejamento orçamentário da União. Todavia, como demonstra o trabalho à lei modificadora, se torna obscura, levando a compreensão do texto mais complexo do que deveria ser.

Em relação às formas de doação, o presente artigo trouxe consigo duas formas possíveis de doação, sendo elas, doações diretamente aos fundos durante o ano e doações aos fundos das crianças e adolescentes e fundo do idoso diretamente na declaração de ajuste anual. Na prática, a primeira consiste na dedução limitada, de forma global, a 6% do imposto de renda devido das pessoas físicas para doações efetuadas durante o ano. Já na segunda forma, as pessoas físicas poderão abater até 3% (percentual individual) do seu imposto nas doações realizadas diretamente na declaração de ajuste anual, que devem respeitar o limite global. Por fim, demonstra-se

como se dão os limites de forma prática por meio do programa de declaração de imposto de renda de pessoa física disponível pelo próprio site da Receita Federal, onde por meio de avisos em tela nos momentos de doação são limitadas as doações conforme os percentuais trabalhados ao longo deste artigo.

O trabalho visou esclarecer como se deu a evolução histórica das leis, em um primeiro momento abordando a evolução do ECA, mais precisamente em relação ao artigo 260, o qual o texto original permitia que os contribuintes abatessem 100% do valor das doações cuidando-se dos limites antes estabelecido, sendo de 10% para pessoas físicas e 5% pessoas jurídicas, limites estes que sofreram diversas alterações com o passar dos anos. Nota-se, de análise, que em 1991, o artigo 260 apresentou a sua primeira alteração no que tange a deduções do imposto de renda, diante da revogação do parágrafo primeiro que vedava a instituição de outros limites para a dedução de doações direcionadas ao ECA, o novo dispositivo disciplinou que os limites de dedução deveriam obedecer ao Decreto do Presidente da República. Em 1997, houve mais uma alteração, porém, está não constava prevista na legislação que Codifica o Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei nº 9532/97 introduziu o limite de 6% para deduções de pessoas físicas; antes disso, o limite da dedução por pessoas físicas ficava a cargo do Decreto do Presidente da República, e após a alteração do estatuto em 1991, antes da modificação era previsto um percentual de abatimento do imposto de renda devido pela pessoa física em um limite de 10%.

Em 2012, são incluídos dois incisos no artigo 260 do Estatuto por meio da Lei nº 12.594, que em seu inciso I estabeleceu que pessoas jurídicas poderiam realizar a doação integralmente dedutível na porcentagem máxima de 1% no imposto devido. Já o inciso II positivou que as pessoas físicas poderiam realizar a doação integralmente dedutível no limite máximo de 6% do imposto devido, não especificando em qual momento de doação se estabeleceria o limite, sendo que o dispositivo não se ateve a forma como seria aplicado suas disposições. Este último já encontrava previsão legal, como salientado, mas ganhou espaço na legislação da Infância e adolescência em 2012, reservando a observância do disposto na Lei nº 9.532, de 1997, em seu artigo 22, que determina que não se aplicam limites específicos além dos 6%, de modo que trata do limite global, sendo que não se aplicam limites específicos, tais quais limite individual de 3%.

Assim como os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, os Conselhos dos Direitos do Idoso são organismos paritários (compostos por membros governamentais e por membros de instituições representativas da sociedade civil). Como definido na Política Nacional do Idoso, sua principal atribuição é coordenar, supervisionar e avaliar a política do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas, buscando estratégias para enfrentamento de problemas da classe, assim como ocorre com o Fundo da Criança e Adolescente em relação a estratégias para o enfrentamento desses e de outros problemas que atingem essa parcela da população no país. O Fundo dos Direitos do Idoso possui regras de funcionamento similares às do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente. Criado na esfera federal pela Lei nº 12.213, de 20/01/2010, o Fundo dos Direitos do Idoso está sendo constituído em diversos Estados e municípios. A partir de agora, os contribuintes do Imposto de Renda também poderão deduzir do imposto devido doações efetuadas aos Fundos Municipais, Estaduais e Nacional do Idoso, ajudando a viabilizar programas e projetos em benefício da população idosa.

Além de doações financeiras, os cidadãos também podem oferecer aos projetos financiados pelo Fundo seus talentos e capacidades que possam ajudar as organizações executoras a alcançar resultados esperados. O trabalho voluntário tem evoluído na sociedade brasileira, deixando de envolver apenas participações eventuais de pessoas em atividades filantrópicas e dando lugar à participação competente e cidadã que ajuda a gerar transformações reais e verificáveis na vida das comunidades. Nesse sentido, aponta para o resgate da cultura cívica baseada na responsabilidade de cada um pelo bem comum.

Por fim, no estudo nota-se que o texto legal cumpre o objetivo de incentivo as doações, mas complexa na prática gera dúvidas quanto aos limites das doações as crianças e aos idosos, em especial no que tange às doações diretas nas declarações, agora fixados em 3% para o Fundo do Idoso e 3% para o Fundo da criança e do adolescente, essa importe alteração modifica o conceito e forma de doações.

Portanto, conclui-se através da análise dos textos normativos, que a regulamentação de doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente e as doações para o Fundo do Idoso são recursos importantes para as políticas públicas voltadas e podem crescer para viabilizar os programas.

Verificou-se que quanto maior for o número de contribuintes-doadores (PF e PJ), melhores serão as ações financiadas pelo Fundo que se fortalecem, e demonstram a participação cidadã, o controle social de áreas tão importantes para o futuro do país. Trata-se de políticas públicas em ascensão realizadas pelos governos e também um exercício de cidadania, sendo positivas as alterações trazidas ao longo dos anos ao analisar o caminhar dos 30 anos do ECA – Estatuto de Criança e Adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1° de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 9 jun. 2020.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Lei nº 13.797, de 3 de janeiro de 2019. Altera a Lei nº 12.213, de 20 de janeiro de 2010, para autorizar a pessoa física a realizar doações aos fundos controlados pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional do Idoso diretamente em sua Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jan. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13797.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.797%2C%20DE%203%20DE%20JANEIRO%20DE%202019.&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.213,a%20Renda%20da%20Pessoa%20F%C3%ADsica.

_____. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **IRPF - 2020**. Versão 2.0. [S. l.]: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2020. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2020/download/download-do-programa. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. Senado Federal. **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CUNHA, Caroline. ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente completa 25 anos. **UOL**, 9 jul. 2015. Disponível em: https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/eca-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-completa-25-anos.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

DE OLIVEIRA ALCÂNTARA, Alexandre; GIACOMIN, Karla Cristina. Fundo Nacional do Idoso: um instrumento de fortalecimento dos Conselhos e de garantia de direitos da pessoa idosa. **Revista Kairós: Gerontologia**, v. 16, n. 1, p. 143-166, 2013.

FUNDO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE/SP: guia passo a passo. **Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente.** São Paulo: 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2002.

INCENTIV. Liberdade de escolha e custo zero. **Incentiv.me**, Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://ap.incentiv.me/about?ref=incentiv_header>. Acesso em: 16 mar. 2021.

O TRATAMENTO À VÍTIMA DE ESTUPRO NO DECORRER DA HISTÓRIA: DA BAIXA IDADE MÉDIA AO INÍCIO DA IDADE CONTEMPORÂNEA

Caroline Lopes Placca[101]
Natalie Ghinsberg[102]

INTRODUÇÃO[103]

Os dados de violência sexual foram registrados nas mais variadas sociedades e tempos históricos: "*rape is no doubt as old as the human race. We know it to be as old as our brief six millenia of recorded history, also that it is embodied in the legends of the pre-record era*".[104] (SMITH, 1974, p. 188). Ao buscar entender alguns aspectos integrantes do crime de estupro ao longo dos séculos, analisaremos dados e informações de certos períodos da História.

101 Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pesquisadora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

102 Pós-graduanda em Gestão de Projetos Sociais em Organizações da Sociedade Civil, pesquisadora, advogada e fundadora da NG Consultoria Acadêmica.

103 Agradecemos ao Sr. Donald Ricardo Ghinsberg pelos comentários e leitura ao presente artigo.

104 Tradução livre pelas coautoras: "O estupro é sem dúvida tão antigo quanto a raça humana. Nós sabemos que ele é tão antigo quanto os nossos breves seis milênios de história registrada, e também que ele está incorporado nas lendas da nossa era pré-registrada".

Traremos elementos visando auxiliar na compreensão sobre como a sociedade lidava com o crime de estupro e qual bem jurídico buscava proteger, notadamente, apresentando dados que demonstram como as mulheres eram tratadas em certos períodos da História, desde a Idade Média, passando pelos séculos XV ao final do XVIII.

Além da forma como o crime de estupro era tratado no decorrer dos séculos, é também de extrema importância a análise de como a mulher era vista dentro desses períodos, eis que mesmo diante das evoluções históricas, a mulher sempre manteve um *status* de inferioridade. Tal dado fica evidente da leitura da descrição de Hobsbawm acerca do ano de 1789, marcado pela Revolução Francesa, quando aduz que "de todos os agentes subalternos do Estado talvez só o oficial de regimento estivesse habituado a uma vida sem paradeiro, amenizada unicamente pela variedade dos vinhos, **das mulheres** e dos cavalos da mãe pátria" (2010, p. 32 - grifo nosso).

A citação da mulher, praticamente como uma *res* por sua "grande variedade", entre "vinhos" e "cavalos", a despeito da narrativa ser justamente sobre um dos anos mais disruptivos da História mundial, significa dizer que mesmo quando havia processos revolucionários e consequentes evoluções sociais, eles não atingiam efetivamente as mulheres (VIGARELLO, 1998). Nesse mesmo sentido, ensina-nos Mendes, para quem as "reformas democráticas oriundas do processo revolucionário as beneficiaram somente de forma indireta, como esposas dos homens livres e iguais" (2017, p. 32).

O sistema penal tampouco é exceção nesse sentido: ao ser construído para os homens e ao ser pensado por homens, cometeu grandes violências contra a mulher. Em um primeiro momento, desconsiderou as violências de gênero cometidas especificamente contra as mulheres, as quais sempre foram desvalorizadas e consideradas corriqueiras (MENDES, 2017). Essa constatação trazida pela criminologia feminista é muito bem observada quando analisamos a forma como o crime de estupro foi tratado pela nossa sociedade.

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DO CRIME DE ESTUPRO NO MUNDO E OS ASPECTOS SOCIAIS INTERLIGADOS

Ao examinar o crime de estupro ao longo de certo decurso de tempo, também é importante contextualizar a forma como a mulher era vista socialmente nesses respectivos períodos.

Durante a Baixa Idade Média, o tratamento dispensado à mulher era tão irrisório que havia até mesmo o "*droit du seigneur*" ("*right of the lord*" ou "direito do senhor"), que permitia ao lorde manter relações sexuais (as quais, por óbvio, nem sempre eram consensuais) com a esposa de qualquer um de seus vassalos:

> *Droit du seigneur, (French: 'right of the lord'), a feudal right said to have existed in medieval Europe giving the lord to whom it belonged the right to sleep the first night with the bride of any one of his vassals. The custom is paralleled in various primitive societies, but the evidence of its existence in Europe is all indirect, involving records of redemption dues paid by the vassal to avoid enforcement of some lordly rights*. (BRITANNICA, s.d., s.p.).[105]

Dessa maneira, especialmente durante a Idade Média, e não só na Baixa, consolida-se a ideia da inferioridade das mulheres, abrangendo não apenas questões biológicas, mas também morais. Desenvolve-se, aqui, o conceito de que as mulheres seriam um grupo perigoso, de moral duvidosa e de pouca fé, mais propenso a feitiçarias e merecedor de represálias sociais. Mendes ressalta que "não é no período medieval que as mulheres são afastadas da esfera pública" (2017, p. 28), eis que muito antes os preceitos cristãos já colocavam a mulher apenas dentro do espaço privado.

No entanto, prossegue explicando que "é a partir da Baixa Idade Média [...] que se constrói o mais perfeito e coordenado discurso, não somente de exclusão ou limitação da participação feminina na esfera pública, mas de sua perseguição e encarceramento como pertencente a um grupo perigoso". (MENDES, 2017, p. 28)

A misoginia construída durante a Idade Média foi tão bem trabalhada que ainda hoje possui efeito sobre as concepções da sociedade com relação à mulher. A questão está em verificar como se construiu uma política de

105 Tradução livre das coautoras: *Droit du seigneur*, (francês: 'direito do senhor'), um direito feudal que se acredita ter existido na Europa medieval dando ao lorde a quem ele pertencia o direito de dormir a primeira noite com a noiva de qualquer um de seus vassalos. O hábito tem paralelos em várias sociedades primitivas, mas a evidência de sua existência na Europa é indireta, envolvendo registros de taxas de redenção pagas pelo vassalo para evitar o exercício de alguns direitos dos lordes.

perseguição e exclusão desta magnitude e o que fez com que se perpetuasse por tanto tempo: "A caça às bruxas é elemento histórico marcante enquanto prática misógina de perseguição. Entretanto, a perfeita aliança entre os discursos jurídico, médico e teológico [...] é algo ainda mais significativo em termos de sua extensão no tempo e espaço"[106] (MENDES, 2017, p. 28)

Sob este olhar de desprezo e perseguição, logicamente o crime de estupro não tinha nenhuma relevância social quando pensado com relação à mulher. No relato abaixo, verificamos que alguma importância aparecia quando o crime era cometido contra virgem e nobre. Mas mesmo diante disso, as imposições para que o crime fosse julgado eram tão absurdas, que as denúncias eram quase inexistentes:

> Com relação aos procedimentos legais na **Idade Média**, o estupro era considerado um crime de sangue quando a vítima era virgem e nobre. Era necessário que ela tivesse a coragem de apresentar queixa. O jurista anglo-saxão Bracton, que viveu no século XII, explicou o procedimento extremamente complexo para provar o estupro: **a mulher deveria imediatamente após o ato ir às comunidades vizinhas e relatar o que acontecera e mostrar, aos homens de boa reputação, o sangue em suas vestes revoltas e rasgadas. Deveria, depois, procurar o magistrado do rei local e fazer sua reclamação. Seu recurso seria registrado palavra por palavra, exatamente como ela diria. No dia seguinte, deveria repetir sua reclamação nos mesmos termos feitos anteriormente, termos que não poderia mu-**

106 Não há veneno pior que o das serpentes, não há cólera que vença a da mulher. É melhor viver com um leão e um dragão que morar com uma mulher maldosa. E entre o muito que, nessa passagem escriturística, se diz da malícia da mulher, há uma conclusão: "Toda malícia é leve, comparada com a malícia de uma mulher". Pelo que S. João Crisóstomo comenta sobre a passagem "é melhor não se casar" (Mateus, 19): "Que há de ser a mulher senão uma adversária da amizade, um castigo inevitável, um mal necessário, uma tentação natural, uma calamidade desejável, um perigo doméstico, um deleite nocivo, um mal da natureza, pintado com lindas cores. Portanto, sendo pecado dela divorciar-se, conviver com ela passa a ser a tortura necessária: ou cometemos o adultério, repudiando-a, ou somos obrigados a suportar as brigas diárias". [...] E diz Sêneca no seu Tragédias [...] "A mulher que solitária medita, medita no mal" (MENDES, 2017, p. 21).

> **dar, sob pena de que o pedido fosse considerado contrário.** Claro que o acusado poderia usar toda a sorte de escapatórias e de testemunhas. (CHARAM, 1997, p. 64 – grifos nossos).

O mesmo descaso quanto ao papel social da mulher continua presente durante o período seguinte, Idade Moderna, na qual, segundo expõem Roy e Tomaselli:

> As mulheres do início da Idade Moderna já estavam tão completamente sob a dominação masculina que é difícil imaginar que outras rotas para dentro de sua autonomia ou independência poderiam ter sido abertas. Faltando pouco para caírem da escravidão, essas mulheres dificilmente poderiam ter sido mais vitimizadas pelos sistemas social, econômico e político, controlados pelos homens, nos quais elas se encontravam. Os homens das pequenas cidades europeias não precisavam fazer política sexual. Seu controle político sobre as mulheres já era absoluto. (1992, p. 214).

Ou seja, quando começamos a estudar os relatos feitos entre os séculos XV e XVIII, facilmente verificamos como os discursos construídos outrora ainda produziam efeitos. Isso porque, durante toda a Idade Moderna, "na sequência do que já ocorria desde a baixa Idade Média, os discursos, tanto médico quanto moral, desenvolvem o medo que as mulheres se tornem incontroláveis se ascenderem ao poder de decisão, já que estas são por natureza predispostas ao mal" (MENDES, 2017, p. 36-37).

Quando compreendemos a forma como a mulher era vista socialmente fica mais fácil entender como a criminalização funcionava durante aquele período da História. É possível verificar que "tanto as instituições como os atributos mentais marcam aqui as diferenças com o nosso tempo: numerosas e decisivas, essas diferenças recordam a que ponto a violência sexual e o seu julgamento são indissociáveis de um universo coletivo e das suas mudanças" (VIGARELLO, 1998, p. 8). Note-se, a este respeito, que à mulher sequer era permitido figurar como testemunha:

> Todo homem razoável, isto é, todo homem que puser ligação em suas ideias e que experimentar as mesmas sensações que os outros homens, poderá ser recebido em testemunho. Mas, a confiança

> que se lhe der deve medir-se pelo interesse que ele tem de dizer ou não dizer a verdade.
>
> É, pois, por motivos frívolos e absurdos que **as leis não admitem em testemunho nem as mulheres, por causa de sua franqueza**, nem os condenados, porque estes morreram civilmente, nem as pessoas com nota de infâmia, porque, em todos esses casos, uma testemunha pode dizer a verdade, quando não tem nenhum interesse em mentir. (BECCARIA, 1764, s.p. – grifos nossos).

Especificamente sobre o século XVIII, é importante observarmos alguns pontos, como o fato de a violência sexual estar inserida em um ambiente onde a violência de forma geral reinava, até porque "pareceria muito artificial, em tais condições, isolar o delito sexual das outras formas de agressividade constantemente presentes ou latentes na vida quotidiana da sociedade 'tradicional'" (VIGARELLO, 1998, p. 20).

Sobre a importância da contextualização social para a melhor compreensão do crime, segue trecho abaixo:

> Dentro de cada período, existem elementos caracterizam as sociedades, para compreender a forma que o delito do estupro era tratado no Antigo Regime é preciso contextualizar a sociedade da época. "Elementos heterogêneos, múltiplos, muitas vezes implícitos: a **convivência com a violência física**, em primeiro lugar, **a imagem da culpa e do pecado**, depois, cuja certeza mantém a vítima no aviltamento e na indignidade. Também a **imagem da mulher cuja sujeição parece por muito tempo legítima**; a imagem da **consciência**, cuja análise sempre balbuciante e opaca, na França antiga, de forma alguma ajuda a esclarecer o não consentimento da vítima; finalmente o **estado dos conhecimentos**, cujos elementos lacunares na visão de hoje se supõe fornecerem provas corporais e materiais. Elementos variáveis com o tempo, os seus perfis particulares, sob o Antigo regime, dão à violação e ao seu julgamento uma especificidade. (VIGARELLO, 1998, p. 20 – grifos nossos).

Para compreender o conteúdo das decisões dadas pela Justiça durante os séculos XVI, XVII e XVIII, é preciso entender o funcionamento da

Justiça naquele período. As sentenças não têm aparência de leis codificadas, estão longe de determinar uma pena unificada para os delitos e possuem mais conteúdo embasado nos costumes e nas opiniões dos jurisconsultos: "O ato tem os seus níveis de gravidade: a culpa do acusado é sobrecarregada pela fraqueza ou a inocência da vítima. A violação de uma rapariga impúbere é considerada mais condenável que a de uma mulher adulta pelos tratados de matéria criminal do antigo regime." (VIGARELLO, 1998, p. 23).

É possível verificar a relação entre a penalidade dura ao crime de estupro com os valores presentes naquela sociedade. Vejamos: "a virgindade é o ornamento dos costumes, a santidade dos sexos, a paz das famílias [...]. A sua existência é condição para o casamento. O seu ataque público compromete a honra, o estado e até a vida, tornando uma rapariga desflorada irresistivelmente, numa rapariga perdida". (VIGARELLO, 1998, p. 23).

Não eram muitos que chegavam a ser condenados pelo crime de estupro, já que "a queixa [...] [era] pouco compreendida, os fatos pouco aprofundados, o acusado pouco interrogado, sobretudo quando a vítima é mulher adulta, sobretudo, também, quando não há assassínio nem ferimento físico grave" (VIGARELLO, 1998, p. 26). Ademais, aos violadores mais ricos, as penas se limitavam a alguma compensação financeira à vítima, já aos mais pobres a pena era do chicote. Existia também uma gradação do crime segundo contra quem ele era cometido, ou seja, a pertença social da vítima era considerada na avaliação da violência.

> Estes julgamentos falíveis, esta dificuldade em condenar o acto sanguinário, ilustram, repetimos, a cultura tradicional: uma sociedade tanto mais disposta a perdoar quanto concede legitimidade à brutalidade física, uma justiça disposta a desculpar quando não é confrontada, neste caso preciso, com a morte da vítima. Não que a violação não possua particularidade decisiva, muito pelo contrário. Mas é tratada, em primeiro lugar, como o são as consequências deste universo de violência: confronto brutal, banalização dos ferimentos e dos danos. (VIGARELLO, 1998, p. 27).

A base da organização social altera-se quando a Europa moderna abandonou a estrutura familiar alargada ou o clã e passou a adotar a es-

trutura familiar nuclear, que se limita ao casal e seus descendentes. Esta nova organização fortalece a hierarquização dos patrões sob seus criados, favorecendo a promiscuidade e a violência. (VIGARELLO, 1998, p. 31).

Uma das especificidades do estupro é a recusa em denunciar o crime às autoridades. Atualmente, sabe-se que são vários os fatores que contribuem para esse tipo de negação, tais como a vergonha, a dificuldade em relatar o ocorrido, a necessidade de reviver o relatado durante todo o processo, além da descrença nas instituições responsáveis pela apuração do crime.

No século XVIII, as motivações do silêncio da vítima eram muito parecidas com as dos dias atuais: além das supracitadas, havia o peso da indignidade que o crime de estupro trazia e o sentimento de aviltamento, daí também a relativa tolerância com relação à violência sexual, presente naquela época.

Analisando o período do Antigo Regime, quando falamos especificamente sobre o agressor, dentre os depoimentos colhidos constatou-se que o sujeito ativo do estupro possuía uma consciência distorcida da ocorrência.[107] Para eles, não havia o sentimento de violência, "a visão do prazer apaga aqui a da agressividade, impondo o desejo como uma evidência a que a vítima está confusamente associada" (VIGARELLO, 1998, p. 27). Este contexto demonstra, também, que caso a vítima não fosse mais virgem, não teria outra escolha a não ser consentir.

Outro ponto marcante ao analisar o perfil do agressor da época é o descaso com relação à idade da vítima, relatando muitas vezes crianças como seres capazes de consentir e seduzir: "Em mulheres adultas, só constam denúncias de agressões daqueles cujos indícios são mais audíveis e mais visíveis, atos cometidos em pleno dia e ao ar livre". (VIGARELLO, 1998, p. 41-42).

Ainda:

107 "Deixa-me fazer, é só por amizade" exclama um homem, tentando dominar a "resistência feroz" de uma vendedora de 30 anos de idade, arrastada para o fundo de uma álea em Genebra em 1761. A resistência da mulher chega mesmo a espantar por vezes o agressor que se transforma então em acusador: "Diabo, o que tu gritas, cadela". Berra um alfaiate, casado, de 38 anos, tentando violar a sua antiga criada num sotão, antes de defender-se, banalizando o acto: "simples momento de prazer que queria passer com ela" (VIGARELLO, 1998, p. 38).

> O que sobretudo mostra o universo do agressor é a instantaneidade e a rapidez dos actos cometidos nos séculos XVII e XVIII, a sua violência abrupta, o seu contexto de intensa promiscuidade: escadas, aposentos, corredores, quartos contíguos, áleas ou pequenos pátios, parecem os lugares privilegiados de agressão. [...] A originalidade do crime de violência sexual, sob o Antigo regime, provém ainda mais da extrema raridade dos processos: raridade das queixas, raridade das condenações. A violação não é, com efeito – diz-se – uma violência como uma qualquer. **É daquelas em que as vítimas pouco denunciam, e o número de violações declaradas é tão pequeno no século XVI e XVII que tem de ser explicado**" (VIGARELLO, 1998, p. 42 – gifos nossos).

O que se percebe pelos relatos é que o peso do crime de estupro estava mais relacionado com o fato de a mulher perder a virgindade, do que com a violência em si. Havia uma indignidade muito forte em não ser mais virgem naquele período e como a virgindade era requisito para o casamento, muitas mulheres preferem permanecer em silêncio diante do crime.

O exílio imposto pela sociedade a uma mulher violentada era uma das mais difíceis consequências do crime, sendo uma razão para baixas denúncias. Além disso, a perda da virgindade fazia com que o pedido de uma compensação financeira fosse levantado nos processos ou dentro dos acordos de silêncio entre a família da vítima e o agressor.[108] (VIGARELLO, 1998, p. 44).

---

108 "Charles Martin, cuja filha de 14 anos diz ter sido violentada pelo "senhor Bazin", filho de um comerciante de estampas da Rua Serpente, formula numa longa carta escrita em 1762 ao procurador do rei a certeza de uma vergonha definitiva: "esta aventura desagradável que ninguém ignorará vai colar uma injusta infâmia à reputação desta jovem". Os comerciantes que empregam Catherine Martin na confecção de rendas despediram-na com pretextos atrapalhados. O pai diz-se convencido do repúdio social da filha e reclama uma pesada compensação financeira à família Bazin, cuja fortuna é conhecida: "toda esperança de casamento está perdida; inocente que é, vai ser objecto do eterno desprezo da sociedade...A perda da honra, a de uma situação, o exílio da sociedade, são os males mais cruéis." [...] "a atitude do pai de Marguerite Perrault, criança de 10 anos, violada por Coureur, padeiro parisiense, em 1767. Perrault diz logo não querer "divulgar o caso" e propõe a Coureur um acordo, pedindo-lhe "para pagar uma pensão num convento até que [Marguerite] faça a primeira comunhão". (VIGARELLO, 1998, p. 44 e 45)

O reduzido número de denúncias com relação ao crime de estupro está também atrelado ao fato de que os crimes de violência sexual possuíam uma característica única: sua relação com a moral,[109] a honestidade, pois antes de ser um crime violento, era um crime imoral, obsceno, indecente. Todo este contexto "faz concentrar o olhar na luxúria e no pecado, agravando surdamente o comprometimento da vítima, estado de indignidade que a sentença penal não consegue apagar" (VIGARELLO, 1998, p. 46).

A moral está diretamente ligada ao peso dado aos crimes; o incesto, por exemplo, tem o mais alto repúdio moral, sendo classificado socialmente como um delito grave, e sua pena reflete isso. Mas novamente a vítima não é vista como tal; em muitos casos, a culpabilidade do crime era dividida entre o pai/agressor e sua filha/vítima, ainda que a responsabilidade desta última fosse diminuída.

O princípio da consciência é algo bastante discutido durante a análise desses processos. Naquele período, dizia-se que em decorrência da impossibilidade de verificação da consciência, não era possível separar o consentimento do não consentimento; sendo assim, a saída seria diminuir o crime e culpar a vítima, imputando a ela o fardo do consentir. Sobre o tema, podemos verificar mais no trecho abaixo:

> A história da violação vem ilustrar o aparecimento insensível de uma visão do indivíduo e da sua intimidade. Mostra a antiga dificuldade em avaliar a autonomia da pessoa, a necessidade de se apoiar em índices materiais para melhor a atestar. Os juízes clássicos só dão crédito a queixa de uma mulher se os sinais físicos, os objectos quebrados, os ferimentos visíveis e os testemunhos concordantes permitirem confirmar as suas palavras. O não consentimento da mulher, as formas manifestas da sua vontade, só existem nos vestígios materiais e nos indícios corporais. (VIGARELLO, 1998, p. 46).

109 Trata-se aqui de uma primeira figura moral, um primeiro momento histórico em que o sentido colectivo e imediato das atitudes e dos movimentos sexuais trespassa, de lado a lado, a vítima sem que ela possa libertar-se: a impossibilidade de distinguir com segurança os seus actos de consciência e os seus actos físicos, o que pensa e o que faz. (VIGARELLO, 1998, p. 47 - grifo nosso).

No final do século XVIII, ocorrem algumas mudanças de pensamento na sociedade. Uma onda filosófica mais humanitária começa a tomar conta da Europa e conceitos como o da pena sendo apenas uma vingança da sociedade contra o infrator vão sendo modificados. Sendo assim, se naquele momento a sociedade é tolerante com penas cruéis e torturas, a partir de então se passa a acreditar que o melhor seria penas proporcionais aos delitos. Isso vai influenciar todo o sistema penal da época:

> O sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do model inquisitivo. Coincide com a adoção dos Júris Populares, e se inicia a lenta transição para o sistema misto, que se estende até os dias de hoje (LOPES JR., 2018, p. 42).

O final do século XVIII é um período de grande tumulto social. "Com a Revolução Francesa, as mulheres tomam as ruas como insurgentes. Entretanto, os revolucionários não deixaram, logo que passaram os primeiros momentos da revolução, de recolhê-las novamente ao "espaço doméstico" (MENDES, 2017, p. 32).

Em 1789, um importante documento é redigido na França, positivando igualdade entre todos, é a Declaração dos Direitos dos Homens, um marco que destaca o caráter humanitário garantindo direitos aos cidadãos até então inimagináveis. Nesse período, não estamos diante de concepções como as elaboradas pós-Segunda Guerra Mundial, mas inicia-se a ideia de "uma linguagem do indivíduo, da liberdade individual, dos direitos subjetivos ou das garantias individuais" (MENDES, 2017, p. 30). No entanto, essas mudanças não alcançam as mulheres, como disposto abaixo.

> Em realidade, nem mesmo a igualdade de direitos, proclamada na Declaração de 1789, na França, serviu como ponto de partida para um pensar criminológico sobre a condição feminina. **A bem da verdade, a adesão da mulher ao estatuto igualitário se dá como um ser relativo, existindo apenas como filha, esposa e mãe. Figura secundária definida em relação ao homem,**

> **o único verdadeiro sujeito de direito**. (MENDES, 2017, 31 - grifos nossos).

Importante perceber que durante a Idade Média e Moderna e ainda durante o início da Contemporânea o que se protegia, quando se falava sobre o crime de estupro, era a propriedade. É de fácil percepção que a forma pela qual vemos o mundo, e tratamos as violências sofridas pelas mulheres, está sempre interligada a um modo de pensamento de dominação, a qual estamos acostumados, conforme observa Bourdieu:

> Como estamos incluídos, como homem ou mulher, no próprio objeto que nos esforçamos por aprender, incorporamos, sob a forma de esquemas inconscientes de percepção e de apreciação, as estruturas históricas da ordem masculina; arriscamo-nos, pois, a recorrer, para pensar a dominação masculina, a modos de pensamentos que são eles próprios produto da dominação. (2017, p. 17).

Percebe-se que, nos períodos abordados, a mulher foi sempre considera um bem, como algo de propriedade masculina, dessa forma, toda penalidade oferecida ao agressor de um crime de estupro, era em verdade, em respeito ao homem, pai ou marido, da mulher agredida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teve como foco refletir sobre a posição da mulher dentro no decorrer da História, em especial, desde a Baixa Idade Média até o fim da Idade Moderna ou início da Idade Contemporânea e as consequências de tal *status* social quanto ao crime de estupro. Durante a Idade Média, a mulher era vista como uma *res*, motivo pelo qual, na região do que hoje se chama de Europa, era inclusive objeto do "direito do senhor"; impedida de testemunhar devido à sua fraqueza; e muitas vezes, tratada como perigosa.

Mais adiante, na Idade Moderna, não obstante a Revolução Francesa e a verdadeira disrupção e inovação trazida por tal momento histórico, que, inclusive, tem como marco concomitante a humanização das penas e do Direito Criminal como um todo, a situação da mulher não muda mui-

to. Pelo contrário: conforme visto, continua a ser culpabilizada mesmo quando é vítima, especialmente do crime de estupro.

Conclui-se, portanto, que a forma como as mulheres foram vistas ao longo da História influenciou e continua a exercer extrema ingerência não só sobre a maneira como o crime de estupro é tratado jurídico e socialmente, mas especial e infelizmente sobre o seu tratamento nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Best Bolso, 2017.

BRITANNICA. **Droit du seigneur**. Disponível em: https://www.britannica.com/topic/droit-du-seigneur. Acesso em: 5 abr. 2021.

CHARAM. Isaac. **O estupro e o assédio sexual: como não ser a próxima vítima**. Rio de Janeiro. Record: Rosa dos tempos, 1997.

HOBSBAWN, Eric. J. **A era das revoluções**, 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES. Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas, 2017.

ROY, Porter; TOMASELLI, Sylvana. **Estupro**. Rio de Janeiro. Rio Fundo, 1992.

SMITH, Cyril J. History of rape and rape laws. **Women Lawyers Journal**, 60, J. 188 (1974), p. 188. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/wolj60&div=31&id=&page=. Acesso em: 5 abr. 2021.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP, BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 5 abr. 2021.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro:** violência sexual nos séculos XVI-XX. Tradução de Ana Moura. Lisboa: Estampa, 1998.

A REGULAMENTAÇÃO DO USO PÚBLICO RELIGIOSO NAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO TERRESTRES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Valdevino José dos Santos Júnior[110]

INTRODUÇÃO

A criação e gestão de áreas protegidas é uma das principais estratégias mundiais de conservação da biodiversidade e o seu uso público pode representar uma via para a reflexão individual e coletiva sobre as práticas em sociedade (NASRI, 2018). Conforme a União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN, 2011), área protegida é um espaço geográfico bem definido, reconhecido, dedicado e gerenciado, por meios legais ou outros meios eficazes, para alcançar a conservação da natureza em longo prazo associados com os serviços ecossistêmicos e valores culturais. A IUCN classifica áreas protegidas pelo seu objeto de gestão e identificou seis categorias distintas de áreas protegidas: Categoria I (dividida em 1a e 1b), Categoria II, Categoria III, Categoria IV, Categoria V e Categoria VI. As categorias são reconhecidas por organismos internacionais como as Nações Unidas e por muitos governos nacionais como o padrão global para a definição e criação de áreas protegidas e, como tal, são cada vez mais

110 Engenheiro Ambiental. Mestre em Engenharia de Biossistemas. Doutorando em Meio Ambiente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGMA/UERJ).

incorporadas na formulação e regulação de políticas públicas (MACHADO; COSTA; VILANI, 2012).

No Brasil, as áreas protegidas são denominadas de Unidades de Conservação (UC). O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), através da Lei nº 9.985/2000 estabeleceu os objetivos de criação e gestão das doze categorias de manejo das UCs previstas por este dispositivo. Dentre essas, a categoria parque destaca-se por ser um território onde é possível o uso público, sendo direcionado especialmente para a realização de pesquisas acadêmicas, educação ambiental e turismo ecológico (BRASIL, 2000).

Para além dessas atividades, nos parques brasileiros também existe o uso público para fins religiosos e espirituais, embora não esteja previsto no SNUC. Fernandes-Pinto (2017) identificou 115 UCs nas esferas federal, estadual e municipal que possuem o uso religioso de elementos naturais ou sítios naturais sagrados (SNS). Os SNS são "áreas de terra ou de água com um significado especial para povos e comunidades" (WILD; MCLEOD, 2008, p. 20).

Nesse viés, uma das principais características dos SNS consiste na relação que determinadas populações têm com esses lugares, existindo aqueles indivíduos ou grupos que assumem a responsabilidade de cuidar de um ou vários SNS, atuando como seus guardiões ou custódios (FERNANDES-PINTO, 2017). Para Wild e McLeod (2008), esses grupos podem inclusive viver a uma distância considerável de seus sítios, mantendo-se a eles ligados por meio de sua história, cultura, identidade e práticas espirituais e religiosas. Como é o caso dos praticantes de religiões de matrizes afro-brasileiras, os quais, segundo Santos Júnior, Machado e Vilani (2020) utilizam as áreas das UCs consideradas sagradas pelos afrorreligiosos para a realização de diversos rituais, como as oferendas.

Durante muitos séculos, as sociedades humanas têm realizado os seus rituais em contato com a natureza no sentido *stricto sensu* (MACIEL, 2019). Os rituais religiosos são heranças culturais religiosas que contêm formas especiais de viver as crenças, nomeadamente o culto e a devoção pessoal. Os rituais religiosos são compostos por ações, palavras, métodos, possuídos de simbolismos, que consumam os ritos religiosos, sendo resultado dos preceitos determinados pelas tradições religiosas (COUTI-

NHO, 2012), da mesma forma que acontecem nas religiões de matrizes afro-brasileiras (MACHADO e SOBREIRA, 2011).

No contexto das religiosidades afro-brasileiras, a utilização de áreas de diversas UCs para a realização de cerimônias, rituais, coleta de espécimes usados nos cultos e entrega de oferendas é bastante comum, sobretudo em parques localizados próximos ou dentro de grandes centros urbanos (FERNANDES-PINTO, 2017) – como a região metropolitana do Rio de Janeiro (THEODORO, 2008; MACHADO; VILANI; SOBREIRA, 2017).

Acerca disso, Machado, Vilani e Sobreira (2017) apontaram que o Estado do Rio de Janeiro é uma das unidades da federação a ser observada, principalmente porque a Umbanda, religião afro-brasileira de maior expressão, originou-se nesse território e espalhou-se por outros Estados da região Sudeste do Brasil (Minas Gerais e São Paulo) e da região Sul do País. Desse modo, está dispersa pela porção mais populosa do território brasileiro (Sudeste-Sul), caracterizando-se como o grupo afrorreligioso de maior representatividade nacional, seguido pelo candomblé, oriundo da Bahia, sendo mais antigo e menos sincrético que a umbanda (THEODORO, 2008). Muitas das práticas desses grupos ocorrem em áreas de vegetação nativa, córregos e cachoeiras, o que ilustra a importância da natureza preservada como elemento simbólico e místico para essas religiosidades (SOBREIRA; MACHADO, 2008).

Apesar disso, no entanto, especialmente no uso de áreas sagradas em UCs, os afrorreligiosos que utilizam as áreas de Parques para realização de rituais têm encontrado dificuldades para tais atividades e tendo o direito constitucional de liberdade religiosa restrigindo (MOUTINHO-DA-COSTA, 2008; SANTOS JÚNIOR; MACHADO; VILANI, 2020; SOBREIRA, 2011). Nessa direção, pesquisas têm destacado que funcionários responsáveis pela proteção e administração de UCs no Brasil têm frequentemente postura intolerante frente aos (neo)pentecostais (MACIEL, 2019) e, principalmente, às tradições religiosas de matrizes afro-brasileiras, como a umbanda e o candomblé (MOUTINHO-DA-COSTA, 2008; MACHADO, VILANI e SOBREIRA, 2017).

Conflitos e tensões no uso público religioso de parques deparam-se com a questão do racismo ambiental como apontado por Mouti-

nho-da-Costa (2008) e o caso estudado por Sobreira (2011) de proibição-criminalização de oferendas, ambos no Parque Nacional da Tijuca (PNT). O PNT, localizado no Estado do Rio de Janeiro, é o parque mais pesquisado e um dos locais onde surgiram os debates pioneiros sobre a temática. Ademais, o Estado do Rio de Janeiro é o único Estado da federação brasileira a possuir uma regulamentação sobre o uso público religioso nos seus parques (FERNANDES-PINTO, 2017). Apesar disso, parece haver certo preconceito com relação a essas manifestações nos planos de manejo de UCs (FERNANDES-PINTO, 2017), em que são mencionados conflitos envolvendo os afrorreligiosos e administradores de UCs, principalmente nos Parques Estaduais do Rio de Janeiro, onde tais questões ainda não foram pesquisadas, necessitando, portanto, de maiores investigações.

A partir disso, este artigo parte do pressuposto de que tais conflitos podem estar acontecendo nos parques estaduais terrestres do Rio de Janeiro, em função de medidas restritivas contidas nas políticas públicas ambientais que não asseguram o direito de manifestação afrorreligiosa nos Parques em questão.

O objetivo deste artigo consiste em levantar, identificar e analisar as diretrizes sobre a regulamentação do uso público religioso em Unidades de Conservação estaduais terrestres do Rio de Janeiro, e se contemplam, ou não, a proteção das práticas afrorreligiosas.

2. MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia consistiu em uma pesquisa documental e no levantamento dos planos de manejo que estabelecem normas e procedimentos relacionados ao uso público religioso das Unidades de Conservação terrestres do Estado do Rio de Janeiro, focalizando na categoria Parques.

O universo amostral da pesquisa (a seleção dos Parques Estaduais) foi realizado por meio de consulta por UCs no Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (MMA, 2021). Foram adicionados os campos: Categoria de manejo: Parques; Esfera administrativa: Estadual; Unidade da Federação – UF: RJ; e Recorte: terrestre. Resultou-se em 10 registros o número de Parques Estaduais (quadro 1). A partir disso, foi construído um banco de dados sobre os parques selecionados.

Quadro 1: Parques Estaduais terrestre do Rio de Janeiro

Número	Nome do Parque
1	Parque Estadual Cunhuambebe
2	Parque Estadual da Costa do Sol
3	Parque Estadual da Lagoa do Açu
4	Parque Estadual da Pedra Branca
5	Parque Estadual da Pedra Selada
6	Parque Estadual da Serra da Concórdia
7	Parque Estadual da Serra da Tiririca
8	Parque Estadual do Desengano
9	Parque Estadual do Mendanha
10	Parque Estadual dos Três Picos

Fonte: Ministério do Meio Ambiente (MMA, 2021).

A pesquisa documental seguiu o método de Vilani e Coelho (2017) e deu-se por meio do sítio eletrônico do Instituto Estadual do Ambiente – INEA (http://www.inea.rj.gov.br/), órgão ambiental do governo do Estado do Rio de Janeiro responsável pela gestão dos Parques. Após a identificação e registros dos Parques, entre março e abril de 2021, foram realizadas consultas aos sítios eletrônicos dos Parques Estaduais do Rio de Janeiro, no intuito de localizar documentos legais, bem como os planos de manejo dos parques.

O INEA possui uma página específica para cada UC sob sua responsabilidade, onde contêm informações sobre: ato de criação, horário de visitação, mapa de localização, plano de manejo, conselho consultivo, pesquisas científicas (VILANI; COELHO, 2017). As informações específicas sobre os Parques Estaduais selecionados foram consultadas em: (http://parquesestaduais.inea.rj.gov.br/inea/).

O caminho metodológico englobou, ainda, a revisão das Diretrizes para Visitação em Unidades de Conservação Brasileiras, do Ministério do Meio Ambiente (MMA, 2006), do Uso Público em Parques Estaduais do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2010), bem como outros documentos federais importantes para o planejamento e manejo do uso público em UCs. Este procedimento também foi realizado por Nasri (2018), ao analisar o uso público e o plano de manejo de um dos parques estaduais do Rio de Janeiro.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 NÍVEL FEDERAL

Em nível federal, têm-se a Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, o SNUC, que apresenta das atividades permitidas nas UCs brasileiras. E especialmente para UCs de proteção integral, como os parques, são permitidas as seguintes atividades: turismo ecológico, recreação, pesquisas científicas e educação ambiental. Ou seja, a dimensão religiosa e espiritual não é mencionada na base legal, bem como termo religião.

Por outro lado, na consulta aos documentos sobre o uso público e visitação em UCs em nível nacional, verificou-se que o termo religião aparece em alguns documentos, como a Instrução Normativa nº 7, de 21 de dezembro de 2017 do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade – ICMBio, ao definir as populações tradicionais como grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem assim, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução ancestral, cultural, econômica, social e religiosa, usando os conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Outro documento que mencionou religião – mas somente para definir o que é visitação e visitante –, foi a Instrução Normativa nº 5, de 1º de junho 2018 do ICMBio, que trata de diretrizes e procedimentos administrativos para o monitoramento da visitação em UCs federais. No art. 2º dessa norma, a Visitação: "consiste na utilização das unidades de conservação com fins recreativo, desportivo, educacional, cultural ou religioso, entre outras formas de utilização indireta dos recursos naturais e culturais"; e Visitante, como: "pessoa que visita a área de uma unidade de conservação de acordo com os propósitos de uso recreativo, desportivo, educacional, cultural ou religioso".

O roteiro metodológico do ICMBio (2018) para a elaboração e revisão dos planos de manejo das UC federais, deixa claro, baseado no SNUC, que as UCs são fornecedoras de serviços ecossistêmicos culturais (SEC). Esses, podem ser entendidos como os benefícios que as pessoas obtêm da natureza contribuindo para a cultura e as relações sociais, como identidade cultural/histórica, beleza cênica e conservação da paisagem, inspiração

para a cultura, arte e design, lazer e recreação, valor científico e educacional dos ecossistemas, e identidade espiritual e religiosa.

Nesse roteiro é apresentado que as normas nele contidas, "devem ser utilizadas como sugestão e base para discussão nos planos de manejo em elaboração" (ICMBio, 2018, p. 169), como, por exemplo: "eventos religiosos poderão ser permitidos desde que não causem impactos ambientais e à experiência de visitação, sendo proibida a deposição de resíduos de qualquer natureza no ambiente". Sendo necessário atentar-se aos "impactos para a população tradicional residente ou usuária, se existente na UC" (ICMBio, 2018, p. 172).

Os documentos oficiais que embora tratassem de Diretrizes para visitação em Unidades de Conservação (MMA, 2006) e Roteiro metodológico para manejo de impactos da visitação com enfoque na experiência do visitante e na proteção dos recursos naturais e culturais (ICMBIO, 2011), não mencionou religião, tão menos regulamentos, diretrizes ou orientações para a condução do uso público religioso em UCs federais.

É importante destacar que até a presente etapa, a menção à religião (e variantes) é somente para fins de definição de termos, ou para informar a previsão de realização de visitação para fins religiosos em determinadas áreas das UCs. Isso revela que não há regulamentos que tratam do uso público religioso em UCs em nível federal (FERNANDES-PINTO, 2017; MACHADO, VILANI e SOBREIRA, 2017). Ressalta-se também que não foram encontrados regulamentos para a proteção das manifestações afrorreligiosas em UCs na esfera federal.

Tais resultados são confirmados por Fernandes-Pinto (2017). A autora dissertou que são escassos os registros da literatura de esforços realizados no âmbito da gestão pública no sentido de ordenar as questões relacionadas ao uso religioso em UCs, de forma geral. Em nível federal, nenhum regulamento contém a determinação de diretrizes nesse sentido e a definição de regras para a realização de manifestações religiosas são, normalmente, estabelecidas nos Planos de Manejo das UCs.

3.2. NÍVEL ESTADUAL: RIO DE JANEIRO

No nível estadual, a busca pelas bases legais sobre o uso público religioso em UCs deu-se por meio de site de busca, bem como no sítio eletrônico do órgão gestor dos parques estaduais do Rio de Janeiro, o INEA.

Verificou-se no Estado do Rio de Janeiro a existência de regulamentações para o uso público religioso em parques.

Primeiramente, analisou-se o documento intitulado: Roteiro metodológico para elaboração de planos de manejo: parques estaduais, reservas biológicas, estações ecológicas (INEA, 2010). Assim, a menção ao termo religião e variantes apareceu em:

> (i) Aspectos culturais e históricos: nas UCs que apresentarem aspectos culturais e históricos relevantes, deverão ser apresentadas de forma sucinta as informações acerca da colonização da região, levantamento histórico recente e suas manifestações culturais resultantes, como: valores folclóricos, religiosos, musicais, teatrais, literários, gastronômicos, bem como os usos tradicionais da flora e da fauna silvestre ou de outra natureza.
>
> (ii) Aspectos espeleológicos: Quando couber, relacionar as cavidades naturais subterrâneas (cavernas, grutas, lapas, furnas, abrigos sob rocha, abismos etc.) encontradas na área, informando o nome pelo qual é conhecida, sua localização (região, fazenda, serra, rio etc.) o estado geral de conservação, a existência ou não de visitação (eventual ou frequente) ou de outros usos pela população local (abrigo, depósito, local de manifestação folclórica ou religiosa etc.). Apresentar croqui com as áreas encontradas.
>
> (iii) Zona Histórico-cultural: é aquela onde são encontradas amostras do patrimônio histórico, cultural, religioso, arqueológico e paleontológico, que serão preservadas, estudadas, restauradas e interpretadas para o público, servindo à pesquisa, educação e uso científico. O objetivo geral do manejo é o de proteger sítios históricos ou arqueológicos, em harmonia com o meio ambiente.
>
> (iv) Área Histórico-cultural: é aquela onde são encontradas amostras do patrimônio histórico, cultural, religioso, arqueológico e paleontológico, que serão preservadas, estudadas, restauradas e interpretadas para a visitação, servindo à pesquisa, educação e uso científico. O objetivo geral do manejo é o de proteger sítios históricos ou arqueológicos, em harmonia com o meio ambiente. A visitação acima mencionada poderá ser aplicada apenas ao Parque Estadual (PE).

(v)A área de visitação deverá também estar localizada na periferia da UC, de maneira a levar o visitante a desfrutar de seus atributos. Tanto a área de uso especial, quanto a de visitação devem estar localizadas somente na zona de conservação. A área histórico-cultural poderá ou não existir, em razão dos atributos específicos de ordem histórica, religiosa, cultural, arqueológica e paleontológica que ocorram na UC.

(vi) Informar sobre a visitação pública ou outros usos pela população local de cada cavidade natural existente (abrigo, depósito, local de manifestações folclóricas ou religiosas etc.), avaliando seus impactos por meio de efeitos evidentes. Apresentar propostas para ordenar esse uso e minimizar os impactos. Fornecer elementos para subsidiar o estabelecimento dos instrumentos de manejo da visitação e, se possível nesse escopo, fazer indicação da capacidade de suporte das atividades.

(vii) Caracterização de fatores históricos: Identificar áreas utilizadas para práticas espiritualistas e religiosas (sítios naturais sagrados) e outras manifestações culturais.

A resolução do INEA nº 199, de 29 de julho de 2020, que dispões sobre diretrizes e procedimentos administrativos para o monitoramento da visitação em Unidades de Conservação Estaduais, apresenta o termo religião ao definir visitante como: "pessoa que visita a área de uma unidade de conservação de acordo com os propósitos de uso recreativo, desportivo, educacional, cultural, científico ou religioso"; visitação: "utilização das unidades de conservação com fins recreativo, desportivo, educacional, cultural, científico ou religioso, entre outras formas de utilização indireta dos recursos naturais e culturais"; no caput do art. 7º apontando que "Todas as unidades de conservação em que seja possível a visitação com objetivo recreativo, desportivo, educativo, científico, cultural ou religioso deverão monitorar o número de visitas"; no §4º, art. 7º "Participantes de eventos realizados na unidade de conservação, desde que relacionados a atividades com fins recreativo, desportivo, educacional, cultural, científico ou religioso, também devem ser contabilizados nos registros de visitas". E por fim, no art. 10:

> No caso do monitoramento em Áreas de Proteção Ambiental (APA) ou quando há estradas, rodovias ou vias fluviais cruzando a unidade de conservação, devem ser contabilizadas apenas as visitas em que o usuário utiliza explicitamente equipamentos de apoio à visitação ou atrativos naturais da área para finalidades recreativas, desportivas, educativas, culturais ou religiosas (INEA, 2020).

Até este momento, os resultados sobre o uso público religioso em nível estadual foram semelhantes ao federal, informando apenas definições de termos, ou da previsão de realização de visitação nos parques fluminenses para fins religiosos.

Por outro lado, destacou-se no levantamento o Decreto nº 42.483, de 27 de maio de 2010, que estabelece diretrizes para o uso público nos parques estaduais administrados pelo INEA (RIO DE JANEIRO, 2010). É uma base legal que traz uma regulamentação para as manifestações religiosas nos parques estaduais do Rio de Janeiro. Segundo Fernandes-Pinto (2017) até onde se sabe, o Estado do Rio de Janeiro é a única unidade da federação brasileira que apresenta regulamentação sobre o uso público religioso em seus parques.

A regulamentação em questão – o Decreto 42.483/2010 – apresenta no capítulo das proibições, especificamente no artigo 23, § 1º, que as "manifestações religiosas só poderão ocorrer em locais previamente designados para tal e todo o material empregado deverá ser recolhido imediatamente após o culto pelos praticantes" (RIO DE JANEIRO, 2010).

A aplicação dessa normativa, segundo Fernandes-Pinto (2017) tem acarretado uma série de entraves, devido às peculiaridades e nuances que envolvem rituais, sobretudo das religiões de matrizes afro-brasileiras, como será apresentado mais adiante.

3.2.1 ANÁLISE DOS PLANOS DE MANEJO DOS PARQUES ESTADUAIS TERRESTRES DO RIO DE JANEIRO

A partir do banco de dados construído sobre os 10 parques estaduais terrestres selecionados, identificou-se que sete Parques Estaduais tem plano de manejo (Cunhambebe, Costa do Sol, Pedra Branca, Pedra Selada,

Serra da Tiririca, Desengano, Três Picos), excetuando-se os parques estaduais: Lago do Açu, Serra da Concórdia e Mendanha.

Analisando os planos de manejo daqueles sete parques, foi verificado que todos eles têm visitação religiosa. Com exceção do Parque Estadual do Três Picos, os demais parques têm regulamento sobre o uso público religioso em seus territórios. Apesar desses resultados, as atividades religiosas são tidas como conflituosas, conforme descrito a seguir:

- Parque Estadual Cunhambebe: potencial ocorrência de incêndios relacionados a rituais religiosos. A inserção nas oferendas de materiais como garrafas de vidro, alguidares (pratos de barro), louças e velas de parafina são potenciais agressores ambientais e podem causar ferimentos em pessoas e animais. Manifestações religiosas somente poderão ocorrer em locais previamente designados para tal, preferencialmente fora da unidade de conservação, e todo o material empregado deverá ser recolhido o mais brevemente possível após o término do culto pelos praticantes, de forma a minimizar os impactos ambientais (INEA, 2015).
- Parque Estadual da Pedra Branca: Na UC ocorrem diversas manifestações religiosas, como a disposição de oferendas. Além disso, também existe a prática de "queima de pedidos" realizada por igrejas evangélicas, que juntamente com as velas das oferendas contribuem para o aumento do risco de incêndio no local. O uso de determinados elementos e objetos em algumas práticas religiosas, como fogo e materiais não biodegradáveis, acabam gerando impactos sobre o local, quando depositados nas matas e beira de rios sem uma preocupação com o destino final dos mesmos, gerando conflitos de usos. Conflito com administradores/gestores, turistas e moradores do PEPB. Impactos/problemas: presença de manifestações religiosas em trilhas. Lixo proveniente de manifestação religiosa na Cachoeira do Barata, Núcleo Piraquara. A administração da UC vem se esforçando para fazer cumprir o Decreto 42.483/2010, que estabelece que oferendas deixadas na área devem ser retiradas até duas horas após a sua realização. No entanto, devido à extensão do PEPB e seus inúmeros acessos torna-se bastante difícil o controle sobre essas atividades. Incompa-

tibilidade dos preceitos religiosos aos ambientais. Desrespeito às normas estabelecidas para este uso (não remoção dos materiais utilizados sob justificativas simbólicas (INEA, 2013).

- Parque Estadual da Pedra Selada: os ritos religiosos e culturais muitas vezes demandam o uso de velas, incensos, defumação, ou qualquer outro elemento que necessitará obrigatoriamente do fogo para sua realização. Isto pode ser um grande fator gerador de incêndios, uma vez que velas, por exemplo, serão deixadas acessas até que se apaguem por si só. Associado ao vento incidente, o fogo poderá se propagar (INEA, 2017).
- Parque Estadual da Serra da Tiririca: A religião é um dos fortes motivos de visitação ao PESET, pois, devido às suas florestas preservadas e córregos próximos às áreas urbanas, esses espaços se tornam propícios às práticas afro-religiosas, principalmente para orações e colocação de oferendas. Esta atividade deve ser adequadamente tratada, visto que os resíduos das oferendas deixadas constituem um problema para o parque (limpeza, alimentação indevida de animais, risco associado a cacos de vidro e outros materiais, entre outros). Atividade não permitida recorrente: atividades religiosas; Incêndios em função do uso de velas para as oferendas; Atividade religiosa desordenada que gera resíduo. Ainda no tema religião, surgiu nos últimos anos o hábito de utilização de determinadas áreas junto à natureza para a prática de orações. No PESET já se conhece uma área denominada popularmente Monte da Oração, em face da frequência acentuada com que evangélicos se agrupam para orar neste local. A vegetação desta área vem sendo parcialmente suprimida, na forma de limpeza do sub-bosque e corte de pequenas árvores, abrindo assim algumas clareiras nesta área. Este uso do espaço também requer regulamentação por normas específicas, evitando assim impactos que possam trazer um futuro impedimento do uso da área. Impactos negativos da visitação: vale ressaltar as atividades predatórias de corte de sub-bosque no chamado "Monte da Oração", onde religiosos utilizam os topos de morro e locais sombreados para orações, abrindo clareiras e causando a compactação do solo pelo piso-

> teio. Também acarreta danos ambientais o depósito de oferendas nas proximidades de cachoeiras e córregos, as quais permanecem ali por um tempo prolongado. Estas oferendas podem poluir os cursos d'água, seus vidros quebrados e as velas acesas podem ocasionar incêndios e, por serem depositadas de forma esparsa, dificultam a limpeza da área. Além disso, as oferendas oferecem risco para os animais silvestres, que podem comer os alimentos expostos e se contaminarem por eventuais vetores de doenças (INEA, 2015).

Muitas foram as atividades religiosas tidas como conflitantes pelos administradores/gestores dos quatro parques acima mencionados. Mas destacaram-se as atividades religiosas apontadas como conflitantes: o uso de velas que pode causar queimadas, a poluição dada pela deposição de oferendas e a incompatibilidade das religiões (afro-brasileiras) diante dos objetivos de conservação dos parques.

Nesse cenário, as religiões de matrizes afro-brasileiras e neopentecostais ganham relevo por serem apresentadas como aquelas que usam os parques para fins religiosos, mas têm seus direitos fundamentais feridos. Caso semelhante ocorreu no Parque Nacional da Tijuca, onde essas religiões, segundo Maciel (2019), Maciel e Gonçalves (2017) e Moutinho-da-Costa (2008), sofreram e sofrem com intolerância, perseguição e racismo ambiental dos gestores do Parque; e as práticas religiosas tidas como conflituosas e até criminosas (SOBREIRA, 2011) frente objetivos de conservação da UC.

É importante ressaltar o relatado no plano de manejo do Parque Estadual Cunhambebe, de que as práticas religiosas "somente poderão ocorrer em locais previamente designados para tal, preferencialmente fora da unidade de conservação". E ainda "todo o material empregado deverá ser recolhido o mais brevemente possível após o término do culto pelos praticantes, de forma a minimizar os impactos ambientais" (INEA, 2015). Isso também ocorreu no Parque Estadual da Pedra Branca (PEPB), no estabelecimento do prazo-limite de duas horas para a realização e retirada de oferendas (INEA, 2013).

Para Fernandes-Pinto (2017), a aplicação dessas regras revela uma série de entraves, devido às peculiaridades e sutilezas que envolvem alguns

ritos de religiões de matrizes afro-brasileiras. Muitos praticantes de religiões afro-brasileiras alegam, por exemplo, que a coleta das oferendas ao final do ritual invalidaria a própria finalidade do trabalho religioso (NASCIMENTO, 2009).

O tempo arbitrário fere o princípio de liberdade de culto unicamente aos praticantes de religiões de matrizes afro-brasileiras. Acredita-se que esse também seja um caso de racismo ambiental dos administradores/gestores dos Parques Estaduais Cunhambebe e Pedra Branca contra os afrorreligiosos, assim como ocorrido no Parque Nacional da Tijuca (MOUTINHO-DA-COSTA, 2008), dado pela aplicação de um regulamento que restringi direitos, fomenta desigualdades e injustiça ambiental a uma população marginalizada e vulnerabilizada.

Os parques também apresentaram um plano setorial de visitação, que, de uma forma ou outra, englobam a visitação para fins religiosos. O Parque Estadual Cunhambebe tem como objetivo negociar a regulação e ordenamento de ritos e cultos religiosos que ocorram dentro do parque. Como também a identificação da necessidade de implementação de melhorias e de manutenção dos monumentos histórico-culturais do parque e áreas dedicadas às práticas religiosas, além de programar vistorias a estas áreas para tal fim.

Sobre os impactos causados pelo uso público religioso, como pisoteamento, os resíduos produzidos e a destruição da vegetação, dentre outros apontados nos planos de manejo, não podem servir de escusa para o fechamento dos parques à visitação, entretanto devem conduzir ao aprimoramento do planejamento e à busca de novas tecnologias e soluções para minimizá-los (BRAGA, 2013).

Machado, Vilani e Sobreira (2017) defendem que as alternativas locacionais, no âmbito do estado fluminense, sejam discutidas com representantes religiosos, de forma democrática e participativa para que sejam reduzidos os conflitos religiosos entre os múltiplos usos dos parques. Consequentemente, torna-se fundamental que as práticas religiosas sejam incluídas entre as possiblidades de uso público definidas no art. 2º, I do Decreto nº 42.483/2010; em que, na redação atual, são reconhecidas apenas as visitações para fins de recreação, práticas esportivas, turísticas, artísticas, pedagógicas, histórico-culturais e de interpretação e conscientização.

4. CONCLUSÕES

O artigo objetivou levantar, identificar e analisar as diretrizes sobre o regulamento do uso público religioso nos Parques Estaduais terrestres do Rio de Janeiro e se contemplavam proteção das práticas afrorreligiosas. A pesquisa mostrou a inexistência de documentos legais em nível federal, mas no Estado do Rio de Janeiro existem regulamentos, tais como: decreto, resolução e planos de manejos dos parques selecionados que tratam da temática sobre o uso público religioso incluindo o afrorreligioso.

As regulamentações fluminenses apontaram que as práticas religiosas, sobretudo de matrizes afro-brasileiras são tidas como conflituosas pelos administradores/gestores das UCs por serem potenciais poluidoras e causadoras de danos à natureza. Os afrorreligiosos deparam-se com prazos arbitrados e incompatíveis aos seus ritos, evidenciando racismo ambiental e intolerância religiosa nos parques.

Conclui-se que as regulamentações restritivas aos religiosos criam instabilidade entre os administradores/gestores dos Parques Estaduais, fomentando conflitos socioambientais no âmbito do uso público religioso, principalmente para com as religiões afro-brasileiras, as quais não possuem proteção para as suas manifestações nos parques estudados.

REFERÊNCIAS

BRAGA, A. S. **Viabilização do uso público de Parques Nacionais e a disponibilização por particulares de serviços de apoio à visitação**. Dissertação de mestrado, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. 172f.

BRASIL. **Diretrizes para visitação em Unidades de Conservação.** Brasília: MMA, 2006.

_____. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, 2000.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Cadastro Nacional de Unidades de Conservação. 2021.** Disponível em: < http://sistemas.mma.

gov.br/portalcnuc/rel/index.php?fuseaction=portal.consultarFicha>. Acesso em: 31/03/2021.

COUTINHO, J. P. Religião e outros conceitos Sociologia**. Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto**, V. XXIV, 2012. Disponível em: https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/10763.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021.

FERNANDES-PINTO, É. **Sítios Naturais Sagrados do Brasil: inspirações para o reencantamento das áreas protegidas.** Tese de doutorado, UFRJ, Rio de Janeiro, 2017. 423f.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. **Instrução Normativa, nº 5, de 1 de junho de 2018**. Dispõe sobre diretrizes e procedimentos administrativos para o monitoramento da visitação em unidades de conservação federais, 2018.

_____. **Instrução Normativa, nº 7/2017/GABIN/ICMBIO, de 21 de dezembro de 2017**. Estabelece diretrizes e procedimentos para elaboração e revisão de planos de manejo de unidades de conservação da natureza federais. 2017.

_____. **Roteiro metodológico para elaboração e revisão de planos de manejo das unidades de conservação federais.** Brasília: ICMBio, 2018. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/unidadesdeconservacao/roteiros-metodologicos>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. **Roteiro metodológico para manejo de impactos da visitação com Enfoque na Experiência do Visitante e na Proteção dos Recursos Naturais e Culturais.** Brasília: ICMBio, 2011.

INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE. **Plano de manejo do Parque Estadual Cunhambebe,** 2015. Disponível em: <http://www.inea.rj.gov.br/Portal/Agendas/BIODIVERSIDADEEAREASPROTEGIDAS/UnidadesdeConservacao/INEA_008597#/PlanodeManejo>. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. **Plano de manejo do Parque Estadual da Pedra Branca,** 2013. Disponível em: < http://www.inea.rj.gov.br/cs/groups/pu-

blic/documents/document/zwew/mdm1/~edisp/inea0035928.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. **Plano de manejo do Parque Estadual da Pedra Selada.** 2017. Disponível em: < http://www.inea.rj.gov.br/biodiversidade--territorio/conheca-as-unidades-de-conservacao/parque-estadual--da-pedra-selada/>. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. **Plano de manejo do Parque Estadual da Serra da Tiririca.** 2015. Disponível em: < http://www.inea.rj.gov.br/biodiversidade--territorio/conheca-as-unidades-de-conservacao/parque-estadual--da-serra-da-tiririca/>. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. **Resolução nº 199 de julho de 2020.** Dispõe sobre diretrizes e procedimentos administrativos para o monitoramento da visitação em Unidades de Conservação Estaduais, 2020.

_____. **Roteiro metodológico para elaboração de planos de manejo: parques estaduais, reservas biológicas, estações ecológicas**. Rio de Janeiro: INEA, 2010.

INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE. **Protected Area Management Categories.** 2011. Disponível em: http://www.iucn.org/about/work/programmes/pa/pa_products/wcpa_categories/. Acesso em: 8 abr. 2021.

MACIEL, G. G. **Pentecostalismo, classe e raça no Parque Nacional da Tijuca (RJ): o caso dos canelas de fogo no Monte Cardoso.** Tese (Doutorado) - PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2019.

MACIEL, G. G.; GONÇALVES, R. S. Educação ambiental e mediação de conflitos neopentecostais no Parque Nacional da Tijuca. **Argumentum**, v. 9, n. 1, 2017.

MACHADO, C. J. S., COSTA, D. R. T. R.; VILANI, R. M. A análise do princípio da participação social na organização federal dos conselhos gestores de unidades de conservação e mosaicos: realidade e desafios. **Gestão e Desenvolvimento Regional**, v. 8, n. 3, p. 50-75, 2012.

MACHADO, C. J. S.; SOBREIRA, R. F. F. A prece como elemento de delimitação da espacialidade religiosa afro-brasileira junto ao meio ambiente natural. **Estudos de Religião**, v. 25, n. 40, 52-64, jan--jun. 2011.

MACHADO, C. J. S.; VILANI, R. M.; SOBREIRA, R. F. F. **Práticas religiosas afro-brasileiras e as ciências ambientais.** Rio de Janeiro: E-papers, 2017.

MOUTINHO-DA-COSTA, L. **A Floresta sagrada da Tijuca: estudo de caso de conflito envolvendo uso público religioso de parque nacional**. Dissertação de Mestrado. UFRJ, Rio de Janeiro--RJ, 2008. 398 f.

NASCIMENTO, D. A. Oferendas afro-religiosas e educação ambiental na Amazônia. **Revista Educação Ambiental em Ação**, n. 27, mar. 2009.

NASRI, Y. X. G. **Interpretando o uso público pela lente do religare entre sociedade e natureza:** o caso do Parque Estadual da Costa do Sol (RJ). Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2018. 184 f.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 42.483, de 27 de maio de 2010.** Estabelece diretrizes para o uso público nos parques estaduais administrados pelo Instituto Estadual do Ambiente – INEA e dá outras providências, 2010.

SANTOS JÚNIOR, V.; MACHADO, C. J. S.; VILANI, R. M. Não existe futuro sem partilha: pensando os serviços ecossistêmicos culturais em unidades de conservação e práticas religiosas de matriz africana no Brasil. *In*: **XXXII Reunião Brasileira de Antropologia**, Rio de Janeiro, 2020.

SOBREIRA, R. F. F. **Práticas religiosas Afro-Brasileiras, marco regulatório e uso do meio ambiente e do espaço urbano do Rio de Janeiro.** Tese (Doutorado) - Univesidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. 341f.

SOBREIRA, R. F. F.; MACHADO, C. J. S. Práticas religiosas Afro--Brasileiras, marco regulatório e uso do meio ambiente e do espaço urbano do Rio de Janeiro. **Revista Visões**, n. 5, v.1, jul-dez. 2008.

THEODORO, H. Religiões afro-brasileiras. *In*: Nascimento, E. L. (Org.) **Guerreiras da natureza: mulher negra, religiosidade e ambiente**. São Paulo: Selo Negro, 2008.

VILANI, R. M.; COELHO, B. S. Ecoturismo no Parque Estadual da Pedra Branca, Rio de Janeiro, Brasil. **Revista Turismo & Desenvolvimento**, n. 27-28, p. 535-546, 2017.

WILD, R.; MCLEOD, C. **Sitios Sagrados Naturales:** Directrices para Administradores de Áreas Protegidas. Gland, Suíça: IUCN. Série Buenas Prácticas en Áreas Protegidas No. 16. 2008. Disponível em: <https://cmsdata.iucn.org/downloads/iucn_sitios_naturales_sagrados.pdf> Acesso em: 8 abr. 2021.

O TRABALHO DA AGÊNCIA ADVENTISTA DE RECURSOS ASSISTENCIAIS E OS DESAFIOS DA CRISE HUMANITÀRIA VENEZUELANA PERANTE A PANDEMIA SARS-COV-2 EM RORAIMA

Ivanez Pinheiro Prestes[111]

INTRODUÇÃO

Por todo o mundo, milhões de pessoas cruzam fronteiras, em busca de obter uma vida mais digna, na qual seja possível o exercício da cidadania. São pessoas que sofrem alguma forma de perseguição ou violação de direitos humanos e são obrigadas a deixar seus países, sem dispor da proteção jurídica do seu Estado de origem ou de qualquer Estado. Nesse cenário, é de fundamental importância a discussão acerca dos refugiados venezuelanos que se encontram em situação de vulnerabilidade, em decorrência do fluxo migratório causado pela crise humanitária que afeta a Venezuela.

Justiça, compaixão e amor são os três pilares que movem as ações da Agência Adventista de Desenvolvimento e Recursos Assistenciais – ADRA. Justiça para que cada pessoa reconheça que é única e especial.

111 http://lattes.cnpq.br/0894990959351173

Compaixão, porque ninguém deve levar seu fardo sozinho. Amor sem limites, que não enxerga distinções.

A ADRA Brasil é uma organização privada, não governamental e sem fins lucrativos de objetivos assistenciais, beneficente e filantrópicos. Executa projetos de desenvolvimento comunitário e de assistência humanitária sem qualquer distinção política, racial, religiosa, de idade, sexo ou de etnia.

Em Roraima, a Agência está apoiando o governo local com prestação de auxílio aos refugiados venezuelanos. Trabalho esse em conjunto com a Operação Acolhida que é instrumento de ação do Estado Brasileiro, destinado a apoiar, com pessoal, material e instalações, a organização das atividades necessárias ao acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade, decorrente do fluxo migratório para o estado em comento. Conta com quatro frentes de trabalho, a saber: SAVEB, SWAM, Emergência Roraima, e Alimentando a Esperança.

A SAVEB – Segurança Alimentar para Venezuelanos no Brasil – é um programa que tem como escopo reduzir a insegurança alimentar de 6.600 pessoas imigrantes fornecendo-lhes um cartão eletrônico com recarga mensal no valor de 25 dólares por pessoa na família com a vigência de seis meses. Beneficia refugiados em extrema vulnerabilidade social, que não tenha vínculos com programas sociais governamentais e atua fora dos abrigos. Conta com 14 funcionários que fazem o levantamento e acompanhamento das famílias beneficiadas.

A SWAN – *Settlement, WASH, And Non-food assistance for Venezuela migrants in Brazil* – é um programa que trabalha com Kits de higiene e com a interiorização. 14.990 pessoas receberão, por nove meses kits de higiene pessoal. Quanto a interiorização serão Dois mil e quatrocentos imigrantes venezuelanos instalados em cinco estados brasileiros (Amazonas, Bahia, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul) beneficiados com o traslado, local de moradia e ocupação laboral.

A Emergência Roraima visa atender imigrantes em situação de extrema vulnerabilidade social e sem condições de prover suas necessidades básicas e atua em nove áreas, a saber: água, saneamento e higiene, saúde comunitária, crianças em situação de vulnerabilidade, resposta e gestão e emergências, nutrição e redução da fome, geração de emprego e renda,

promoção de justiça social e garantia de direitos, igualdade entre sexo e valorização da mulher.

A Alimentando a Esperança visa fornecer 1.500 refeições por dia em até cinco vezes por semana a imigrantes que vivem nas ruas. Oferece auxílio para gerar renda por meio de pequenos negócios, recolhe currículos para a inserção dos imigrantes no mercado de trabalho. Encaminha ao programa de interiorização.

Sendo assim, procura-se neste artigo entender as razões da crise humanitária na Venezuela que fomentaram o imenso fluxo internacional de indivíduos nos últimos anos, como a população daquela nação foi acometida pelas incontáveis mudanças nas dinâmicas políticas, sociais e econômicas, descrevendo a conjuntura do país desde a reeleição de Hugo Chávez para presidente até o conflito entre a Assembleia Nacional Constituinte e a Assembleia Constituinte, a fim de entender como a Venezuela de trinta anos atrás se transformou no que hoje representa a Venezuela, mesmo tendo a maior reserva de petróleo do mundo.

Analisa-se também a conduta do Brasil diante da crescente imigração venezuelana, sobretudo, o processo de acolhimento de refugiados executado pelo Brasil, assim como, as legislações nacionais específicas principais formuladas pelo país, que aderiu às mais relevantes legislações internacionais sobre o refúgio em prol de acolher os imigrantes de forma organizada e segura.

No que tange à metodologia, assinala-se a pesquisa bibliográfica, por meio de um estudo descritivo-analítico, ao que se consigna ao material estudado: doutrinas renomadas e jurídicas, legislações nacionais e internacionais e dados estatísticos de instituições internacionais. E por fim quanto à abordagem, é qualitativa, pelo fato da tarefa ser humanística, focada, nomeadamente, aos profissionais do Direito, e por derradeiro, quanto aos objetivos, foi feita uma livre metodologia descritiva e exploratória.

2. DESENVOLVIMENTO

Há uma tensão entre as preocupações de segurança e as políticas de cuidado direcionadas aos refugiados e imigrantes pelo Estado que os recebe. Existe uma dualidade que permeia as relações que são estabelecidas entre o estrangeiro e o nacional, entre o "eu" e o "outro", a qual é repre-

sentada na modulação pelo Estado moderno, através da política e do direito entre a utilização de seu potencial de coerção e a ampliação de ações de caridade (GHOSH; CHAUDHURY, 2020). Referida ambivalência entre a hospitalidade e a hostilidade, submetidas como são a um extenso espectro de discricionariedade, acha, todavia, determinados limites normativos em regimes como os de direito dos refugiados e direitos humanos.

Nas relações entre o estrangeiro e o nacional, refugiado ou imigrante, o equilíbrio entre os imperativos de cuidar de si e cuidar do outro é frágil, sob o permanente confronto entre forças jurídicas, políticas, ideológicas e sociais. O boom da pandemia provocada pela disseminação do vírus SARC-COV-2, uma nova espécie de coronavírus que tem assoado atualmente quase toda a totalidade dos países do mundo, acaba redimensionando a geometria dessas forças com impactos contundentes sobre aquelas relações. Em todo o planeta a gestão de processos migratórios tem sido altamente afetada pela pandemia.

No Brasil contemporâneo, o fluxo migratório transnacional numericamente mais considerável é de venezuelanos, com mais de 250.000 solicitações de refúgio e residência. Chegam ao Brasil sobretudo pela fronteira norte, onde se deparam com o pequeno município de Pacaraíma e, 200 Km ao sul, com a capital doe estado de Roraima, Boa Vista.

Diante da pressão migratória sobre a região, precária e pouco desenvolvida na disponibilidade de serviços públicos de atenção social, especialmente os da área da saúde, o Brasil respondeu com a implementação da Operação Acolhida, cujos papéis precípuos são as de regularização e organização do fluxo migratório, preliminar acolhimento e redistribuição de refugiados e imigrantes pelo território brasileiro numa versão federativa de *burden sharing*.

2.1. MOTIVOS DA CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA

Para uma melhor compreensão da crise humanitária atual na Venezuela, é basilar contextualizar o período que compreende desde a reeleição de Hugo Chávez para presidente, no mês de outubro de 2012, passando por seu óbito, a ascensão de Nicolás Maduro e os fatos que aconteceram, em seguida, com a lide entre a Assembleia Nacional Constituinte e a Assembleia Constituinte.

Hugo Chávez, de posse de sua influência, foi bem hábil quando reuniu a população na procura do sonho bolivariano, tendo como norte a reformação da Venezuela a partir do bolivarianismo, defendendo o socialismo do século XXI, permeado por políticas de distribuição de renda e inclusão social, fazendo uso do discurso de país democrático, quando, em verdade, seu governo possuía cunho autoritário.

Portanto, o regime de Hugo Chávez, mesmo se declarando democrático e tendo um discurso de equidade social, o que houve, em verdade, foi que tal ideologia simulou um Estado Democrático de Direito, isto é, definiu uma distorção ao regime democrático, haja vista que, oficialmente, o regime da Venezuela foi desenvolvido com alguns fundamentos incidentes em uma democracia. Todavia, o regime democrático na Venezuela não estava consolidado efetivamente, tendo em vista que não eram respeitadas as liberdades fundamentais dos cidadãos, como pode-se citar, liberdade de organização, de expressão e de acesso à informação.

Sendo assim, Guillermo O'Donnell (2007) ratifica que diz que para a nação ser verdadeiramente democrática precisa:

> Realizar regularmente elecciones libres e institucionalizadas, los indivíduos pueden crear o unirse a organizaciones libremente, partidos políticos incluídos, hay libertad de expresión, lo cual incluye uma prensa razonablemente libre, etcétera. (O'DONNEL, 2007, p.152).

Guillermo O'Donnell (2007) diz também que:

> *Las dudas y objeciones con respecto a la condición democrática de estos países surgen, por um lado, de la justificada indignacíon que produce la lamentable situación de los derechos básicos de los pobres y vulnerables. Por outro lado, esas mismas dudas y objeciones rellejan la vaguedad y el carácter cambiante de los significados atribuídos al término "democracia", no solo en el uso común, sino también en el académico. El problema se ha agudizado com la enorme expansión en las últimas dos décadas de la cantidad de países del Sur y el Este que afirman ser democráticos. (O'DONNEL, 2007, p. 151-152).*

Com a doença de Hugo Chávez, Nicolás Maduro, até então vice-presidente do governo chavista, foi designado para dar seguimento ao plano de governo, mesmo tendo menos capacidade para assumir a função. Posteriormente, passa a ser presidente interino, por causa da morte de Hugo Chávez e, em seguida, vence as eleições e assume o poder.

A gestão de Nicolás Maduro teve como herança a crise econômica do governo de Hugo Chávez, que já vivencia um cenário de declínio econômico em razão da crise política que a nação estava envolvida desde os anos 2000, a qual foi agravada por causa da crise mundial do mercado petroleiro, com a redução do preço do petróleo a nível global no ano de 2014, quando o valor do mesmo desmoronou. Sendo assim, a crise venezuelana está vinculada ao preço do petróleo.

Conforme dados da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), a Venezuela, mesmo tendo a maior reserva de petróleo do planeta, estimada em "300,9 bilhões de barris" (2019) e já ter ocupada a posição de "segundo maior exportador de petróleo do mundo", a sua produção passou a colapsar e está hoje em dia no seu nível mais baixo em três décadas, o que comprova que a nação ter petróleo não significa necessariamente ser rico.

Isso acontece porque uma nação com grandes reservas nem sempre consegue extrair e comercializar todo o petróleo que disponibiliza, por causa da dificuldade da extração, assim como, no caso específico da Venezuela, das punições econômicas americanas, que inviabilizaram a comercialização do petróleo da Venezuela, tendo em vista que sua cadeia de consumidores reduziu, consideravelmente e, também, em decorrência da politização da empresa estatal de petróleo PDVSA acontecida no decorrer do governo de Hugo Chávez (BBC, 2019).

Assim sendo, a Venezuela se manteve numa crise política, quando aconteceram golpes de Estado, estatizações e paralisações de empresas e tais circunstâncias provocaram o aumento da inflação, a desvalorização da moeda e, por consequência, ocasionou a dificuldade para a manutenção dos programas sociais, os quais eram assegurados pela exportação do petróleo, provocando o colapso da Venezuela e a precariedade social. Portanto, mesmo que Nicolás Maduro, de início, tenha alimentado a intenção de dar continuidade ao plano de governo de Hugo Chávez de distribuição de

renda e redução da pobreza, a nação mergulhou em uma crise econômica sem precedentes e em uma grande instabilidade política.

Maduro intensificou o controle do Estado sobre a economia, arruinando a produção, substituiu a indústria interna por importações, rompendo todo o sistema produtivo venezuelano, e provocando o desabastecimento, pôs fim à diversificação industrial, coibiu o empreendimento, restringiu os lucros e levou o país a um índice de pobreza acima daquele que existia antes de Hugo Chávez assumir o governo, gerando o declínio socioeconômico da Venezuela e a precarização da vida na nação.

A escassez venezuelana é parte integrante da maior crise vivenciada pelo país, marcada pela ausência de produtos básicos como queijo, leite, frango, carne, óleo, café, manteiga, açúcar, papel higiênico etc. fora isso, o aumento da inflação, provocada pela manipulação do câmbio, medida altamente intervencionista, impacta de forma direta nos preços dos produtos bem como na capacidade de compra das pessoas, tida como a pior crise econômica da história venezuelana.

Em dezembro de 2015, a Assembleia Nacional passou a ser controlada em sua maior parte, pelos adversários de Nicolás Maduro, fazendo com que o mesmo perdesse a chance de se sobrepor aos opositores e, dessa forma, na tentativa de desarticular a oposição, ele convocou uma nova assembleia, chamada de Assembleia Constituinte da Venezuela, que auxiliou a manter Nicolás Maduro no poder, com a finalidade de "redigir uma nova constituição e reformar o Estado". (BBC, 2019).

Nesse cenário, Juan Guaidó, deputado nacional pelo estado de Vargas, é o presidente da Assembleia Nacional da Venezuela que, no dia 23 de janeiro de 2019, se autodenominou presidente provisório da nação, tendo até sido reconhecido como presidente interino por vários países. Após isso, ele surgiu como o rosto mais visível do movimento internacional e nacional que procura remover Maduro da Presidência por considerá-lo um governante ilegítimo (BBC, 2019).

Nesta perspectiva, Marcelo Suano (2019) fala que uma das provas de que na Venezuela não está acontecendo a prática da democracia e, fora isso, que a democracia está diminuída ao voto e que, no decorrer desses quase sete anos nos quais Nicolás Maduro está na presidência do país, foi tentado o distanciamento pela revogação do mandato, algo constitucional na nação e almejado pela maior parte dos cidadãos, todavia, todos os

instrumentos legais e ações ilegais foram utilizados para impedir qualquer ação desse direito da cidadania, que é administrar os governantes e distanciá-los quando eles atuarem destruindo a sociedade (SUANO, 2019).

Nicolás Maduro, que executa o poder de maneira autoritária, possui baixa popularidade caso confrontada com a do seu antecessor, Hugo Chávez. Nicolas Maduro configura a decadência do sistema político, das políticas públicas ineficientes e do modelo econômico. A situação na Venezuela não é mais uma crise, porém uma situação de conflito. O país vive atualmente um estado de constante guerra, uma vez que os elementos de uma guerra estão postos: crise de desabastecimento, elevados índices de violência, constitui um desafio sem paralelo. Dessa maneira, em decorrência de tal conjuntura, um grande número de indivíduos tem decidido abandonar o país, na procura por condições de vida melhores, ocasionando um exagerado êxodo de venezuelanos, principalmente, para a América do Sul.

Segundo os dados da Organização Internacional para Migrações (OIM) e da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), "mais de 5 milhões de venezuelanos deixaram o país desde 2014" (ACNUR, 2020) e as nações que mais receberam os venezuelanos foram:

> A Colômbia com 1,3 milhão, o Peru com 768 mil, o Chile com 288 mil, o Brasil com 263 mil e a Argentina com 130 mil. Segundo a OIM o México e os países da America Central e do Caribe também recebem um contingente expressivo de refugiados e migrantes da Venezuela. (ACNUR, 2019).

2.2. PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS EFEITOS PARA REFUGIAOS E MIGRANTES

Os fatos se precipitaram de forma desabalada. Da primeira notificação realizada por médicos da cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, na China, no final de dezembro, no que tange à existência de indivíduos contaminados por uma pouca conhecida espécie de coronavírus, com capacidade de ocasionar uma síndrome respiratória aguda grave e de, com isto, levar a um percentual significativo de mortes, até o emprego de

quarentena obrigatória imposta à população da cidade e de restrições a viagens para centros urbanos vizinhos transcorreram menos de trinta dias.

Tais medidas chegaram a quase 60 milhões de indivíduos. Logo depois, no continente europeu, a Itália foi a primeira nação a declarar estado de emergência, no dia 31 de janeiro de 2020. Depois de um mês, impunha uma quarentena à sua população. No dia 15 de março foi a vez de a Espanha decretar o confinamento a sua população. Estados Unidos da América (EUA) e Reino Unido limitaram a implementação de medidas rígidas de isolamento, pelo que pagariam elevado preço em quantidade de vítimas, após alguns meses. Os EUA chegaram até a impor uma proibição a viajantes oriundos da Europa, excepcionando o retorno de seus cidadãos (GABEIRA, 2020), porém o vírus já tinha alcançado o território americano pela costa oeste (EL PAÍS, 2020).

No Brasil, a pioneira notificação oficial de indivíduo portador da COVID-19 ocorreu em 26 de fevereiro de 2020, em São Paulo, pois existem constatações de que o SARS-Cov-2 já circulava no país desde janeiro (JORNAL DO COMMERCIO, 2020). O vírus se espalhou de forma rápida pelo Brasil, tendo sido o primeiro caso de Roraima notificado oficialmente logo depois de um mês (G1, 2020).

Entre as medidas do Estado adotadas para evitar a disseminação da contaminação do vírus, uma delas impactou significativamente sobre o fluxo migratório por via terrestre de venezuelanos ao Brasil. O Governo Federal divulgou no Diário Oficial da União a Portaria Interministerial nº 120, do dia 17 de março de 2020, pela qual passava a limitar a entrada de estrangeiros oriundos da Venezuela, em razão da pandemia (BRASIL, 2020).

Em razão de sua natureza, ameaças sanitárias extremamente contagiosas entre seres humanos, como a Covid-19, provocaram medidas de proteção que atingem a mobilidade humana. Como o caso do Brasil, vários Estados fecharam suas fronteiras, aceitando o retorno somente de seus nacionais ou de estrangeiros residentes.

Mesmo as nações da Europa da área de Schengen, que, apesar de permitirem a circulação livre de indivíduos entre seus territórios, viram-se obrigados a fazer uso de disposições do Código de Fronteiras de Schengen que aceitam a reintrodução temporária de controle de fronteiras internas.

Quando se fala de ameaça à saúde de uma certa população, os instrumentos jurídicos internacionais que normatizam as respostas do Estado ofertam uma ampla gama de possibilidades para lidar com processos migratórios. Este é o caso do Regulamento Sanitário Internacional (RSI), instrumento vinculante formulado pelos Estados-membros da Organização Mundial de Saúde (OMS) que possui disposições específicas cuja aplicação afeta a mobilidade humana.

O artigo 2º do RSI, que estabelece seu propósito como o de "prevenir, proteger, controlar e dar uma resposta de saúde pública contra a propagação internacional de doenças, de maneiras proporcionais e restritas aos riscos para a saúde pública (…)" (BRASIL, 2020), é acompanhado de uma série de dispositivos que regularizam as medidas aplicáveis por parte dos Estados a viajantes. O Regulamento foi promulgado recentemente pelo Brasil, por intermédio do Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

O fato é que os Estados têm um aparato regulatório que lhe permite executar seu poder coercitivo em prol da defesa de suas sociedades, adotando medidas de restrição para a mobilidade humana, até pela completa obliteração de fluxos migratórios direcionados a seus territórios, principalmente em situações excepcionais como a da pandemia de COVID-19.

Por outro lado, frente a decisões como as de fechamento de fronteiras, suspensão de voos internacionais, determinações de isolamento etc, não lhes resta, a refugiados e imigrantes, opção alternativa senão a de se submeterem à ordens estatais.

Não se fecha os olhos ao fato de que refugiados e imigrantes sejam salvaguardados, quando não por específicos diretos reconhecidos pelos Estados em cujos territórios se encontram, pelo menos pelas normas que constam no Direito Internacional dos direitos humanos. O imperativo de tutelarem-se a si próprios como aos seus, contudo, sobretudo em situações excepcionais como a da pandemia de COVID-19 leva a maior parte à obediência não esperada das ordens das autoridades estatais.

A vulnerabilidade que lhes é comum acaba os empurrando à sujeição à manifestações da autoridade competente, em alguns casos eivadas de abusiva discricionariedade, inclusive as de seus próprios Estados de origem, em eventual decisão de retorno.

Conforme estudo feito pela Organização Internacional das Migrações (OIM) acerca do impacto para imigrantes da pandemia de Covid-19, a ca-

pacidade que indivíduos imigrantes possuem de evitar a infecção, receber tratamento médico adequado e de vencer os desafios sociais, econômicos e psicológicos da pandemia, é enfraquecida por fatores como ausência de atenção às suas singularidades linguísticas e culturais, xenofobia e seu restrito acesso a redes e a informações que lhes asseguram acesso a direitos e inclusão maior nas sociedades receptoras (GUADAGNO, 2020).

No caso específico de Roraima, as dificuldades oriundas da vulnerabilidade de imigrantes e solicitantes de refúgio em meio à pandemia são evidentes. Indígenas que pertencem à grupos originários da Venezuela, alguns em total domínio do idioma castelhano, ou possuindo-o como segunda língua, com adicionais e consequentes dificuldades de comunicação; a situação de adolescentes e crianças venezuelanas desacompanhados, ainda não corretamente solucionada institucionalmente (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019); o desemprego sem indenização de uma quantidade considerável de imigrantes, especialmente mulheres, que vinham conseguindo alguma renda por serviços domésticos não formais.

2.3. A OPERAÇÃO ACOLHIDA E DEMAIS DIPLOMAS LEGAIS PARA A GESTÃO MIGRATÓRIA NA CIDADE DE BOA VISTA-RR

A imigração da Venezuela mostrou exponencial crescimento nos últimos anos, segundo é possível constatar pelo aumento dos pedidos de refúgio dirigidas ao CONARE (BRASIL, 2019). A maioria do fluxo migratório acontece por via terrestre. Os solicitantes de refúgio e imigrantes atravessam a fronteira que divide os territórios de Brasil e Venezuela, e ingressam em território brasileiro pelo estado de Roraima.

Mediante o aumento populacional oriundo da imigração, ainda no ano de 2016, o governo estadual declarou emergência em saúde pública, de relevância nacional nas cidades de Pacaraima e Boa Vista, explicada com base na pressão exercida sobre os serviços públicos de saúde, ofertados por um precário sistema (RORAIMA, 2016).

No mês de fevereiro de 2018, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 820, que posteriormente é transformada na Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018, e pela qual ficava criado o "Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vul-

nerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária" (BRASIL, 2018).

A Lei Federal nº 13.684/2018, que "dispõe sobre as medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária" na Venezuela, objetiva trabalhar em cooperação com o Estado de Roraima no recebimento e atendimento dos venezuelanos. (BRASIL, 2018).

A estrutura do Comitê foi normatizada por meio do Decreto nº 9.970 em quatro subcomitês, indicando com isso as preocupações governamentais principais alusivas á gestão do fluxo migratório: recepção, identificação e triagem de imigrantes, acolhimento de imigrantes em situação de vulnerabilidade; interiorização; e ações de saúde a migrantes (BRASIL, 2018).

De uma concepção normativa, a Operação Acolhida foi instituída para a materialização das ações atinentes às diretrizes definidas pelo Comitê Federal de Assistência Emergencial no cenário da imigração venezuelana em Roraima, sobretudo em Pacaraima e Boa Vista. Sob a coordenação do governo federal, através da Casa Civil e vários ministérios, são articuladas as ações de organismos internacionais, tais quais o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e a Organização Internacional para as Migrações (OIM), dentre outros, entidades da sociedade civil e governamentais.

A Operação Acolhida procura atuar em três eixos basilares:

1 – Ordenamento de Fronteira, que engloba as ações, regularização e tratamento médico e social do imigrante no ato de sua chegada ao Brasil;

2 – Acolhimento de imigrantes em situação de vulnerabilidade maior em treze abrigos, dois deles em Pacaraima e os outros em Boa Vista;

3 – Interiorização, ação correspondente à estratégia de diminuir as pressões sobre os serviços públicos da cidade de Roraima, distribuindo entre os outros estados federativos a responsabilidade pela integração socioeconômica de solicitantes de refúgio e imigrantes da Venezuela à sociedade brasileira. A interiorização é feita em quatro modalidades, que são:

a) Abrigo-abrigo que constitui a modalidade na qual a pessoa é transferida de um abrigo localizado em Roraima para outro, mantido por entidade municipal, estatal ou da sociedade civil, em distinto estado da federação, podendo permanecer ali por três meses.

b) Interiorização por reunificação familiar que é disponibilizada para indivíduos que possuam família fora dos estados de Amazonas e Roraima, e é executada desde que comprovado o parentesco e as devidas condições financeiras e sociais necessárias ao acolhimento no destino.

c) Reunificação social que se trata de uma modalidade de interiorização que dispensa os vínculos de parentesco requeridos na reunificação familiar, porém presume que exista alguém de confiança do imigrante em plenas condições de recebê-lo, sob a condição de comprovação de ingressos mensais e não existência de antecedentes criminais.

d) Interiorização por trabalho que consiste na modalidade na qual o estrangeiro sai de Roraima para ocupar uma vaga de emprego numa outra unidade federativa, sendo a empresa contratante responsável por lhe conceder suporte em sua chegada.

O Governo Federal editou, também, dois decretos acerca da matéria, o Decreto nº 9.285/2018, que "reconhece a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela" e o Decreto nº 9.286/2018 que "define a composição, as competências e as normas de funcionamento do Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária" (BRASIL, 2018).

Portanto, por meio dessas deliberações, assim como do Decreto GLO (Decreto nº 9.483 de 2018 e Decreto nº 9.501 de 2018) que autorizava "o emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem, no Estado de Roraima, para a proteção das instalações e das atividades relacionadas ao acolhimento dos refugiados", ficou atribuído ao Ministério da Defesa, por intermédio da Aeronáutica, Exército e Marinha e a acolhida de migrantes venezuelanos no Estado de Roraima (BRASIL, 2018).

A maior parte dos venezuelanos que chegam ao Brasil adentrando pelo estado de Roraima, principalmente, pela cidade de Pacaraima, que faz fronteira com a Venezuela. Em seguida, o estado de São Paulo é o que mais recebe pessoas venezuelanas, por causa da maior chance de oferta de empregos.

Conforme informações do Ministério da Defesa, nos centros de acolhimento, os venezuelanos conseguem "atendimento odontológico e médico, vacinação, orientação para regularização migratória, além de recebe-

rem documentação brasileira como carteira de trabalho e CPF, assessoria jurídica e assistência social com suporte psicológico e são encaminhados para abrigos, nos quais recebem três refeições por dia, têm acesso à lavanderia e atendimento médico.

Fora isso, o atendimento é feito por pessoal com o adequado treinamento para lidar com os imigrantes venezuelanos, levando em consideração suas questões culturais (BRASIL, 2019). Outra fase da Operação Acolhida consiste na interiorização para vinte e quatro estados do Brasil, onde todos são acompanhados de Roraima até a cidade de destino.

O deslocamento desses cidadãos venezuelanos conta com o apoio da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) e da Organização Internacional para as Migrações (OIM), em combinação com os governos municípios e estados, assim como, outras agências da Organização das Nações Unidas (ONU) estão comprometidas com o plano de interiorização, como o Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD), o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e o Fundo das Nações Unidas para a infância (UNICEF).

Conforme a ONU, tais organizações identificam locais de acolhida em toda a nação, executam estruturas melhores nos abrigos, concedem orientação acerca das cidades-destino, organizam a viagem assim como a recepção nos destinos novos; sem contar que conscientizam o setor privado acerca da absorção da mão-de-obra refugiada. Os organismos dão também aquela atenção especializada às mulheres, crianças e grupos mais vulneráveis (ONUBR, 2019).

A finalidade do plano de interiorização é reduzir o impacto da chegada de imigrantes e refugiados venezuelanos ao estado de Roraima. A remoção propicia que os mesmos consigam oportunidades novas de inclusão e ingresso no mercado de trabalho, reorganizando suas vidas e cooperando para o aparecimento e crescimento de comunidades novas de acolhimento, assim como, para o aprimoramento e desenvolvimento do projeto. Dessa forma, a Operação Acolhida constitui um programa para ofertar assistência emergencial ao acolhimento de venezuelanos que estão em situação de vulnerabilidade, em razão do fluxo migratório provocado pela crise humanitária que atinge a Venezuela e é tida como uma ação solidária executada no Brasil em meio a tanto individualismo que existe no planeta.

Entretanto, a Operação Acolhida não demonstra a realidade dos venezuelanos no Brasil. Conforme a Operação Acolhida, responsável pelo fluxo migratório, vários dos venezuelanos que chegam ao Brasil permanecem em situação de rua, sendo frequente achar várias pessoas vasculhando o lixão em Roraima, em condição insalubre de vida, vivendo em situação precária, pelas ruas, sem moradia ou em prédios abandonados.

O estado de Roraima não possui condições de aguentar o aumento da demanda decorrente dos venezuelanos, haja vista que vai além do limite que o Estado pode comportar. Os venezuelanos que entram no Brasil acham outra realidade repleta de dificuldades e desafios, numa fronteira desprovida de serviços públicos básicos, com atendimento em saúde, segurança e educação deficitários e limitados, inclusive para a população local, que economicamente já sofre, fazendo com que os imigrantes permaneçam em situação de vulnerabilidade social.

Além disso, vários dos venezuelanos que conseguem um trabalho acabam sendo vítimas de exploração por pessoas que tiram proveito da vulnerabilidade deles, tendo até casos nos quais o Poder Judiciário observou que existia trabalho em condições similares à de escravo. Conforme fontes do Ministério da Economia, mais precisamente da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho:

> Trabalhadores venezuelanos eram submetidos à condição de trabalho análoga à de escravo, em Roraima, sem o recebimento de salários, com exaustivas jornadas diárias de trabalho, sem direito a dias de descanso, com retenção de documentos pelo empregador, como forma de mantê-los no trabalho e proibição de ausentar-se do local de trabalho. Foram tornados cativos do trabalho em razão da retenção de documentos e da servidão por dívida e das constantes ameaças que levavam à coação moral e da submissão a condições degradantes decorrentes da precária alimentação fornecida e de outras graves irregularidades verificadas na inspeção. Aos auditores, os trabalhadores relataram que o empregador agia com agressividade e violência, utilizando a arma de fogo como instrumento de intimidação. (BRASIL, 2019).

Sendo assim, é de grande relevância a redistribuição do fluxo migratório, com um programa de realocação geográfica de forma ordenada, para

diminuir o impacto no estado de Roraima, que não possui condições de aguentar um contingente tão grande de venezuelanos. Portanto, o projeto de acolhida, mesmo representando uma ação de solidariedade do governo brasileiro e ser eficaz para aquilo que é proposto, o mesmo é limitado.

Sendo assim, é indispensável que o Brasil atue de maneira ativa para a inserção, de fato, dos refugiados na nação, com a criação de políticas de migração, assim como, de políticas públicas para a devida geração de emprego e renda, educação básica, segurança e atendimento de saúde, haja vista que o que retrata a realidade dos venezuelanos que chegam e se mantém no Brasil, é a ausência de políticas migratórias.

O Brasil já passa por uma conjectura de desigualdade social, concentração de renda e miséria que põe o Estado pátrio em situação crítica. Todavia, com a formulação de políticas públicas para a geração de emprego, assim como, para o desenvolvimento humano, compatíveis com a capacidade econômica da nação, objetivando assegurar uma sociedade digna e justa, com a finalidade de diminuir a desigualdade social a que está incluída, tendo em vista que o país melhoraria não somente as condições de vida dos refugiados da Venezuela, mas ainda da população do Brasil.

A Venezuela foi destruída e os refugiados necessitam de auxílio da comunidade internacional. Sendo assim, é um significativo aprendizado a visão de Zygmunt Bauman (1998), em Modernidade e Holocausto, que diz:

> O Holocausto não foi simplesmente um problema judeu nem fato da história judaica apenas. O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural e humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura (BAUMAN, 1998, p. 12).

2.4. AGÊNCIA ADVENTISTA DE DESENVOLVIMENTO E RECURSOS ASSISTENCIAIS (ADRA) – AÇÃO SOLIDÁRIA AVENTISTA (ASA)

Em prol de uma aplicação prática futura do projeto, a organização principal que poderia receber os resultados da implantação do sistema é

a Ação Solidária Adventista (ASA), conhecida também como a Agência Adventista de Desenvolvimento e Recursos Assistenciais (ADRA), através de uma integração dos serviços. Este órgão é parte integrante de um grupo de outras ações que são instituídas pela Igreja Adventista do Sétimo Dia para atender às pessoas necessitadas.

Cada Igreja Adventista do Sétimo Dia possui uma ou mais salas nas quais são armazenados roupas, alimentos e outros objetos que são doados. Hoje em dia, das opções pesquisadas que existem para gerenciamento de doações, nenhuma delas contempla uma das funcionalidades principais do projeto. Doe mais, que constitui a funcionalidade de o doador cadastrar sua doação para em seguida ser recolhida.

Inexiste também uma solução de gerenciamento das doações a coletar ou que já foram coletadas. O projeto foi instituído preliminarmente para atuar nesse contexto, agregando uma informatizada solução aos projetos que já existiam por parte da ASA e da ADRA. Estas organizações possuem um foco direcionado para pessoas em vulnerabilidade social e objetivam melhorar as condições de vidas dessas pessoas.

A ADRA foca suas ações em áreas como por exemplo saneamento, água, saúde comunitária, crianças em situação de vulnerabilidade, feedback e gestão de emergências, nutrição e diminuição da fome, geração de emprego e renda, promoção da justiça social e garantia de direitos, igualdade entre ambos os sexos e valorização da figura feminina. Tem com lema: "Mudando o mundo, uma vida de cada vez".

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo trouxe um debate sobre os motivos da crise humanitária na Venezuela, conforme o contexto vivenciado pela nação desde a reeleição de Hugo Chávez para presidência e de que maneira a população daquele país foi abalada pelas mudanças provocadas pelo regime autoritário e socialista do mesmo, assim como, do governo de seu sucessor Nicolás Maduro. Verificou-se, ainda, que o regime democrático na Venezuela não está consolidado verdadeiramente, uma vez que não são respeitadas as liberdades fundamentais dos cidadãos e que tal ideologia, fundamentada na revolução boliviana, simulou um Estado Democrático de Direito e criou uma distorção à democracia.

Foi comprovado que o colapso econômico da Venezuela está vinculado ao preço do petróleo e que a substituição da indústria interna por importações acabou destruindo todo o sistema de produção deste país, provocando o desabastecimento. Sendo assim, o que aniquilou a Venezuela foi o poder destrutivo do aparelhamento estatal, que arruinou a instabilidade da Venezuela. Nota-se que a situação neste país já não é mais uma crise, porém um estado de conflito, como falado no decorrer do texto, isto é, o que o país vive atualmente é um verdadeiro cenário de guerra.

E por causa dessa situação, uma grande quantidade de indivíduos tem decidido deixar aquele país para procurar condições de vida com dignidade, ocasionando um imenso fluxo internacional de venezuelanos. Constatou-se que, mesmo o Brasil tendo exercido importante papel como nação acolhedora, na América do Sul, concedendo acolhimento por motivos humanitários aos refugiados da Venezuela, o país foi capaz de assegurar o pleno exercício da cidadania, com base no respeito à dignidade da pessoa humana e isso configura a manutenção de uma condição de extrema vulnerabilidade dos refugiados. Portanto, a prática da cidadania é imprescindível para a preservação dos direitos humanos dos refugiados e para a devida garantia da dignidade da pessoa humana em todos os sentidos, devendo referido direito ser garantido e preservado por toda a comunidade internacional. Porém, a indagação que surge é: A democracia na Venezuela um dia irá voltar?

A pandemia de Covid-19, por sua vez, teve incisivos efeitos sobre as migrações de modo geral, impactando tanto os fluxos dos imigrantes e refugiados quanto a administração dos processos migratórios feita por governos, organizações internacionais e atores da sociedade civil. De forma veloz, impôs desafios que exigiram a adaptação de caráter obrigatório de atores e processos às novas circunstâncias. Mudanças desta natureza, geralmente, geram também maiores sofrimentos aos mais vulneráveis, entre eles imigrantes em situação de refúgio, como os venezuelanos que, antes de fecharem a fronteira, chegavam todos os dias em grande quantidade ao território nacional.

Quanto aos limitados recursos para conter a disseminação da COVID-19 por uma população já fragilizada em razão da sua própria condição migrante, em meio à qual se acham pessoas em situação de maior vulnerabilidade ainda, como as crianças, as mulheres e os indígenas, tem

havido um esforço de grande importância dos atores envolvidos na busca por soluções rápidas e efetivas na proteção sanitária de migrantes e solicitantes de refúgio em Roraima.

Com a emergência sanitária do coronavírus, a instabilidade política e a precariedade social acrescentaram-se um coquetel de escassez de gasolina, colapso dos serviços, cortes de energia e de água que multiplicam as graves disfunções do país. A ADRA está apoiando o governo local de Roraima com prestação de auxílio aos refugiados venezuelanos sobretudo com a atual conjuntura da pandemia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto 10.212, de 30 de janeiro de 2020**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. **Portaria Interministerial Nº 120**, de 17 de março de 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/prt120-20-ccv.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. **Refúgio em Números.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019.

EL PAÍS. **El coronavirus de Wuhan desborda a China y llega a EE UU**, 22 jan. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Em Roraima, crianças no limbo**, 09 de dezembro de 2019.

GABEIRA, Fernando. **Um vírus mudando o mundo**. O Estado de São Paulo, 20 mar. 2020.

G1.**Roraima chega a 188 mortos por coronavírus e 6.594 infectados**, 10 jun. 2020 Disponível em <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2020/06/10/roraima-chega-a-188-mortos-por-coronavirus--e-6594-infectados.ghtml>. Acesso em: mar. 2021.

GHOSH, A.K.; CHAUDHURY, A.B.R. Migrant Workers and the Ethics of Care during a Pandemic. In: SAMADDAR, R. **Borders of an Epidemic: COVID-19 and Migrant Workers.** Kolkata, India: Mahanirban Calcutta Research Group, 2020, p. 92-3.

GUADAGNO, Lorenzo. **Migrants and the COVID-19 pandemic: An initial analysis**. Genebra: International Organization for Migration, 2020, p. 4.

JORNAL DO COMMERCIO. **Vírus já circulava no Brasil em janeiro**, 12 maio 2020.

RORAIMA. **Decreto Nº 22.199-E, de 6 de dezembro de 2016**. Disponível em <http://imprensaoficial.rr.gov.br/app/_edicoes/2016/12/doe-20161206.pdf>. Acesso em: mar. 2021.

RESUMOS

A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E O DIREITO CONSTITUCIONAL DE IR E VIR

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti[112]

INTRODUÇÃO

Trata-se de resumo expandido realizando uma ponderação sobre a constitucionalidade dos decretos estaduais que restringem o direito de ir e vir das pessoas em prol do direito à vida.

METODOLOGIA

A metodologia adotada foi a exploratória e qualitativa, por meio do estudo de autores especializados, bem como da legislação em vigor.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA, RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante das recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), bem como de diversas entidades médicas em todo o mundo, é necessário o isolamento das pessoas como forma de evitar a proliferação da Covid-19, que continua crescendo no Brasil em virtude do ritmo lento

112 Defensor Público Federal e Professor Efetivo do IFPE, mestre em Direito Processual pela UNICAP; doutorando em Ciências Jurídicas-Públicas pela Universidade do Minho, Braga-Portugal.

das vacinações. Infelizmente, o Governo Federal não vem tomando nenhuma medida concreta para garantir tal distanciamento entre as pessoas. Assim, buscando evitar aglomerações, vários governadores dos estados-membros do Brasil estão mais uma vez editando decretos limitando o acesso das pessoas aos locais públicos e privados, inclusive com o cancelamento recente em todo o Brasil das festividades do Carnaval.

Alguns profissionais do Direito, no entanto, estão defendendo a inconstitucionalidade dos referidos decretos estaduais por ofensa ao direito de ir e vir das pessoas previsto no inciso XV do artigo 5º da Constituição da República, que possui o seguinte teor: "XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens". Além disso, também existem argumentos no sentido de que a limitação ao direito de ir e vir das pessoas só poderia ser feito por meio da decretação do Estado de Sítio pelo Presidente da República nos termos dos artigos 137 e seguintes da Constituição da República.

Diante desses argumentos, não desconhecemos os dispositivos constitucionais acima mencionados, nem muito menos desvalorizamos a importância do direito e vir das pessoas. Entretanto, no "caput" do mesmo supramencionado artigo 5º da Constituição da República é assegurada a "INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA", que inclui o direito de existir, de continuar vivo (SILVA, 2020, p.200).

O fato é que está cientificamente comprovado pelos profissionais competentes que a aglomeração das pessoas pode disseminar a Covid-19, bem como que a medida mais eficaz para diminuir a curva de crescimento do referido vírus é o isolamento social.

Desse modo, temos uma nítida colisão de direitos fundamentais: de um lado, o direito de ir e vir e do outro lado o direito à vida. Diante de colisões como essas, há tempos que a doutrina brasileira e a jurisprudência brasileira vêm adotando a teoria da ponderação dos princípios de Robert Alexy (ALEXY, 2018, p. 5-6) o que, segundo Robert Dworkin, não pode ser feita "a priori", mas sim apenas diante cada caso concreto (DWORKIN, 2001, p. 135). Assim, quando aparentemente não for possível, diante de um caso concreto, a coexistência de dois direitos fundamentais, deve ser realizada uma ponderação no caso concreto de qual deverá prevalecer.

Na realidade atual já está claro: ou se limita o direito de ir vir das pessoas, ou teremos muitas mortes além das já ocorridas. Desse modo, não temos dúvida: fazendo uma ponderação entre os direitos envolvidos, é correto e razoável a limitação TEMPORÁRIA do direito de ir e vir para proteger a VIDA das pessoas, tendo em vista que a morte a definitiva.

CONCLUSÃO

Diante do que foi acima aludido, após refletir sobre o tema, defendemos como constitucionais os decretos estaduais limitando temporariamente a liberdade de ir vir das pessoas enquanto assim for necessário para preservar a vida das pessoas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Princípios, formais e aplicação do Direito**. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (orgs.). Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 5-6.

DWORKIN, Robert. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.135.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020.

VISTA A MINHA PELE: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS SOBRE O RACISMO

Yanna Raissa Brito Couto da Silva [113]

O presente trabalho versa sobre os aspectos jurídicos e sociais acerca do Racismo em nossa sociedade contemporânea. A proposta deste resumo se fundamenta na perspectiva epistemológica de uma ciência crítica social que tem como um de seus pressupostos epistemológicos o princípio de que o conhecimento científico se válida, entre outras dimensões, na possibilidade de intervenção na realidade social em que o mesmo é construído.

Na realidade da sociedade contemporânea, que se caracteriza por uma densa concentração de diversidades étnicas, o que corrobora a construção da nossa identidade cultural, infelizmente ainda se vislumbra vestígios severos da acepção escravocrata estabelecida pelos colonizadores portugueses através de pensamentos e atitudes de segregação da raça humana, razão pela qual está instituído em nossa legislação vigente (Lei nº 7.716/1989) o Crime de Racismo, entre os tipos penais resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Vale ressaltar que antes da edição desta lei, a Carta Magna de 1988, através do inciso XLII do

113 Advogada. 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 pela Centro Universitário Jorge Amado.

artigo 5º instaurou a prática de racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

Nessa linha de intelecção, o jurista e filósofo Silvio de Almeida aduz uma nova acepção de Racismo;

> Racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam. [...] Assim, o Racismo 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. O racismo articula-se com a segregação racial, ou seja, a divisão espacial de raças em localidades específicas – bairros, guetos, bantustões, periferias etc.; ou à definição de estabelecimentos comerciais e serviços públicos (escolas e hospitais) como de frequência exclusiva para membros de determinados grupos raciais, a exemplo do sistema carcerário atual. (ALMEIDA; 2021, p. 32-34).

O respectivo autorm em debates sobre a questão racial, apresenta-nos três acepções sobre o racismo. Sendo estas: Individualista, Institucional e Estrutural. Na concepção Individualista, o Racismo corresponde a uma anormalidade atribuída apenas a grupos isolados, razão pela qual em tal acepção não haveria sociedades ou instituições racistas, mas indivíduos racistas que agem isoladamente ou em grupo. Assim, o Racismo é tido como imoralidade e crime, devendo ser responsabilizados os indivíduos que praticam tal conduta. Todavia, tal concepção é considerada frágil e ilimitada, absolutamente carente de fundamento histórico, visto que restringe o alcance do racismo apenas para os aspectos comportamentais, esquecendo simplesmente que as maiores atuações racistas na história ocorreram sob a égide da legalidade e anuência moral de líderes políticos.

Na concepção institucional, o Racismo é compreendido como resultado do funcionamento de instituições, uma vez que atuam em uma dinâmica que confere, mesmo que indiretamente, privilégios e desvantagens a

sujeitos, tendo como essência a etnia. No âmago das regras institucionais, os padrões e técnicas de controle influenciam o comportamento humano, tanto do ponto de vista das decisões racionais quanto dos sentimentos e preferências. Nesse viés, o autor [ALMEIDA, 2021, p. 39-40] afirma que a principal tese sobre a existência do Racismo Institucional está pautada na ideia de que os conflitos raciais também fazem parte das instituições. Logo, a desigualdade racial é uma característica da sociedade não apenas por causa da ação isolada de grupos ou de sujeitos racistas, mas fundamentalmente porque as instituições são hegemonizadas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos, demonstrando a acepção de dominação a partir de parâmetros discriminatórios.

Na mesma perspectiva, Charles V. Hamilton e Kwame *Ture na obra Black Power: Liberation* (AMERICA, 1967, p. 74), afirmam que o Racismo é determinado como "a aplicação de decisões e políticas que consideram a raça com o propósito de subordinar um grupo racial e manter o controle sobre esse grupo". Assim, conclui-se que o Racismo é uma estratégia pela qual o Estado e as instituições ampliam seu poder sobre toda a sociedade.

A terceira concepção, a Estrutural, parte da premissa de que o Racismo integra a ordem social, sendo que o mesmo não é criado pelas instituições, mas sim reproduzido por elas. Na acepção de Silvio de Almeida, o Racismo é "uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo "normal" com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia. O Racismo é Estrutural". Nesse sentido, nas sociedades em que o Racismo se tornou regra, os comportamentos individuais e os processos institucionais são influenciados por tal ideologia. Logo, além de se promover medidas para coibir as acepções de racismo ora mencionadas, torna-se imprescindível refletir sobre as alterações intrínsecas nas relações sociais, políticas e econômicas.

Vale ressaltar que mesmo o Racismo sendo oriundo da estrutura social, não significa dizer que as políticas antirracistas sejam inúteis ou que o cometimento de atos discriminatórios não seja passíveis de punição, pelo contrário, o Racismo deve ser combatido veementemente por toda a coletividade. Os indivíduos que comentam atos racistas devem ser responsabilizados conforme a legislação pátria, entretanto a partir do olhar estrutural trazido pelo autor sobre as relações raciais, conclui-se que a res-

ponsabilização jurídica não é suficiente para que a sociedade deixe de ser um mecanismo produtor de desigualdade racial.

No viés jurídico, a questão racial vem sendo tratada por anos em nossa legislação. Conforme já mencionado, a Constituição de 1988 trouxe as disposições mais relevantes sobre o tema, na seara penal, ao tornar o crime de racismo imprescritível e inafiançável, disposição que orientou sucessivamente a Lei nº 7.716/89. Sendo que tal Carta Magna foi fundamento basilar para a implementação de políticas de promoção da igualdade racial e ações afirmativas. A Suprema Corte Brasileira proferiu relevantes decisões sobre tal temática, como por exemplo o julgamento do Habeas Corpus nº 82.424, que ratificou a imprescritibilidade do Crime de Racismo e fomentou a discussão sobre os limites entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão.

Em contrapartida, no âmbito da Audiência de Custódia, conforme pesquisas realizadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, as pessoas que passaram por tal audiência, 65% foram identificadas pelos pesquisadores como sendo negras. A pesquisa aponta para um possível tratamento judicial mais duro para os acusados negros, já que, entre as pessoas brancas detidas e conduzidas à audiência de custódia 49,4% permaneceram presas e 41% receberam liberdade provisória com cautelar e, entre as pessoas negras, 55,5% tiveram a prisão mantida e 35,2% receberam liberdade provisória com cautelar. "Ser negro é uma condição que favorece a manutenção da prisão provisória", segundo os pesquisadores do referido Fórum.

Diante dessas considerações, compreender o Racismo como Estrutural e não como um comportamento isolado de determinado indivíduo ou grupo, nos possibilita maior responsabilidade quanto ao seu combate. Conforme Silvio de Almeida [ALMEIDA; 2021, p. 52], o Racismo é parte da estrutura social e, por isso, não necessita de intenção para se manifestar, por mais que calar-se diante do Racismo não faça o indivíduo moral e/ou juridicamente culpado ou responsável, certamente o silêncio o torna ética e politicamente responsável pela manutenção do Racismo. Destarte, a alteração da sociedade não ocorre apenas através de denúncias ou com repúdio moral do racismo, mas sim principalmente a partir da tomada de posturas e da adoção de práticas antirracistas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros,2008.

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em Massa**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Servanda Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT,2013.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de Fala**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021.

_____. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

A BAIXA SATISFAÇÃO DOS BRASILEIROS COM O SISTEMA DEMOCRÁTICO

Ana Carla Alves da Silva[114]

INTRODUÇÃO

A democracia no Brasil é relativamente consolidada, mas, apesar da maioria dos brasileiros apoiarem o regime, dados da ONG chilena Latinobarómetro apontam que a satisfação com seu desempenho e a confiança dos brasileiros em relação às instituições centrais do modelo de democracia representativa como os partidos políticos, Congresso Nacional e Justiça tem diminuído, consistentemente, ao longo do tempo. Além disso, nota-se que não há sentimento e até mesmo conhecimento demócratico na realidade da maioria dos brasileiros. Revelando que não está tendo, de fato, a efetividade da lei nº 9.394/96, onde assuntos que envolvam o tema democracia devem fazer parte da grade comum curricular dos brasileiros a partir do ensino fundamental, para que, dessa forma possam compreender o sistema e ter afeição a ele.

O problema apresentado, portanto, é o de investigar o paradoxo entre crescente adesão ao regime e a baixa satisfação e confiança institucional.

---

114 aluna em graduação do curso de Direito na Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.

METODOLOGIA

O presente estudo acerca da insatisfação dos brasileiros com o sistema democrático tem como método de abordagem dedutivo, pois parte de uma ideia geral para uma mais específica. Dessa forma, a pesquisa abordará em primeiro plano a conceituação de Democracia, para que possamos enxergar o ponto onde ela não condiz com a realidade política atual e compreendermos a pouca satisfação para com ela.

Quanto à natureza, o presente estudo caracteriza-se como uma pesquisa básica, porque busca aprofundar os conhecimentos teóricos-científicos sobre a democracia e o índice de contentamento dos brasileiros quanto ao regime. Quanto aos objetivos, o presente trabalho classifica-se como descritivo, pois busca interpretar, através de dados estatísticos, o nível de satisfação política para com o sistema democrático no Brasil. Como método de procedimento, foi utilizado o bibliográfico, pois a base do conteúdo deriva de materiais já publicados – artigos científicos, livros – e lei constitucional.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

É de suma importância que tenhamos o conhecimento sobre o que se trata um sistema democrático e tudo o que envolve esse tema tão amplo. Ao estudarmos a Democracia, podemos notar que o seu conceito está longe de ser estático. Recorrendo aos pensamentos do cientista político Paulo Bonavides para fundamentar essa afirmação, segundo ele, "Variam-se as posições doutrinárias acerca do que se há de entender por democracia. Afigura-se-nos, porém, que parte dessas dúvidas se dissipariam, se atentássemos na definição lincolniana de democracia: governo do povo, para o povo, pelo povo." (BONAVIDES, 2002, p.167). De forma genérica, é o sistema onde o poder deve emanar da sociedade.

A redemocratização do Brasil aconteceu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, 21 anos após um duro regime militar autoritário. Desde então a democracia tornou-se uma cláusula pétrea, ou seja, é insuscetível de ser excluída da órbita constitucional.

Para Foa e Mounk (2017), as democracias consolidadas são estáveis porque seus cidadãos consideram que o regime é legítimo e que as opções

autoritárias são inaceitáveis, mas, quando uma minoria significativa já não pensa assim e vota em candidatos antissistema que desprezam elementos constitutivos do regime, se pode dizer que a democracia está se desconsolidando.

O dilema democrático que ocorre no Brasil consiste em altos índices de adesão ao regime democrático caminhando lado a lado com baixos índices de satisfação com o desempenho do regime e baixa confiança institucional. Everton Rodrigo Santos e Fábio Hoffmann, ao analisarem um gráfico da ONG chilena latinobarómetro, consideram que, de 2005 até 2015 os que preferem um regime democrático a um autoritário chegou a 54%, este índice caiu em 2016, marcando 32% que consideram o regime democrático a melhor forma de governo frente às demais, além disso, nesse mesmo ano apenas 10% dos entrevistados responderam estarem satisfeitos com o funcionamento da democracia, enquanto os insatisfeitos chegam a 87%. Por mais que, teoricamente, o regime democrático seja aquele que melhor atende às necessidades do povo, as pessoas estão desacreditando dele, e a corrupção dentro dos serviços públicos é um dos principais fatores. O cidadão brasileiro, de acordo com os dados das pesquisas, não acredita que as instituições vêm cumprindo com suas funções normativas.

José Álvaro Moisés, cientista político, afirma ainda que em muitos casos caracterizados por baixos níveis de escolaridade e de renda, em tese, detentores de cognição política insuficiente para compreender a complexidade do sistema democrático, ao expressarem apoio ou não à democracia, podem estar simplesmente manifestando a sua simpatia ou uma antipatia a um sistema que, ademais, teria apenas um sentido vago para eles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos argumentos aqui apresentados, conclui-se que grandes expectativas foram geradas em torno de que o sistema democrático seria a solução para todos os problemas, e, uma vez que essas expectativas não foram supridas, a frustração e a desilusão com a democracia refletiram nos índices atuais.

Assim como também ocorreu que algumas pessoas que responderam à pesquisa da ONG Latinobarómetro ao menos sabem, de fato, sobre o que se trata esse regime de governo.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência e política**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

BOTELHO, João Carlos Amoroso; OKADO, Lucas; BONIFÁCIO, Robert. A democracia em declínio e o perfil autoritário na América Latina. **Asociación Latinoamericana Ciência Política**. Disponível em: https://alacip.org/?todasponencias=a-democracia-em-declinio-e-o-perfil-autoritario-na-americ a-latina. Acesso em: nov. 2020.

BRASIL, Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. **Estabelece as diretrizes e bases da educação**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9394-20-dezembro-1996-362578-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Estabelece%20as%20diretrizes%20e%20bases%20da%20educa %C3%A7%C3%A3o%20nacional.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20disciplina,trabalho%20e%20a%20pr%C3%A1tica%20social. Acesso em: Novembro de 2020.

FOA, Roberto Stefan; MOUNK, Yascha. The sings of desconsolidation. **Journal of Democracy**, v. 28, n. 1, p. 6-15, 2017.

MOISES, José Álvaro. Os significados da democracia segundo os brasileiros. **Opinião Publica, Campinas**, v. 16, n. 2, p. 269-309, nov. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762010000200001. Acesso em: nov. 2020.

SANTOS, Everton Rodrigo; HOFFMANN, Fábio. Qualidade da Democracia no Brasil e Confiança nas Instituições Políticas. **Campos Neutrais – Revista Latino-Americana de Relações Internacionais**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 46-69, dez. 2018. ISSN 2596-1314. Disponível em: https://periodicos.furg.br/cn/article/view/8621/5570. Acesso em: nov. 2020.

BRINCOS EM RECÉM-NASCIDAS: UMA TENRA VIOLAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE

Ângela Schwab Morrone [115]

INTRODUÇÃO

Este trabalho foi elaborado para a Mostra Acadêmica de Direito da Faculdade Anhanguera no ano de 2020, sob orientação da professora doutoranda em Direito pela UNISC, Débora Alessandra Peter. A discussão do tema está centrada na análise da perfuração de orelhas de meninas, nos instantes após o nascimento, enquanto desrespeito ao direito fundamental à igualdade, uma vez que meninos não passam por esse procedimento meramente estético, a não ser por opção própria.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Na sociedade brasileira, joias ainda são vistas como sendo parte de uma identidade feminina. Cardoso (2019, p.15-16) tece um breve histórico da evolução das joias na História e afirma que no século XIX há uma mudança nos papéis de gênero que leva à definição da joia como um adereço feminino (mulheres não herdavam ou possuíam bens, assim, a posse de joias dava-lhes alguma garantia em caso de emergência). Segundo o autor, "o corpo feminino transformou-se no mostruário da riqueza

115 Discente de Bacharelado em Direito na Faculdade Anhanguera de Pelotas.

dos homens", e uma análise do uso da joalheria na sociedade ocidental nos últimos séculos evidencia a:

> [...] conexão desta com o corpo da mulher e, portanto, o gênero desempenha um papel relevante que, até os dias atuais, afeta a valorização do ato de usar joias. O uso de joias é visto como um comportamento feminino e, por isso, a maioria dos homens no mundo ocidental vê um risco de feminização no seu uso. (CARDOSO,2019, p. 15-16).

Esta é a base da justificativa de muitas mães que são a favor da prática: consideram essencial que suas filhas sejam facilmente identificáveis como meninas. Muitas nenês são enfeitadas não só com brincos, mas também com outros adereços ligados à imagem do feminino. Essa discriminação visual na infância cresce com a menina, e vai acompanhá-la em todos os aspectos de sua vida, construindo uma imagem que atende às exigências sociedade em relação ao corpo feminino.

Mais uma vez, citamos Cardoso (2016, p. 4): "O papel social de gênero é este conjunto de expectativas comportamentais e estéticas associados a cada gênero, através dele institui-se comportamentos e funções sociais adequados a cada gênero, que são naturalizados e reforçados desde a infância". Ainda, de acordo com Vianna (2005, p.10):

> [...] o desenvolvimento feminino é prejudicado desde a infância. São discriminadas pela aparência, incentivadas a modificar seus corpos, a se preocupar exageradamente com aceitação social. Sofrem muito mais exigências físicas e sociais que os meninos da mesma idade, o que é uma violação de qualquer interpretação que se possa ter de um princípio da igualdade.

O inciso I, artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 decreta que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O substantivo "discriminação" se estabeleceu na mente da sociedade no sentido de excluir alguém de determinado círculo ou situação por motivos como gênero, credo ou etnia. O dicionário Aurélio define o verbo discriminar como distinguir, diferençar. Separar (AURÉLIO, 2017, p.). Já Bandeira e Batista (2002, p. 121) afirmam que o valor negati-

vo atribuído às diferenças, sejam elas de cor, raça, sexo ou outras, neutraliza a "categoria social da includência/inclusão", marcando historicamente a sociedade brasileira, resultando "em uma sociedade hierarquizada, em que diferentes segmentos não têm acesso a deveres e direitos", sujeitando esses segmentos a diferentes códigos de honra e conduta.

METODOLOGIA

Pesquisa normativa constitucional e bibliográfica em trabalhos científicos disponíveis na internet e nas discussões em redes sociais. Os dados foram analisados através do método indutivo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em uma publicação em seu perfil pessoal no Facebook, Andressa Turchetti, perfuradora corporal, se posiciona contra a perfuração de orelhas de bebês, por ser um procedimento doloroso, arriscado para a criança e feito sem que se consulte sua vontade (TURCHETTI, 2019). Nos comentários, há diversos relatos de mulheres que tiveram a orelha perfurada na primeira infância, e de muitas mães – as opiniões divergem. Muitos consideram ser irrelevante a discussão devido à pouca idade das meninas submetidas a isso – que esquecem a dor com o tempo, nem percebem as joias em suas orelhas. Outros acrditam ser desnecessária a prática que só tem função estética e ainda traz o risco de alguma infecção ou complicação posterior. Em muitos comentários a favor, percebe-se um sentimento de posse sobre os corpos das bebês. Como as infantes não tem idade para decidir, ficam sujeitas ao que os pais consideram ser o certo.

Isso é apenas o começo da relação do corpo da mulher com o mundo exterior: os que estão ao seu redor e tem com ela alguma relação de poder, sentem-se no direito de interferir em sua integridade corporal, independente da sua capacidade de consentir. Assim que é posta no mundo, a mulher é submetida à vontade alheia, sem que a sua própria seja levada em conta. Um reflexo de como a sociedade ainda vê o corpo feminino: um objeto que é seu para adornar ou ferir a seu bel prazer.

Estando no mundo há horas, dias ou semanas, meninas são marcadas como gado. Sem que tenham sequer consciência de sua existência

no mundo, são rotuladas pelo entendimento que a sociedade tem de seus corpos: têm uma vagina, portanto devem ser sempre bonitas e femininas. E recebem a mensagem de que se submeter a este padrão ou não, não é escolha delas.

CONCLUSÕES

Apesar de constatar que a CRFB/1988 garante o direito fundamental à igualdade, ele ainda é meramente formal. O hábito consolidado socialmente de perfurar as orelhas de meninas na primeira infância, submetendo-as a um estigma de gênero antes mesmo que tenham consciência disso demonstra que não temos uma igualdade completamente material.

Abrir o debate para a percepção desta agressão à condição da mulher na sociedade pode parecer pouco, mas é um passo importante para que se entenda e possa se combater a discriminação de gênero.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes; BATISTA, Analía Soria. Preconceito e discriminação como expressões de violência. **Revista Estudos Feministas**, [*s. l.*], 1 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11632.pdf>.Acesso em: 20 nov. 2020.

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

CARDOSO, Bruno Matos. **A joia como reflexo do papel social de gênero contemporâneo**. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Design) – Faculdade de Arquitetura, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, [*S. l.*], 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/199493/001100543.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 nov. 2020.

TURCHETTI, Andressa (Andressa Turchetti Piercer). **Sou perfuradora corporal e sou CONTRA perfurar bebês.** Campinas, SP, 14 ago. 2019. Facebook: andressa.turchetti. Disponível em: <https://

www.facebook.com/andressa.turchetti/posts/1943462962422881>. Acesso em: 14 de nov. 2020.

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. **Da imagem da mulher imposta pela mídia como uma violação dos direitos humanos**. Curitiba, UFPR, 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/6991>. Acesso em: 25 out. 2020.

MULTICULTURALISMO E A VISÃO DO DIREITO SOBRE O SACRIFÍCIO DE ANIMAIS NOS RITUAIS DO CANDOMBLÉ

Duan Francisco Santos dos Reis[116]

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos garante o respeito à cultura e ao credo religioso de todos os indivíduos, onde o multiculturalismo, afirma que os hábitos e costumes de um grupo não podem ser superiores a outros. Ele se expressa pela convivência pacífica de várias culturas em um mesmo ambiente, podendo ser visto como um fenômeno social diretamente relacionado com a globalização.

É sabido por todos que o Brasil tem um grande desrespeito às outras religiões cuja base não seja o cristianismo. Por esse motivo, deve ser feito pesquisas que levem a sociedade, a repensar sobre o dever de respeitar as religiões que não seguem o padrão da maioria assumidamente cristã, sendo esse um dos grandes problemas enfrentado pelos candomblecistas. Desta forma, deve-se fazer uma leitura sob a optca do direito, tendo o multiculturalismo como uma de suas bases, no que diz respeito ao sacrificio de animais nos rituais do candomblé.

---

116 Acadêmico de Direito (Faculdade Sergipana-FASER); colaborador da Comissão de Igualdade Racial (OAB/SE) e Iniciado no culto aos orixás.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

De acordo com o multiculturalismo toda e qualquer sociedade é plural, devendo ser respeitada todas as diferenças culturais, inclusive as expressões religiosas e suas liturgias.

O Brasil é um país multicultural com grande diversidade religiosa, sendo o candomblé, um culto de origem brasileira, que tem suas raízes na África (OLIVEIRA, 2015). Apesar das adaptações sofridas na elaboração de sua liturgia, o Candomblé manteve em seus rituais o sacrifício de animais, onde para os seus praticantes o sangue é a única forma de consagrá-los para os seus deuses (SOUZA JUNIOR, 2011).

Estendendo-se esse assunto para a visão do direito, o projeto de lei nº 447/1991, do então deputado estadual do Rio Grande do Sul, Manoel Maria dos Santos, pastor de uma igreja neopentecostal, propos a criação do Código Estadual de Proteção aos Animais. Na versão original, figurava a proibição do uso de animais em cerimônias religiosas. O artigo 2, trazia consigo lacunas para uma interpretação racista e preconceituosa com o candomblé, o qual tentava vedar, dentre outras coisas, "a realização de cerimônias religiosas, fetiços, ato público ou privado, que envolvam maus tratos ou a morte de animais". Fica claro que as referências "cerimônia religiosa" e "feitiço" trazem uma conotação perjorativa que depreciava as religiões de matrize africana, que eram então acusadas de dispensar "maus tratos" aos animais sacrificados.

O descontentamento com a forma que as religiões de matriz africana trata os animais foi invertido para velar um preconceito existente em grande parte da sociedade, o que gerou uma polêmica na Assembleia Legislantiva do Estado do Rio Grande do Sul, a qual debateu sobre o projeto de de lei nº 447/1991, o qual foi sancionado em 2003, sendo alterada pela Lei nº 12.131/2004, a qual possibilitava o exercício de cultos religiosos, cuja liturgia provém de religiões de matriz africana, e a utilização de "animais destinados à alimentação humana, sem utilização de recursos de crueldade para a sua morte." Contudo em 2015 a então deputada estadual Regina Becker Fortunati, também evangélica, propós um projeto de lei nº 21/2015, o qual tinha por finalidade proibir o sacrifício de animais em rituais religiosos.

O desrespeito citado nos projetos de lei nº 447/1991 e nº 21/2015, não acontece de fato, visto que os animais utilizados nos rituais são nascidos e criados em sítios, chácaras ou ate mesmo nos terreiros, onde momentos antes da matança, são alimentados e dado água, com o objetivo de desestressar o animal. (VERGER, 1981), diferentemente do que ocorre nos abatedouros mundo afora.

Deve ser ressaltado que a a carne desses animais é usada para saciar a fome da comunidade, que compõe a casa de Santo, a qual quase sempre seus integrantes tem baixo poder aquisitivo. Assim, esses animais, além de cumprir uma função religiosa para o Candomblé e sua função na cadeia alimentar, ele ainda cumpre uma função social, alimentando aqueles que têm fome.

A não desistência do povo de santo pelos seus direitos fez com que fosse evitado a aprovação de leis que os impossibilitassem de cultuar seus deuses, como aprenderam com os seus ancestrais, pois o sacrifício constitui uma ritualistica detentora de importantes sentidos simbólicos para o povo do candombé e que estão amparados legalmente pelo princípio da liberdade religiosa, prevista na carta magna para a realização desta e de outras práticas ritualísticas (BRASIL, 1988).

É paradoxal que, em pleno século XXI os *direitos civis, a democracia e tolerância* religiosa sejam inúteis perante o discurso público do cenário brasileiro, que fortifica também os ataques as formas minoritárias de vivenciar o religioso. Por isso a importância de reflexionar sobre o atrigo 5° inciso VI e o artigo 215 (EC n° 48/2005) §1° da Constituição Federativa do Brasil, que veio a asseguram o livre exercício dos cultos religiosos e dos direitos culturais (BRASIL, 1988). O STF deferiu no dia 28 de março de 2019, dando a constitucionalidade para que o povo de santo pratique o sacrifício de animais nas religiões de matriz africana.

METODOLOGIA

A metodologia empregada é uma pesquisa de revisão de literatura, através de livros e sentenças. De forma complementar foi usado as bases de dados Scielo, Google Acadêmico, no período de 2000 a 2021, tendo por palavras chaves: multiculturalismo; religiosidade; candomblé; sacrifício.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Essa pesquisa resultou na verificação de que no candomblé, a matança se faz necessário para obtenção da conexão divina entre o mundo espiritual e o mundo humano e que a população brasileira precisa respeitar a diversidade cultural e religiosa, oriunda do multiculturalismo existente no Brasil. Mesmo sendo esse ato litúrgico garantido por lei, há a necessidade da quebra desse paradigma religioso pelo multiculturalismo, e assim, identificar-se-á pela sociedade brasileira, o direito do povo de Santo em praticar o sacrifício de animais em seus rituais sagrados.

Desta forma pôde ser notado, a não existência da Universalidade Religiosa, afinal o que pode ser bom, justo e moral para um, pode não ser para o outro, tornando difícil, mas não impossível, o uso dos conceitos do multiculturalismo como uma forma de aceitação do sacrifício de animais no candomblé, dentro desse universo religioso tão diversificado e misógino.

CONCLUSÕES

Diante do que foi exposto, fica claro que apesar de existirem leis, que asseguram o sacrificio de animais pelas religioes de matriz africana, ainda há muito preconceito sobre as religiões minoritárias, onde a maioria dos seus participantes são negros e pobres.

Por tanto, é observado a existência de uma problemática da não aceitação daquilo que não é compreendido, o que não diminui o dever do respeito mútuo, entre as pessoas que as compõe os diversos cultos e religiões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado Federal, 1988.

OLIVEIRA, I. D. de. **Religião e as teias do multiculturalismo.** São Paulo: Fonte Editorial, 2015.

SOUZA JUNIOR, V. C. **Na palma da minha mão.** Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2011.

VERGER, P. V. **Deuses Iorubás na África e no Novo Mundo.** São Paulo: Editora Corrupio, 1981.

EMPODERAMENTO FEMININO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESTADO E DE GOVERNO DESENVOLVIDAS NO BRASIL E NO ACRE

Carlos Costa Vale[117]
Marliane de Souza Tamburini[118]

INTRODUÇÃO

São perceptíveis a evolução e a transição de uma sociedade forjada no aculturamento dos princípios patriarcais para uma sociedade frenética pós-modernista. Nesse sentido, este estudo traz uma análise histórica, de 1970 aos dias atuais, das causas das lutas e conquistas das mulheres pela equidade de gênero e sua emancipação na sociedade, no mundo, no Brasil e, em especial, no Acre.

O estudo do tema deveu-se à experiência de um dos autores ter trabalhado enquanto Gestor de Políticas Públicas na cidade de Rio Bran-

117 Especialista em Educação Profissional – PROEJA (IFAM), Especialista em PIGEAD (UFF/RJ), Especialista MBA em Gestão do Agronegócio (FAMESP-SP), Graduado Licenciatura em História (UFAC), Tecnólogo em Gestão Pública (UNINTER). Gestor de Políticas Públicas (SEPLAG-AC).

118 Mestra em Educação (UFRRJ), Especialista em Planejamento e Gestão Escolar na Educação Básica (FIVE), Graduada Licenciatura em Pedagogia (UFAC), Professora do Ensino Básico Técnico e Tecnológico do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Acre – IFAC.

co, Acre, na Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres, no período de 2012 a 2016, momentos nos quais ele apropriou-se de temáticas que se tornaram pautas de várias nações e organismos internacionais como a ONU e a OMS.

Notou-se que, com o passar dos tempos, a mulher vem conquistando seu espaço, principalmente, com a democratização de alguns países ocasionada pelas mudanças culturais e a partir da implementação de Políticas Públicas de Gênero. Logo, esta pesquisa de caráter bibliográfico objetivava analisar os marcos legais e históricos que encabeçaram a luta das mulheres para obterem o empoderamento social e político no Brasil e no Acre, de modo que houvesse o reconhecimento de suas potencialidades na sociedade brasileira.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Aprofundar as Políticas de Gênero, remete-se ao estudo no final do período de 1970, que se verificou o fortalecimento do Movimento Feminista no Brasil (FARAH, 2004). Esse movimento contribuiu significativamente para "a inclusão da questão de gênero na agenda pública, [...]. Em razão de sua atuação, foram implantadas as primeiras Políticas Públicas com recorte de Gênero" (Idem, p. 20) que abrangem as áreas como: violência, saúde, educação, emprego e renda etc. (FARAH, 2004). Um dos fatos marcantes foi o movimento das trabalhadoras operárias, na fábrica de tecido, (em New York) que reivindicavam melhores condições de trabalho e equiparação salarial que resultou na consagração do Dia Internacional da Mulher (8 de março), oficializado pela ONU em 1975.

No Brasil, a implementação de Políticas Públicas de Gênero (PPG) iniciou no século XX, com a redemocratização do país a partir de 1985, época da criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, (BRASIL, 2011), da Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) e a promulgação da Constituição Federal (1988) que assegurava: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988, p. 13).

Outra ação importante para a efetivação da busca por igualdade de direitos entre homens e mulheres é a Agenda Internacional – da Campanha dos 16 Dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra as Mulheres (1991)

que acontece, anualmente e, busca mobilizar mulheres, movimentos feministas, organizações governamentais e ONG's pelo fim da violência contra as mulheres.

O Governo Federal criou, em 2003, a Secretaria de Políticas Para as Mulheres (SPM) com prerrogativas de Ministério para promover as Políticas Públicas de Gênero. A partir de então, a legislação específica que trata sobre à mulher a cada dia vem ficando mais robusta, são elas: a Lei nº13.340/2006 (Maria da Penha), que rege sobre a violência doméstica; a Lei nº12.845/2013 (Minuto Seguinte), Lei nº13.104/2015 (Feminicídio) e, em 2020 a notável Campanha Nacional Sinal Vermelho, na qual a mulher utilizando um batom ou uma caneta marcava um "X" na palma de uma das mãos como um sinal de pedido de socorro e denúncia ao seu agressor.

No estado do Acre, merece destaque a Política de Governo o "Botão da Vida", um aplicativo para mulheres em medidas protetivas, uma ação do governo do estado Acre, no qual mulher aperta o botão e automaticamente a polícia é acionada para atender a chamada.

É notório o esforço do poder público na implementação de Políticas Públicas de Gênero e enfrentamento à violência contra as mulheres. Mesmo assim, a Pandemia de COVID-19 e o isolamento social contribuíram para o crescimento da violência doméstica no Brasil segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) que registrou o "crescimento de 22,2% de ocorrência dos casos de Feminicídio nos meses de março e abril de 2020 em 12 (doze) estados brasileiros. O Acre, registrou no mesmo período um aumento de 300% desse tipo de crime, ocupando a primeira colocação." Com isso, foram intensificadas algumas ações de combate à violências contra as mulheres, isso refletiu nos números de registros de pedidos de socorro e denúncias pelos canais oficiais de disque denúncia 190 da Polícia Militar (que cresceu 33% em abril/2020 em relação ao mesmo período de 2019) e Ligue 180 da Central de Atendimento à Mulher (que aumentou em 37,6% no mês de abril/2020, comparado com o mesmo período do ano anterior (FBSP, 2020, p. 11-13).

As políticas públicas implementadas no Brasil e no Acre ocorrem em duas categorias distintas: Políticas de Estado, ou seja, (aquelas implementadas permanentemente), e Políticas de Governo (de caráter transitório,

que são desenvolvidas enquanto o representante político encontra-se no poder, podendo ou não ter continuidade pelo governo subsequente).

2. METODOLOGIA

A pesquisa bibliográfica foi desenvolvida na cidade de Rio Branco--Acre, sendo utilizada para coleta de dados: livros de acervo pessoal, artigos científicos, web sites etc que abordam a temática em estudo. Após o levantamento das informações, foi feita a compilação dos dados para a elaboração do referido trabalho.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO: MARCOS HISTÓRICOS E LEGAIS DO EMPODERAMENTO FEMININO NO BRASIL E NO ACRE

Um dos fatos marcantes foi o movimento das trabalhadoras operárias da fábrica de tecido, na cidade de New York que reivindicavam melhores condições de trabalhos e equiparação salarial. No Brasil, a implementação de Políticas Públicas de Gênero (PPG) iniciou no século XX, com a redemocratização do país a partir de 1985, época da criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), da Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) e a promulgação da Constituição Federal em (1988). Outra ação importante, para a efetivação da busca por igualdade de direitos entre homens e mulheres, é a Agenda Internacional – da Campanha dos 16 Dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra as Mulheres (desde 1991).

O Governo Federal criou, em 2003, a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) com prerrogativas de Ministério para promover as Políticas Públicas de Gênero, sendo criadas várias leis de proteção às mulheres, são elas: a Lei nº13.340/2006 (Maria da Penha), que rege sobre a violência doméstica; a Lei nº12.845/2013 (Minuto Seguinte), Lei nº13.104/2015 (Feminicídio) e, em 2020 a notável Campanha Nacional Sinal Vermelho, na qual a mulher utilizando um batom ou uma caneta marcava um "X" na palma de uma das mãos como um sinal de pedido de socorro e denúncia ao seu agressor. No estado do Acre, merece destaque a Política de Governo O "Botão da Vida", um aplicativo para mulheres em medidas

protetivas, no qual a mulher aperta o botão e, automaticamente, a polícia é acionada para atender a chamada.

4. CONCLUSÕES

Portanto, evidenciou-se que houve o fortalecimento do movimento de institucionalização na promoção de Políticas Públicas de Gênero para a emancipação efetiva da mulher ao longo do tempo. Nota-se, também, ações tanto do Estado como de Governo, na implementação para assegurar, proteger e empoderar as mulheres na conquista desses direitos e, principalmente através de PPG para combater qualquer tipo de discriminação e forma de violência contra a mulher. Contudo, são perceptíveis os altos índices de violência doméstica e outros crimes contra as mulheres em nosso país. Espera-se que seja feito mais investimentos em Políticas Públicas de Estado e de Governo para avançar ainda mais nas conquistas de direitos entre homens e mulheres, sendo este trabalho referência para a continuidade da pesquisa e estudos mais aprofundados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº1/92 a 46/2005 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Coleção Mundo a Fora – Políticas de promoção da igualdade de gênero**. 7.ed. Brasília: DIVULG, 2011.

FAHAR, Marta Ferreira Santos. **Gênero e políticas públicas**, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v12n1/21692.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública: **Violência Doméstica Durante a Pandemia de COVID-19**. 2 ed. – v5 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/

violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2021.

LIMA, Sárvia Silvana Santos. A **interferência do estado nas questões de violência de gênero e suas Políticas Públicas no Brasil e no Acre**,2013. Disponível em:<https://assets-compromissoeatitude.ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/04/SARVIALIMA_ainterferenciadoestadonasquestoesdeviolenciadegeneroACRE_REVISADO.pdf. Acesso em: 29 mar. 2021.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE PESSOAS TRANSEXUAIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Enéas Cardoso Neto[119]
Gabriela Santos Lima[120]

INTRODUÇÃO

O ser humano está fadado a imperfeição e a cometer erros e muitas vezes esses erros os colocam em situações de cárcere o qual apresenta uma das grandes dificuldades do estado brasileiro a crise do sistema prisional que nem de longe cumpri sua função precípua de punir, mas, ao mesmo tempo, tornar o apenado ressocializado e apto para o reingresso na sociedade, isso, pois, é agravado pela superlotação dos presídios, detentos que praticaram os mais diversos de delitos e de várias idades diferentes que são mantidos misturados, a situação passa a se agravar ainda mais quando se insere nesse sistema falido, pessoas transexuais que já em sociedade sofrem várias formas de preconceito, marginalização e exclusão, como dificuldades de conseguir empregos, são vítimas de homofobia que gera agressões, insultos e muitas vezes podem levar a morte, prostituição e quando são condenados criminalmente por algum delito que venham a ter cometido tal fato se torna um catalisador e as violações de direitos alcançam patamares estratosféricos, agravan-

119 UNIFTC, Vitória da Conquista-BA.

120 UNIFTC, Vitória da Conquista-BA.

do ainda mais situação, pois, além do preconceito advindo condição pessoal, ainda são vítimas das mais variadas formas de violações no cárcere a exemplo de violência sexual, recentemente foi dado o direito de escolha de mulheres trans e transexuais escolhem o estabelecimento prisional masculino ou feminino o qual desejam cumprir sua pena, tal decisão do ilustre Ministro do STF Luís Roberto Barroso é uma grande conquista para pessoas transexuais e travestis, entretanto, ainda é muito pouco em se tratando do sistema prisional nacional, assim o objeto do presente trabalho visa disponibilizar formas viáveis de efetivação dos direitos fundamentais de pessoas trans e travestis no cárcere.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Em se tratado de fundamentação em presente resumo se utiliza de artigos e estudos de alguns autores de referência no tema em especial o artigo "É um tipo de labirinto: LGBTs em privação de liberdade" que faz um estudo sobre o aprisionamento de LGBTs no contexto da assistência social e como o machismo e as questões de aprisionamento masculino foram bases para aprisionamento feminino e depois de transexuais, outro estudo importante é "LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento", que faz uma análise da situação de pessoas LGBT pelos mais diversos presídios brasileiros.

METODOLOGIA

As questões que circundam, o presente tema, podem ser respondidas por meio da pesquisa bibliográfica utilizando-se o método qualitativo, se debruçando em obras de criminologia critica, do direito penal e da execução penal, bem como em obras da sociologia e da antropologia.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A discussão sobre a efetivação de direitos dos LGBTQIA+ vem evoluindo com o passar dos anos, entretanto, no sistema carcerário brasileiro é desprovido de tais discussões e avanços no que se trata de direitos dessas

pessoas, pois, muitos são os casos de tortura, violência sexual, mortes, segregação, exclusão do trabalho e estudo dentro dos presídios brasileiros, formas de sanar tal problemática seria a criação de espaços específicos de alocação dessas pessoas nas prisões, como alas ou galerias, reconhecimento pelo nome social, vestimenta de acordo ao gênero da pessoa, estudo e trabalho para geração de renda própria com a finalidade de evitar a marginalização e consequentemente a prática de delitos, acesso à saúde e o recurso à hormonoterapia, treinamento de agentes do sistema penitenciário para o disporem de tratamento digno a essa parcela de apenados, acolhimento familiar.

CONCLUSÕES

Por tudo que foi dito podemos perceber que a questão não envolve somente o campo jurídico se estendendo a outras áreas das ciências humanas como a sociologia e antropologia, pessoas que pertencem às minorias LGBTQIA+ são frequentemente vitimas de discriminação, preconceito e violências das mais variadas muitas vezes por parte da própria família, fazendo que não tenham oportunidade de estudo e trabalho adequado resultando em marginalização e prática de delitos, a situação se agrava ainda mais quando são inseridas no sistema prisional brasileiro, falido diga-se de passagem, no qual a violência e a segregação se torna ainda mais grave e alcança índices astronômicos e não proporciona uma forma efetiva de ressocialização e não reguarda os direitos fundamentais de tais pessoais, mais recentemente o ilustre Ministro do STF Luís Roberto Barroso decidiu que é direito de mulheres trans e transexuais escolherem o estabelecimento prisional masculino ou feminino o qual desejam cumprir sua pena, é uma grande conquista para pessoas transexuais e travestis, mas ainda é pouco para assegurar seus direitos fundamentais, dessa forma para se sanar tal questão a criação de espaços específicos de alocação dessas pessoas nas prisões, como alas ou galerias, reconhecimento pelo nome social, vestimenta de acordo ao gênero da pessoa, estudo e trabalho, acesso a acompanhamento medico-hospitalar, recurso à hormonoterapia, treinamento de agentes do sistema penitenciário e acolhimento familiar são algumas formas de efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. MARINA REIDEL. **LGBT nas prisões do Brasil**: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. 2020. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Proteção Global, Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/Tratamentopenaldepessoas LGBT.pdf.. Acesso em: 20 mar. 21.

LIMA, Heloisa Bezerra; NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. **Trangeneridade e Cárcere**: diálogos sobre uma criminologia transfeminista. Revista Transgressões: ciências criminais em debate, Natal, p. 75-89, 2014. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/6444-Texto%20do%20artigo-17665-1-10-20150414.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

MAGNANI, Josimara Aparecida. **Transgêneros**: cotidiano no sistema prisional brasileiro. 2018. 20 f. Monografia (Especialização) – Curso de Pós-Graduação Lato Sensu "Sociedade, Política e Cidadania: Olhares Transdisciplinares, Ufmt, Rondonópolis, 2018. Disponível em: https://bdm.ufmt.br/bitstream/1/1083/1/TCCP_2018_Josimara%20Aparecida%20Magnani.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

SANTOS, Camila da Silva Corrêa dos. **Transexuais encarcerados**: dignidade da pessoa humana e a dupla penalização de transexuais privados de liberdade. Legis Augutus, [s. l], v. 12, p. 1-15, 2019. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/442-Texto%20do%20artigo-1134-1-10-20191023.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

SEMINÁRIO CORPO, GÊNERO E SEXUALIDADE, 2018., 2018, Rio Grande. **É um tipo de labirinto:** LGBTs em privação de liberdade. Rio Grande: Furg, 2018. Disponível em: https://7seminario.furg.br/images/arquivo/241.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

A CONTRIBUIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONCEPÇÃO GARANTISTA DO DIREITO PENAL

Matheus Augusto Silva Dantas[121]

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é a *ultima ratio*. Esse princípio máximo do âmbito penal do Direito tem sido constantemente banalizado pela sociedade, tornando o Direito Penal não o último instrumento, remédio ou alternativa a ser posto em campo, mas o primeiríssimo a ser utilizado pelos operadores do Direito e a ser pensado pela sociedade leiga. Infelizmente, essa forma de agir e de pensar vem sendo enraizada há muito tempo, influenciada por uns e criticada por outros. É nesse contexto que surgem duas teorias que visam aplicar o Direito Penal a seu modo, sendo elas: a Teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, e a Teoria do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli.

Sob a luz dos Direitos Humanos e por força de um Estado Constitucional de Direito, ambas serão analisadas e comparadas entre si. Considerando uma linha de pensamento humanista, bem como todos os principais princípios que as cercam.

---

121 Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduando em Direito Internacional Lato Sensu pela CEDIN Law and Business School. Pesquisador na área de Direito Internacional, Direitos Humanos e Direito de Propriedade Intelectual.

1. METODOLOGIA

A metodologia aplicada foi de pesquisa bibliográfica em livros e artigos *on-line*.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. "DIREITO" PENAL DO INIMIGO

Teoria criada pelo alemão Günther Jakobs, em 1985, onde o professor defende uma atuação exacerbada do Estado, valendo-se da legislação penal, na punição daqueles que seriam considerados inimigos.

É válido realizar, contudo, uma breve explanação daquele que é seu alvo principal: o indivíduo *inimigo* da sociedade e do Estado. Para Jakobs as pessoas que, pelos seus atos, ocupações ou práticas tem "se tem afastado, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa" (MELIÁ, 2018, p. 35), sendo assim considerado um "inimigo". Contudo, em 1999 Jakobs diminuiu seu ângulo de atuação, focalizando a aplicação de sua teoria extremista no terrorismo, mas também abordando os crimes sexuais, a criminalidade econômica, o tráfico de drogas, o racismo.

Nas palavras do professor de Direito Penal e Processo Penal Eduardo Luiz Santos Cabbet (2013, p. 5), a própria

> [...] 'despersonalização' do indivíduo já nos parece, em si mesma, uma sanção imposta *a priori* que nem sequer se reveste de um processo legitimador. Isto é, quer-se desconstituir a pessoa para afastá-la de suas garantias fundamentais, sem qualquer análise para uma fundamentação. Como se não bastasse sua ilegitimidade material, nem se fala em um processo cognitivo ou lógico-valorativo para essa desconstituição.

O Direito Penal, consoante esta teoria, está dividido em dois: Direito Penal do Cidadão, aquele que atende a todos os princípios que norteiam e permeiam o Direito Penal, no qual o indivíduo não perde seu *status* de pessoa humana mesmo ante o cometimento de uma prática criminosa; e

o Direito Penal do Inimigo, no qual é incentivado uma espécie de desconstituição do indivíduo agressor de sua condição de ser humano, desse modo, abrindo-se uma oportunidade para a aplicação das mais severas penas.

O "'Direito' Penal aqui analisado não se trata de um Direito propriamente dito, mas de uma *coação* contra aquele que põe em perigo a paz e a segurança social" (CABETTE, 2013). Um sistema penal distorcido onde ignora-se os conceitos de justiça e, principalmente, humanidade.

2.2. GARANTISMO PENAL

De modo antagônico à teoria supracitada tem-se a Teoria do Garantismo Penal, do italiano Luigi Ferrajoli, criada no final do séc XX. Publicada e explicada no livro Direito e Razão, é uma teoria que fora firmada tendo como ideia principal o princípio da Intervenção Mínima, valendo-se da utilização do Direito Penal como *ultima ratio* do sistema jurídico.

Sendo considerado um sistema convencionalista, ou seja, não partindo da ideia de que existe um crime natural (ou mesmo um direito natural), mas que seriam ambos criações intelectuais humanas, como frutos de uma cultura. Podendo-se sintetizar na seguinte máxima juspositivista: é a sociedade que escolhe as condutas que irá penalizar, não existindo uma conduta que seja naturalmente criminosa.

Buscando-se conceituar o Garantismo Penal, ele seria um freio ideológico (não positivado pois, o ordenamento jurídico pátrio não o absorveu por completo – contemplando apenas alguns de seus princípios) para a atuação indiscriminada do Estado na liberdade de seus cidadãos, sendo que o mesmo deve utilizar seu Poder punitivo apenas em *ultima ratio*.

A teoria de Ferrajoli é deveras longa e bem estruturada. No pilar central dela se encontram os 10 axiomas trabalhados pelo professor italiano e utilizados na construção de toda a sua teoria e metamodelo. São eles: **A1 Nulla poena sine crimine**; **A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine judicio; A8 Nullum judicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione** e **A10 Nulla probatio sine defensione** (FERRAJOLI, 2006, p. 91). Portanto, da junção de todos esses pressu-

postos tem-se o Princípio da Estrita Legalidade provendo-se dos direitos fundamentais da pessoa humana, decorrentes do art. 5º da Constituição Federal, especificamente do seu inciso II *in verbis* "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei".

Apesar de teórico, o sistema do Garantismo Penal, como já fora brevemente explicado, prima pelos princípios constitucionais de justiça, legalidade (junção dos axiomas 1 e 2 de Ferrajoli) além do princípio da dignidade da pessoa humana – justamente quando pretende conter o poder de punir do Estado – dentre outros espalhados pelo ordenamento jurídico nacional.

2.3. DIREITO PENAL DO INIMIGO X GARANTISMO PENAL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

É certo que para se falar dos Direitos Humanos em meio a uma questão profundamente penal, faz-se necessário trazer à tona um dos princípios basilares e norteadores da Constituição Federal brasileira de 1988 e, por consequência, do diploma penal pátrio: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nos dizeres de Antonio Wolkmer (2002), a luta pelo reconhecimento e afirmação dos Direitos Humanos constitui uma verdadeira conquista da sociedade moderna em contexto mundial, sendo tais direitos considerados "inalienáveis e sagrados". Portanto, a Dignidade da Pessoa Humana como parte inerente desse contexto, não aceita discriminação de qualquer natureza, rebaixamento da pessoa à condições que seria consideradas desumanas ou o seu tratamento que leve à mesma condição.

Neste viés, é clara a linha de atuação dos Direitos Humanos no que diz respeito às teorias previamente abordadas. Enquanto a teoria jakobisina conduz a um cenário onde a tortura, por exemplo, não é considerado um crime hediondo e provavelmente até incentivado, tendo em vista que o ser ao qual ela está sendo aplicada estaria desprovido de sua condição de humano. Por outro lado, a teoria do ilustre jurista italiano tem como objetivo maior, não conter a força estatal de punição, mas refiná-la para que seja aplicada numa sociedade em que as máximas de justiça, respeito, igualdade sejam postas em prática.

CONCLUSÕES

Diante do que foi exposto, verifica-se que a teoria do famoso jusfilósofo alemão prega uma prática de cunho extremista e que desrespeita inúmeros princípios constitucionais e internacionais. Rebaixando aquela parcela marginalizada da sociedade a condições sub-humanas do ponto de vista jurídico, privando-os, deste modo, de várias garantias de proteção que os mesmos têm, independentemente de quem o sejam. Não sendo a sua aplicação harmônica com os ditames de um Estado Democrático de Direito e com diplomas legais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Por sua vez, o Garantismo Penal não vem para combater o Direito Penal do Inimigo. É uma teoria independente, que prega uma atuação do Estado condizente aos preceitos juspositivistas amparados constitucionalmente e mundialmente, como os que constam na supracitada Declaração, tratados internacionais que versem sobre o assunto dentre outros documentos. Consoante a melhor doutrina de Ricardo Castilho (2015, p. 137), que, ensinando acerca do tema, diz ser "dever do Estado garantir as condições mínimas de existência propiciando aos indivíduos uma vida digna", desta forma tal teoria alinha-se de forma harmônica com esse dever indiscutível do Estado.

Por fim, a contribuição dos preceitos e princípios contidos nos Direitos Humanos é de suma importância para o caráter garantista do Direito Penal, tendo em vista que seriam os mesmos que norteariam toda a aplicação do diploma penal em sua aplicabilidade prática que, apesar de estar ainda em um campo teórico, pode ser conduzida a ótimos resultados perante a sociedade e o sistema penal atualmente aplicado.

REFERÊNCIAS

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Direito penal do inimigo e gunther jakobs**. Jusbrasil, São Paulo, mar. 2013. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937787/direito-penal-do-inimigo-e-gunther-jakobs>. Acesso em: 05 mar. 2018.

CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

LUIGI FERRAJOLI. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Direito em Debate**, [*s. l.*], v. 11, ed. 16/17, 2002. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/issue/view/53. Acesso em: 1 abr. 2021.

SAÚDE E DIREITOS HUMANOS: PRECARIEDADE DA VIDA DO IDOSO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Marcelo Chaves Soares[122]
Gustavo Campos Elbacha[123]
Edmar Reis Thiengo[124]

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos continuam sendo a bússola pelo qual os Estados devem se guiar rumo ao bem-estar da população. À vista disso, diante de eventos catastróficos, alguns desses direitos tendem a ser colocados em xeque. Em face da pandemia de Covid-19 que assola o mundo, o presente artigo tem por objetivo discutir como a política negacionista do governo

122 Mestrando em Ciência, Tecnologia e Educação pela Faculdade Vale do Cricaré – FVC. Bacharel em Direito pela Faculdade Castelo Branco – FCB, licenciado em Ciências Sociais pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES, Advogado e Professor da Rede Estadual do Espírito Santo.

123 Mestrando em Ciência, Tecnologia e Educação pela Faculdade Vale do Cricaré – FVC, Advogado, Professor do UNEC, campus Nanuque-MG, Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio.

124 Professor do Mestrado em Educação em Ciências e Matemática do IFES e do Mestrado em Ciência, Tecnologia e Educação da Faculdade Vale do Cricaré. Doutor em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo, mesma instituição onde tornou-se Mestre em Educação.

federal frente a este cenário impactou diretamente a vida dos idosos brasileiros. Tendo em vista que desde que o vírus começou a circular em território nacional, o governo federal, tem apresentado morosidade em efetivar direitos da população na terceira idade no que diz respeito à saúde. Para tanto, demonstramos, sob o ponto de vista histórico, a saúde como direito humano; elencamos algumas políticas públicas (ou a falta delas) que têm colocado pessoas idosas em precariedade, e, por fim, relacionamos a política negacionista do governo federal como uma forma de promoção desta precariedade.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A discussão teórica do presente empreendimento parte do pensamento de Judith Butler (2019a; 2019b) sobre Vida Precarária e Precariedade. Nesse sentido, de acordo com a autora, todas as vidas são precárias por dependerem de algumas condições para sobreviverem (água, alimento, cuidados médicos etc.) (BUTLER, 2019a); no entanto, ela afirma que alguns sujeitos são levados a uma "[...] condição politicamente induzida na qual certas populações sofrem em redes socais e econômicas de apoio deficientes e ficam expostas de forma diferenciada às violações, à violência e à morte (BULTER, 2019b, p. 46)". Nesses termos, Butler delineia com essas palavras a Condição Precária ou Precariedade, que é a intensificação da vida precária.

A Precariedade, no entanto, de acordo com Butler (2019b) é proporcinada ou intensificada pelo Estado – entendendo o Estado, nesse contexto, como uma instituição social dotada de um aparato jurídico-administrativo que exerce influência sobre a vida das pessoas. A autora segue afirmando que essas populações ficam à mercê da precariedade induzida de forma arbitrária pelo Estado e "[...] com frequência não têm opção a não ser recorrer ao próprio Estado contra o qual precisam de proteção. Em outras palavras, elas recorrem ao Estado em busca de proteção, mas o Estado é precisamente aquilo do que elas precisam ser protegidas (BUTLER, 2019b, p. 47)".

METODOLOGIA

A pesquisa adquire caráter qualitativo, com revisão de literatura, análise documental e de dados. Assim, ela obedeceu aos seguintes pas-

sos: revisão bibliográfica a respeito do tema; análise das políticas públicas ofertadas pelo Governo Federal através dos sites oficiais e de reportagens transmitidas pelos veículos de imprensa; compilação dos dados obtidos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para dar base à pesquisa, levamos em conta a forma como o governo federal brasileiro vem atuando frente à pandemia de Covid-19. Desse jeito, sabendo que a população mais vulnerável são as pessoas idosas, tendo em vista que, segundo dados do Sivep-Gripe, 62,7% das mortes por Covid-19, até dia 1º de março de 2021, eram de pessoas com 60 anos ou mais.

Num primeiro momento, o Presidente da República criticou o isolamento social, ironizou a preocupação mundial com a pandemia, classificando-a como 'histeria', classificou a doença como 'gripezinha' em pessoas sem comorbidades em um pronunciamento em rede nacional, além de ter se mantido inerte em ações para conter o avanço do vírus, a ponto de o Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado, reafirmar o dever de cooperação entre os ente federados, onde devem "[...] sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo" (MORAES, 2020).

Outro ponto extremamente nocivo, além das constantes aglomerações promovidas pelo próprio Presidente da República e as críticas sem comprovação científica ao uso das máscaras, foi o lançamento de dúvidas acerca da importância das vacinas e a demora na compra das mesmas, visto que, segundo estudos científicos, as únicas formas de controle da doença, além do isolamento social, é a ampla imunização da população. Em entrevista a BBC Brasil, a epidemiologista Ethel Maciel afirmou que "o Brasil não fez isso e ainda recusou um acordo proposto pela Pfizer que garantiria 70 milhões de vacinas em dezembro (PASSARINHO, 2021)".

Essa falta de medidas sanitárias necessárias e políticas públicas efetivas, representa uma despreocupação com a vida de brasileiros, em especial, àqueles maiores de 60 anos que representa a parcela da população que mais sofre com a doença e são colocadas na condição precária. Uma vez que, de acordo com Butler (2019a), o Estado excerce um papel central na intensificação da condição precária.

CONCLUSÕES

Diante disso, observou-se que a forma como o governo federal vem gerindo a pandemia tem colocado pessoas idosas em situação de maior vulnerabilidade, além daquela imposta pelas próprias características do vírus, expondo tais sujeitos ao risco real de morte e a condição de precariedade de suas vidas.

REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. **Vida precária: os poderes do luto e da violência**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019a.

_____. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,2019b.

MORAES, Alexandre. **Julgamento da Arguição de Preceito Fundamental 672**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/executivo-nao-impedir-isolamento.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

PASSARINHO, Nathalia. 3 erros que levaram à falta de vacinas contra covid-19 no Brasil. **BBC News Brasil**. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56160026 >. Acesso em: 28 mar. 2021.

DEMOCRACIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA ESTIGMATIZAÇÃO DE SEUS SENTIDOS

Camila de Mendonça Ribeiro Silva

INTRODUÇÃO

O fenômeno da polarização política tem estimulado a criação de múltiplos sentidos de democracia que influenciam continuamente na estruturação dos discursos oficiais do atual governo brasileiro. Embora possibilite que o *status quo* seja desafiado por posicionamentos divergentes, esse fenômeno vem promovendo uma inquietação preocupante, tendo em vista que as discussões democráticas estão perdendo espaço para discursos contaminados pela intolerância. Imprescindível se faz o estudo e o reconhecimento contemporâneo de toda a sociedade brasileira sobre os processos que levaram a democracia a ganhar novas nuances ao longo do tempo, bem como a estigmatização e deturpação de seus sentidos, os quais se fazem presentes nos discursos oficiais de representantes eleitos.

A ideia que aqui se faz presente é transcender os sentidos de modo a perceber os efeitos advindos das marcas ideológicas presentes nos discursos e a relação de interdependência entre a ideologia, o tempo e o atual modelo de poder político democrático, o qual acompanha indubitavelmente a natureza evolutiva da raça humana, suas necessidades e motivações em prol de controle e poder (VOISE, 2002). Construída a estrutura basilar da pesquisa, a análise se debruça sobre a realidade política brasileira, de modo

a perceber a estigmatização criada pelo sentido de democracia ao logo dos anos, sua interferência nas eleições presidenciais e as consequências trazidas à efetivação de políticas públicas em relação ao Ensino Superior e à Cultura brasileira.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A priori, a fundamentação teórica dessa pesquisa parte da Teoria do Estado Democrático, propondo uma breve observação sobre a essencialidade da institucionalização democrática dos direitos e garantias fundamentais do povo, os quais asseguram a sua integridade e os protege de uma possível usurpação daquilo que lhe é imprescindível e fator constitutivo de sua sobrevivência em sociedade, a dignidade da pessoa humana. A valorização, observância e a efetiva aplicabilidade desses institutos são de extrema relevância na contemporaneidade, uma vez que nos deparamos a cada dia com a fragilidade dos institutos democráticos.

Todo e qualquer modelo de poder político acompanhará uma dimensão histórica, refletindo os interesses de uma época ou período e os valores a que são essenciais à coletividade. Há de se enfatizar que, contemporaneamente, vislumbramos uma prevalência do modelo de poder político democrático, o qual terá seu conteúdo, assim como os dos demais modelos de poder político, atrelado ao conteúdo ideológico, isto é, definido e sistematizado por uma corrente de ideias e crenças que se remodelarão à medida que surgem novas desigualdades, disputas e anseios (BONAVIDES, 2008).

A legitimação e perpetuação do modelo democrático que dissolve o poder e as decisões políticas em meio aos cidadãos, ocorre graças a um conjunto de fatores estruturantes que deram origem ao Estado Democrático de Direito que conhecemos hoje. Dentre tais fatores está a soberania popular, a Constituição que estabelece os princípios fundamentais que subjugarão as ações dos indivíduos em prol da manutenção da justiça social e a descentralização do domínio e poder estatal. Logo, para que haja a completude desse instituto, sua finalidade em desenvolver um Estado que garanta os direitos individuais e coletivos, sociais e políticos deve ser alcançada.

METODOLOGIA

O estudo se propõe a analisar a ideia de transcendência dos sentidos e os efeitos advindos das marcas ideológicas presentes nos discursos (não) democráticos do governo brasileiro, utilizando-se de pressupostos teóricos e metodológicos da Análise do Discurso Francesa –AD e fundamentações a partir da Teoria do Estado Democrático e da pesquisa bibliográfica. Neste sentido, a Análise do Discurso servirá como ferramenta indispensável à investigação dessas marcas, ultrapassando os limites do que se é aparente e encarando a tarefa de apurar aquilo que não está exposto, mas fora dito (ORLANDI, 2009).

Graças a esse conjunto de instrumentos de pesquisa, surge a possibilidade de identificar certas noções de democracia ao longo do tempo e do espaço, os processos de retomadas e ressignificações de seus sentidos e a seleção do *corpus* discursivo a ser trabalhado. É mediante o desenvolvimento da memória discursiva frente à evolução humana, que essa pesquisa se inicia, mas jamais se esgota, pois sua finalidade está no incentivo diário à formação do pensamento crítico em face da inevitável manipulação ideológica, investindo na construção de interventores sociais que possam atuar sobre os paradigmas ideológicos de modo a reconhecer possíveis facetas antidemocráticas nas ações do atual governo brasileiro.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados alcançados percebem a estigmatização democrática ao logo dos anos, sua implicação nas eleições presidenciais e as consequências trazidas à efetivação de políticas públicas no Ensino Superior e na Cultura brasileira. A fragilidade do sistema democrático brasileiro revelou-se maximizada pelas ações e discursos do governo Bolsonaro (2019-), os quais ferem a ordem constitucional e os sentidos democráticos, demonstrando que mesmo as Constituições mais bem elaboradas não podem prever ou conter todas as cirscuntâncias que advém de uma crise democrática.

A partir da construção de uma percepção crítica sobre os objetos simbólicos produzidos pelos sentidos do discurso, identificou-se a manipulação ideológica de um grupo hegemônico – domina a produção de sentidos dos discursos – frente às eleições presidenciais de 2018, a qual promoveu

a eleição do atual presidente da República Jair Messias Bolsonaro, figura que atesta o poder do ideologismo, faz uso do caos e da insatisfação popular para se estabelecer, permitindo que a eficiência da democracia institucionalizada seja questionada Observou-se, então, que a instabilidade cria oportunidades, tornando possível canalizar frustações para fim de se estabelecer um poder e justificar práticas antidemocráticas (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Conforme as ações do Poder Executivo brasileiro, fora possível destacar a elitização do acesso às políticas públicas como o direito ao Ensino Superior e à Cultura, minimizando a democratização desses institutos que estimulam a autonomia, a liberdade de expressão e a participação popular frente às decisões do governo, principalmente o desenvolvimento da consciência crítica para além do senso comum. As consequências são inúmeras, desde a subversão do sistema democrático à supressão dos direitos do povo, as quais implicam em resultados que censuram, dificultam e impedem à autodeterminação dos sujeitos, tornando-os expostos à manipulação excessiva de um segmento dominante.

CONCLUSÕES

As ações e os discursos oficiais do governo Bolsonaro revelam motivações que dificilmente conversam com as reais necessidades do povo brasileiro, carregam uma ideologia de repressão e medo, típicas de governos autoritários, fragilizando e deturpando gradualmente os reais sentidos de democracia. Ainda mais perigoso do que se utilizar de práticas antidemocráticas em prol do poder é usar da própria legitimidade para isso. Sua gestão não apenas prejudica a valorização da Cultura brasileira e do Sistema Educacional a Nível Superior, mas impede a democratização das formas de expressão e manifestação humana, à medida que ignora as liberdades civis, os direitos humanos e as garantias fundamentais designadas pelo Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição de 1988.

A maximização e fortalecimento do modelo democrático representativo brasileiro nunca se fizeram tão imprescindíveis como agora. Em uma visão ampla e que relativiza o estado imutável de todas as coisas, se constata que o sistema democrático representativo além de se adaptar aos anseios de uma época, deve atentar para as particularidades do Estado a

que se aplica. A ideia é que esse instituto evolua para algo que traga maior completude, agregando o que há de melhor em todos os tipos ou espécies de democracia para fim de produzir novos sentidos que a transformem em revolucionária (SANTOS, 2016). Assim, fortalecer a supremacia constitucional e impedir que facetas antidemocráticas usurpem a autonomia do poder popular é forma de resistência a ser instituída para fim tornarmos livres de direito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Malheiros Editores**.** São Paulo, p.301-349 e p.493-510, julho 2008.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso: princípios e procedimentos**. sa Edição, Campinas, SP: Ponies, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Difícil Democracia:** reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016, 220 p.

VOISE, Ingo. **Sobre as Noções de Língua e Discurso.** Leitura – Discurso: História, Sujeito e Ideologia: n. 30, jul. 2002-dez.2002, p. 65-p.99.

DIREITO DOS REFUGIADOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Danielly Novais do Rego[125]

INTRODUÇÃO

O crescimento significativo do fluxo migratório para o Brasil aliado às questões de políticas públicas ensejaram na promulgação da Lei nº 13.445/2017, representando, assim, um novo marco de proteção e regulamentação dos refugiados perante o ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, o presente trabalho justifica-se pela relevância e avanço das garantias concedidas aos refugiados vistos sob um viés da dignidade da pessoa humana.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Em 27 de maio de 2017 promulgou-se a Lei nº 13.445/2017 adjetivada como a nova lei de migração. A legislação em comento representa um avanço exponencial na proteção de direitos humanos. Nesse diapasão, uma nova acepção de proteção e garantias são direcionadas as pessoas refugiagas (AVANZI, 2019).

---

125 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito pelo Centro Universitário FG. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Nível Superior – CAPES. Pesquisadora discente do Grupo de Pesquisa - Fronteiras do Direito Privado. Especialista em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pela UNIFG. Pós- Graduanda em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Faculdade Legale. Advogada OAB-BA.

A promulgação da "nova lei de migração" representa um avanço significativo não somente para as pessoas refugiadas, mas também como uma acepção protetiva de amplitude internacional. A representante permanente do Brasil, a Embaixadora Maria Narazeth pontua que a aprovação da lei no âmbito do Congresso Nacional foi recepcionada com uma visão postivita pelas Nações Unidas, essa iniciativa denota que o Brasil se preocupa com o respeito dos direitos humanos (VARELLA, 2017). Desse modo, uma nova era de proteção e igualdade fora iniciada com a promulgação da lei retromencionada, são avanços significativos em diversos aspectos protecionais como liberdade, igualdade, direitos sociais, um inédito arcabouço no ordenamento jurídico brasileiro com um viés mais humanitário.

Uma nova acepção protetiva inicia-se para o grupo de pessoas vulveráveis, de modo a oportunizarem o gozo de proteção jurídica, liberdade, igualdade e uma vida digna. Assim, a legislação infraconstitucional oferta aos refugiados a oportunidde de uma existência digna, de modo a propiciar o alcance de um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

METODOLOGIA

O presente trabalho foi desenvolvido a partir da pequisa bibliográfica e documental, com análise da legislação brasileira e em especial a Lei nº 13.445/2017. Por meio da utilização de artigos científicos qualificados, intentou-se realizar uma pesquisa de modo a demonstrar os aspectos primordiais alcançados com a promulgação da nova lei de migrações tanto no âmbito interno quanto internacional.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A emblemática dos refugiados consiste em um debate de alcance internacional. Apesar de seu surgimento remontar épocas passadas, o instituto do refúgio instiga na atualidade uma nova posição, uma nova margem de proteção com proporções internacionais devido ao aumento sigificativo de crises políticas, culturais, religiosas, bem como a busca por melhorias de vida, com o gozo de uma vida digna.

Entrementes, inúmeros fatores podem ser ressaltados como instigantes do aumento do regime migratório, no entanto, é possível ponderar um

ponto em comum a todos eles, a busca por uma vida digna, pautada pelo gozo da dignidade da pessoa humana.

A legislação brasileira com o fito de abarcar novas normas de alcance aos refugiados, promulga uma nova disposição legal para versar sobre direitos e garantias que o Brasil irá dispensar às pessoas em situação de "refúgio". É nesse contexto de mudança do aparato legislativo que se ressalta necessidade do estudo do alcance e a efetividade que as normas internas vêm propiciando aos refugiados no âmbito brasileiro.

CONCLUSÕES

A crise migratória tem ganhado proporções inimagináveis e muitas pessoas perderam suas vidas durante esse processo. A temática presente transpõe o âmbito interno do Estado e dialoga incessantemente com o plano internacional. São muitos países e milhares de pessoas que se encontram submersas a essa crise com intensas violações de direitos humanos.

A Lei nº 13.445/2017 representa um ganho significativo na legislação interna brasileira, mas também no âmbito internacional. Novas concepções, amplitude de direitos, flexibilidade no processo de regularização, que outrora representavam um obstaculo ímpar, foram regulamentados de modo a propiciar uma vida mais humana a esse grupo que se encontra submerso em um estado de vulnerabilidade. Nesse sentido, há uma busca constante por melhoria regulamentar e efetiva aos direitos dispensados aos refugiados e diga-se, essa busca está longe de ser findada. É imprescindível uma atuação positiva do Estado brasileiro para a concretude dos direitos voltados aos refugiados.

REFERÊNCIAS

AVANZI, Carla Campos; SIMON, Aristeu Matias. Principais inovações e perspectivas da nova Lei de Migrações. **RELACult – Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**, [S.l.], v. 3, dez. 2017. ISSN 2525-7870. Acesso em: 10 de março de 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 1 mar. 2021.

VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S.C.; LIGIERO, Adriana P. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 253-266.

O PRAGMATISMO COMO MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL: O PAPEL DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO TEORIA DA DECISÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Ester Ramos Bitencourt[126]
Edilaine Neves Fernandes[127]

INTRODUÇÃO

O presente estudo debate o problema do ativismo judicial na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, elaborada por Lenio Streck. A pesquisa abordará a manifestação do ativismo, especificamente permeada pelo Pragmatismo Judicial. O recorte desse amplo debate se restringirá às contribuições da Crítica Hermenêutica do Direito frente à judicialização das políticas públicas.

Na sociedade atual, o pragmatismo pode ser percebido por vários ângulos, todavia o conceito de pragmatismo jurídico provoca a tese de que o

---

126 Graduanda do curso de Direito da UNIFG- Centro Universitário.

127 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da UM.IFG, docente do curso de graduação em Direito da UniFG.

Direito adote um ponto de vista voltado para o futuro, consequentemente essa visão experimental não apresentaria nenhuma segurança e objetividade. (STRECK, 2017). Dessa maneira, justifica-se o estudo pela forma como o Poder Judiciário deveria aplicar a Teoria da Decisão Judicial, pois cada poder possui uma função e juízes e Tribunais devem aplicar o que está disposto em lei, independentemente de haver um orçamento público prévio, já que essa preocupação é função do Poder Público.

O objeto da pesquisa foi construído ao identificar as contribuições da Crítica Hermenêutica do Direito como teoria da decisão para promoção de uma resposta adequada às pretensões judiciais deduzidas contra a Administração Pública que impactam no orçamento público. De maneira a inicialmente definir o conceito de ativismo judicial e da crise de jurisdição, passa-se pela relação entre o pragmatismo como manifestação do ativismo judicial para, por fim, apresentar as diretrizes da crítica hermenêutica para superação do ativismo judicial e a proposta da resposta adequada à constituição.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Entende-se por ativismo judicial a forma como a função jurisdicional desempenha a sua atividade, excedendo os limites configurados pelo ordenamento, que destina ao Judiciário o cargo de resolução de litígios e controvérsias jurídicas, momento em que o juiz amplia os enunciados normativos, de maneira juridicamente inaceitável. Ocorre que, o Poder Judiciário em sua atividade possui restrições quanto o seu modo de interpretar e aplicar o Direito (RAMOS, 2015).

Consoante o exposto, todo ativismo será uma decisão inconstitucional ou ilegal, excluindo a defesa de existência de um ativismo judicial do "bem" ou do "mau". Desse modo, é de suma importância entender inicialmente o seu conceito, para posteriormente como ocorre a sua formação e o seu combate, ainda que existam distorções acerca da legalidade, como forma de justificar uma decisão ilegal (ABBOUD, 2020). Nessa linha, cabe-se mencionar a figura do pragmático jurídico, aquele quem visa aplicar o direito ainda que o pleito daquelas pessoas não esteja previsto em lei, pois acredita ser mais benéfico para a sociedade, para ele o que importa é o futuro, muitas vezes chegando a ignorar o passado (TORRES, 2018).

Outrossim, a preocupação do juiz pragmatista está em descobrir qual a melhor decisão para o caso, ou seja, qual decisão cujas consequências se amolde melhor às necessidades das pessoas e da sociedade, logo a lei seria para ele apenas mais um recurso possível dentre muitas outras fontes de informação que direcionam a sua decisão quando da interpretação. O juiz pragmatista não olha para a história, recorrendo ao passado somente quando lhe for conveniente na tomada de decisão favorável para as necessidades sociais (STRECK, 2017).

Ocorre que quando o juiz pragmatista deixa de se interessar pela certeza do Direito e se ampara em recursos não jurídicos para produzir suas decisões jurídicas que gerem imprevisibilidade à prática emanada dos Tribunais esse juiz sem sombra de dúvidas estará sendo ativista. Por isso, o pragmatismo jurídico se esquiva da produção democrática do Direito, o juiz será sempre protagonista e não há por que juntar as estradas que direcionam ao Direito e a tradição (STRECK, 2017).

Assim sendo, não se pode aceitar um "protagonismo judicial", que equivale à existência do ativismo, gerando, portanto, uma afronta à democracia constitucional e enfraquecimento ao sentido do Direito. O papel do Judiciário consiste em solucionar conflitos já recorridos, para só então direcionar-se ao futuro, o que evitaria uma ruptura com a legalidade existente (ABBOUD, 2020).

METODOLOGIA

Com base no recorte proposto, o estudo visa apresentar os caminhos da Crítica Hermenêutica do Direito para uma resposta correta às demandas de judicialização da saúde, considerando o problema do ativismo judicial e pragmatismo. Para isso, o trabalho desenvolveu uma breve abordagem histórica o direito à saúde como Garantia Fundamental Social na Constituição de 1988, apresentou importantes considerações sobre a judicialização da saúde no Brasil, associou o problema do solipsismo jurídico com o ativismo judicial para assim, interpretar se o Poder Judiciário tem suas decisões embasadas no texto Constitucional, ou em suas convicções pessoais. Por fim, elencou-se as contribuições da Crítica Hermenêutica do Direito para superação do ativismo judicial.

A técnica de pesquisa é bibliográfica, com abordagem qualitativa, com objetivos explicativos (LAKATOS; MARCONI, 2008), desenvolvida a partir de um material bem elaborado, no qual se encontra livros e artigos científicos. Os livros aqui utilizados são classificados como de leitura corrente ou de referência, vale ressaltar que, a linha de pesquisa documental segue o mesmo padrão da pesquisa bibliográfica, estando separadas apenas por a primeira possuir fontes mais diversificadas (GIL, 2002).

O marco teórico do estudo é a Crítica Hermenêutica do Direito, uma teoria da decisão abordada por Streck (2014) que enfoca na análise dos problemas relativos à decisão jurídica. Dessa forma, o presente trabalho é baseado em suas obras, das quais são elas Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, Verdade e Consenso e Dicionário de Hermenêutica Jurídica

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Verifica-se que, os excessos e as inconsistências que assolam as ações judiciais são capazes de afetar as políticas públicas. Portanto, os Tribunais, devem fundamentar as decisões judiciais em consonância com a Constituição e concedendo a possibilidade de toda a população em desfrutar daquilo que é oferecido pelo Estado (AFFONSO, 2017).

Para chegar à resposta correta, disposta como sendo na Crítica Hermenêutica do Direito resposta adequada à Constituição, foi que Streck (2017) fez uso da hermenêutica filosófica gadameriana unindo a teoria "law as integrity" de Dworkin. Essa junção só foi possível por serem ambas antirrelativistas e antidiscricionárias, vedando assim com as interferências que poderiam fazer com que juízes pudessem julgar pragmaticamente. Nessa senda, as duas posições expostas e a CHD, sustenta que não se pode falar em grau zero na interpretação do Direito, todavia essa só será correta quando estiver isenta de arbitrariedades.

Tendo em vista os aspectos abordados, toda resposta correta equivale a uma resposta sistematicamente adequada a carta Constitucional. Por conseguinte, uma norma será sempre uma forma de interpretar a Constituição, precisando assim está de acordo com essa para ser válida, desse modo antes de prolatar sua a decisão fica o intérprete encarregado de comparar se essa está em total conformidade com a Constituição Federal, assim a decisão proferia será eficaz (STRECK, 2014).

CONCLUSÕES

No contexto do Estado Democrático de Direito busca-se uma prestação jurisdicional, justa, efetiva e comprometida com a normatividade da Constituição. Sendo o ativismo um dos elementos de nossa crise de jurisdição capazes de sombrear a democracia, entende-se que a teoria da decisão judicial é necessária, pois o poder discricionário é capaz de quebrar a autonomia que o direito possui, além de impactar negativamente na construção democrática do ordenamento jurídico.

Nessa linha, a Crítica Hermenêutica do Direito procura através da hermenêutica filosófica chegar a uma resposta adequada à Constituição, essa resposta seria construída por meio da interpretação, o juiz aplicaria à lei as demandas que a ele chegasse. No tocante a políticas públicas cabe ao intérprete aplicar o Texto Constitucional ainda que muitos sejam os pleitos que recorrem do Estado o cumprimento de seu dever, todavia nesse cumprimento o juiz deve estar sempre restrito a lei, para que sua decisão não seja pragmática. Assim, sustenta-se que a Crítica Hermenêutica do Direito como teoria da decisão pode guiar uma prestação jurisdicional adequada através da delimitação teórica do problema do ativismo, bem como do pragmatismo e sobretudo, pela defesa da normatividade dos dispositivos constitucionais.

Por fim, busca-se contribuir para com a expansão da temática aqui abordada, voltando tal conhecimento jurídico ao campo da graduação acadêmica, especialmente, vislumbrando a expansão da efetivação dos direitos que deveriam ser cumpridos pela Administração Pública, sem invocar o princípio da Reserva do Possível, pois conforme exposto, a função do juiz ou do Tribunal é o de julgador, e não o de "salvador", já que não cabe a ele se importar com os gastos públicos.

REFERÊNCIAS

STRECK, L. L. **Dicionário de Hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

_____. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017.

A ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO BRASIL

Luisa Monteiro de Araújo[128]
Francisco Geraldo Mattos[129]

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das ciências jurídicas levou ao reconhecimento a existência de Direitos Humanos, e criou sistemas de proteção a estes direitos. Contudo, a mulher sempre se viu excluída desta proteção, e até mesmo do próprio reconhecimento destes direitos. Contudo, são inegáveis as evoluções para reconhecer os direitos humanos das mulheres e garantir especial proteção, com base na vulnerabilidade das mulheres diante das estruturas sociais e da violação dos direitos humanos das mulheres que a discriminação de gênero representa.

O objetivo desde trabalho é exatamente estudar a atuação do Sistema Interamericano e chegar a uma conclusão sobre a efetividade deste sistema como garantidor de direitos das mulheres, através da análise dos resultados obtidos no Brasil após sua intervenção.

---

128 Bacharel em Direito - ESMAC.

129 Professor Orientador. Mestre em Ciência Política – UFPA.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Os Direitos Humanos são fruto de uma constante expansão em seu conteúdo, sendo constantemente reformulado pelas lutas sociais e transformações políticas, sociais e econômicas. Ramos (2018) formou a definição de Direitos Humanos como aqueles inerentes a todos os seres humanos para uma vida pautada na igualdade, liberdade e dignidade.

O contexto inaugurado ao final da Segunda Guerra Mundial trouxe discussões sobre a necessidade de proteção dos direitos humanos, demandando que estes sejam garantidos pelo esforço em conjunto de nações, indivíduos, e de diversos setores da sociedade (DORNELLES, 2014). Assim, a necessidade da ação internacional eficaz para a proteção da dignidade humana faz nascer o Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013).

Este processo de internacionalização fez com que os Estados consentissem em submeter a proteção dos Direitos Humanos ao controle da comunidade internacional, o que culminou na criação dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, dos quais a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) representou marco inicial (PIOVESAN, 2013).

Após o processo de internacionalização e a criação do sistema global, emergiu o processo de regionalização desses direitos, nascido da busca de adequação dos direitos humanos às características culturais, sociais e econômicas das diversas regiões do planeta, dentre os quais se encontra o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos teve início em 1948, quando foi adotada a Carta da Organização dos Estados Americanos, e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Posteriormente, em 1959, eventos políticos em Cuba e na República Dominicana levaram o Conselho da OEA a aprovar a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para a promoção dos Direitos Humanos nas Américas. Contudo, a Declaração Americana não possuía poder de obrigar seus signatários a obedecê-la, e o constante desrespeito aos direitos humanos nas Américas mostraram à OEA a necessidade de instrumentos de obrigação legal. Como resposta, em 1969, foi subscrita a

Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), Pacto de San José da Costa Rica (PIOVESAN, 2013).

Além de definir novas atribuições à CIDH, a CADH estabelece a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), a qual, em conjunto com a CIDH, integram o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Mas apesar dessa evolução dos Direitos Humanos, a mulher sempre se viu excluída desta proteção, e até mesmo do próprio reconhecimento destes direitos. No que pese a intenção tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto da própria Carta da ONU, de incluírem as mulheres sob sua proteção, a evolução das discussões acerca da aplicabilidade dos direitos humanos às mulheres revela que não basta conceder-lhes os mesmos direitos que os homens, sem levar em consideração a realidade social, política e cultural que as mulheres vivem, em virtude do seu gênero, sendo assim necessária a criação de instrumentos específicos de proteção.

Segundo Saffioti (1987), existe uma construção social da inferioridade da mulher para a exaltação do homem, de forma que a mulher permaneça subjulgada. Para tal, se utiliza de mecanismos tais quais a violência, controle da sexualidade e da reprodução, manutenção de dependência financeira e interdição à participação política das mulheres (CAMURÇA, 2007), mecanismos estes que representam violações a direitos humanos.

Para se adequar a essa realidade, foram criados diversos tratados específicos para tratar da erradicação da violência contra a mulher, dentre os quais a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de 1994, figura como principal (e pioneiro) instrumento na erradicação da violência contra a mulher.

METODOLOGIA

Foi utilizada uma abordagem qualitativa dos dados obtidos, utilizando exclusivamente a pesquisa bibliográfica como procedimento, com citação de doutrinadores e a busca em documentos oficiais.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Desde sua criação, em 1994, a Convenção de Belém do Pará serviu de base para diversas decisões da Comissão e da Corte Interamericana dos

Direitos Humanos, das quais se destaca, por sua importância e significância no tangente à proteção dos direitos das mulheres nas Américas, o caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, o primeiro caso de violência doméstica e familiar tratado pela Comissão.

De acordo com a denúncia, Maria da Penha sofreu diversas formas de agressões por parte de Marco Antônio Heredia Viveros, com quem se casou em 1976. De acordo com a vítima, os abusos começaram assim que Viveros conseguiu sua cidadania brasileira, após o casamento. Este praticava atos de crueldade contra sua esposa e contra as filhas, que incluiam agressão física, verbal e moral, o que culminou em duas tentativas de assassinato contra a vítima, em maio e em junho de 1983.

Esta segunda tentativa fez com que Maria da Penha deixasse o lar com suas filhas, e buscou a tutela estatal, onde provas recolhidas no inquérito judicial constataram Viveros como autor dos crimes, praticados com a intenção de matar a vítima, motivo pelo qual o Ministério Público do Ceará apresentou denúncia contra ele em 1984. Contudo, no que pesem as constatações da investigação, o caso somente chegou a júri em 1991, quando Viveros foi condenado a 15 anos de prisão, reduzidos a 10 anos. Não bastasse a morosidade, a defesa apresentou recurso que, apesar de extemporâneo, foi aceita pelo grau superior, e anulou a decisão do júri, em 1995. Após o aceite, pelo Tribunal do Ceará, de uma segunda apelação, em 1997, a vítima apresentou petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 20 de agosto de 1998.

A Comissão concluiu que as decisões brasileiras foram ineficazes, negligentes, ou omissas, demonstrando que o Brasil não se organizou estruturalmente para garantir os direitos de Maria da Penha. Ademais, analisando a igualdade perante a lei, a Comissão informou que as medidas adotadas pelo Brasil não foram o bastante para impedir os atos de violência contra as mulheres, reconhecendo a responsabilidade do Brasil, baseada no artigo 7º da Convenção de Belém do Pará.

Diante da condenação do Estado brasileiro, as recomendações da Corte foram no sentido de que fosse efetivado o processo penal de Viveros, além de uma investigação sobre a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos judiciais. Ademais, determinou reparação simbólica e material à Maria da Penha, além da adoção de medidas para coibir a tolerância

estatal e o tratamento discriminatório em casos de violência doméstica contra a mulher.

Tais recomendações culminaram na prisão, em 2002, de Marco Antônio Heredia Viveros, e na criação da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, entrando em vigor no dia 22 de setembro do mesmo ano.

CONCLUSÕES

A intenção deste trabalho foi analisar a efetividade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como instrumento de garantia e proteção dos direitos das mulheres nas Américas, considerando a situação de vulnerabilidade das mulheres em virtude das estruturas sociais que as discriminam e violam seus direitos em virtude do gênero.

Percebeu-se que o direito internacional evoluiu no sentido de reconhecer a especial situação de vulnerabilidade das mulheres. No âmibito regional, a influência das decisões da CIDH e da CorteIDH inspiraram não apenas os países envolvidos, mas também outros países das Américas a criarem suas próprias legislações, demonstrando que a atuação de órgãos internacionais de direitos humanos possui a capacidade de inspirar alterações de paradigmas além de sua atuação jurisdicional.

Em que pese o reconhecimento internacional da necessidade de tutela aos direitos das mulheres, verificou-se na análise do caso de Maria da Penha que a realidade fática dos Estados muitas vezes não condiz com os preceitos internacionais, pois a Lei ainda encontra dificuldades sociais e culturas para sua efetivação, além da precariedade do sistema Brasileiro, o que dificulta o acesso das vítimas à tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

CAMURÇA, Silvia. Nós mulheres e nossa experiência comum. **Cadernos de Crítica Feminista**, ano I, n. 0, dez. 2007. Disponível em: <https://soscorpo.org/?p=1154>. Acesso em: 25 nov. 2020.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são Direitos Humanos**. São Paulo: Brasiliense, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direito humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

METODOLOGIAS PARTICIPATIVAS PARA AGENDAS 21 LOCAIS

Heitor Menezes Gomes[130]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto dos resultados parciais de um projeto de iniciação científica sob apoio da FAPESP. O projeto, intitulado "Metodologias para Agendas 21 Locais Participativas", objetiva a identificação das metodologias participativas passíveis de aplicação para A21L e sua exposição em banco de dados digital conforme segue explícito ao longo do texto. O objetivo geral da pesquisa é estudar metodologias participativas aplicadas à implementação de Agendas 21 Locais em diversas nacionalidades, ao passo que os objetivos específicos são de identificar as diferentes metodologias participativas existentes e estruturar um banco de dados em *website* com o intuito de facilitar o acesso à diversidade de metodologias participativas existentes.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A Agenda 21, um dos cinco documentos gerados a partir da Convenção das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD ou Rio 92) de 1992, representa importante instrumento de planejamento cujo objetivo maior é trazer um novo conceito de desenvolvimento, substituindo a lógica de crescimento econômico como único promotor de qualidade de vida e desenvolvimento (MALHEIROS; PHILIPPI JÚNIOR;

130 Graduando em Gestão e Análise Ambiental pela Universidade Federal de São Carlos.

COUTINHO, 2008). Esta política foi adotada pelo Ministério do Meio Ambiente em 2003, reforçando a centralidade de processos participativos para seu desenvolvimento (WESTPHAL et al., 2013).

São dois os principais elementos que orientam a aplicação de Agendas 21: o planejamento em busca da sustentabilidade e a participação cidadã. Participação cidadã se diferencia de participação social como sendo aquela o conjunto de instituições e regulamentos formais que permitem e estimulam a participação coletiva, esta como a iniciativa da sociedade civil (organizada ou não) para se inserir nos âmbitos de debates públicos (GARCÍA-MONTES; MONREAL, 2019). Assim, percebe-se a relevância de haver metodologias que visem às participações social e cidadã durante todo o processo de implementação de Agendas 21 Locais. Sua promoção pode trazer ao protagonismo, dentro da tríade da sustentabilidade, a dimensão social, além de instigar a população à educação por meio de processos como o de aprendizagem social (XAVIER; JACOBI; TURRA, 2019).

A diversidade de interesses coloca-se como principal modeladora da interação democrática, sendo isso especialmente verdade para a questão urbana (CARVALHO; MANSANO, 2019). Assim, é quase vital para o bom desempenho dos planos elaborados pelo Poder Público que a diversidade de interesses da população seja levada em consideração.

METODOLOGIA

A metodologia a ser empregada para a realização desta pesquisa é de caráter quali-quantitativo. A pesquisa foi desenvolvida por meio de revisão da literatura sobre participação social, abrangendo textos científicos teóricos, estudos de caso, histórias de caso, documentos de iniciativas e associações dedicadas à promoção da participação, dentre outros documentos do gênero. Por fim, foi construído um *website* onde as diversas metodologias participativas encontradas e descritas serão disponibilizadas, constituindo um compilado de metodologias participativas.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como resultado, foram identificadas 40 metodologias participativas (quadro 1). Para tornar essas informações acessíveis ao público em geral,

iniciou-se o desenvolvimento da base de dados, disponível em <www.democraciaambiental.ufscar.br>.

Quadro 1: Total das metodologias encontradas no levantamento de dados

Banco de metodologias				
Activating opinion survey	Advocacy planning	Agenda conference	Citizen jury	Citizen panel
CLEAR	Community organizing	Consensus conference	Cooperative discourse	Delphi survey
Dialogue	Dialogue mapping	Dragon dreaming	Dynamic facilitation	Ephesos model
Fish bowl	Focus group	Future conference	Future research	Future workshop
ICLEI	Internet forum	Jogo do herói	LoveTalks	Mediation
Neosocratic dialogue	Nominal group	Open space conference	Open space technology	Passo a passo
Pedagogia do oprimido	Pesquisa-ação participativa	Planning for real	Round table	SEA round table
Teatro do oprimido	Simulation game	Wisdom council	Workshop	World café

Fonte: elaboração própria.

O número de metodologias participativas encontradas revela grande potencial para a promoção da participação social não apenas por parte do Poder Público, mas também de associações da sociedade civil organizada e iniciativas privadas. Muitas metodologias dispõem de acervo científico amplo contendo estudos e histórias de casos, por meio dos quais qualquer pessoa interessada em iniciar um processo participativo pode tomar conhecimento dos riscos e oportunidades oferecidos pela metodologia.

Além disso, metodologias como Dragon Dreaming e World Café são responsáveis por mobilizar verdadeiras comunidades voltadas para a disseminação do conhecimento acerca de seus métodos, oferecendo banco de dados próprios, cursos de capacitação e eventos.

CONCLUSÕES

Pode-se concluir, a partir do exposto, a existência de grande diversidade de formas, métodos, técnicas e metodologias para promoção da participação. Esta diversidade também se traduz na aplicabilidade de cada metodologia, sendo algumas, como a do ICLEI, construídas já visando para o desenvolvimento de Agendas 21 Locais; outras, no entanto, configuram metodologias voltadas para a promoção do diálogo, para a elaboração de planos de ação colaborativos, para a construção de comunidades, dentre muitas outras possibilidades que permitem inclusive a livre combinação entre métodos e conceitos.

Além das inumeráveis formas como essas variadas metodologias podem ser aproveitadas para seu uso na construção de Agendas 21 Locais, também podem ser utilizadas para outros fins participativos, contendo aí uma infinidade de projetos e processos de tomada de decisão, planejamento e afins. Buscando contribuir com a disseminação destas metodologias, a construção de site ainda em curso se propõe a disponibilizar para livre acesso descrições breves de cada metodologia, além de uma bibliografia básica de construtos teóricos e estudos e histórias de caso.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, P. R.; MANSANO, S. R. V. Ecologia e Mobilização Social: um Desafio para a Psicologia. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 39, 2019.

GARCÍA-MONTES, N.; ARNANZ MONREAL, L. Metodologías participativas para la planificación de la sostenibilidad ambiental local. El caso de la Agenda 21. **Empiria – Revista de metodología de ciencias sociales**, n. 44, 2019.

MALHEIROS, T. F.; PHILIPPI, A. S.; COUTINHO, S. M. V. Agenda 21 nacional e indicadores de desenvolvimento sustentável: Contexto brasileiro. **Saúde e Sociedade**, v. 17, n. 1, p. 7-20, 2008.

WESTPHAL, M. F. et al. Práticas democráticas participativas na construção de agendas sociais de desenvolvimento em municípios do sudeste brasileiro. **Ambiente e Sociedade**, v. 16, n. 2, p. 103-126, 2013.

XAVIER, L. Y.; JACOBI, P. R.; TURRA, A. Local Agenda 21: Planning for the future, changing today. **Environmental Science and Policy**, v. 101, p. 7-15, 2019.

DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: A NECESSIDADE DE ERRADICAR TODAS AS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA MENINAS

Geovanna Barbosa de Almeida[131]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolve-se no âmbito da Iniciação Científica e faz parte do Projeto "Direitos Humanos e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU: A luta pela redução das desigualdades", vinculado ao Grupo De Estudo e Pesquisa em Direitos Fundamentais e Socioambientais (GEP-DIFUSA).

Em 2015, na 70ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas foram definidos os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que compõem uma Agenda global de desenvolvimento com metas definidas até o ano de 2030, para estimular a ação nas três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental, a fim de realizar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.

Deste modo, torna-se necessário discutir as ações, programas e políticas para prevenção que estão sendo definidas (ou não) pelo Brasil no

131 Graduanda do curso de direito pela PUC-GO, orientanda de Iniciação Científica, cujo projeto está vinculado ao Grupo De Estudo e Pesquisa em Direitos Fundamentais e Socioambientais (GEP-DIFUSA), estagiária na Defensoria Pública do Estado de Goiás.

combate à violência contra meninas para cumprir o ODS 5 – a respeito da Igualdade de gênero e, em específico, as seguintes metas:

> 5.2. Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos.
>
> 5.3. Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (art.227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), adotam o Princípio da Proteção Integral. Além disso, o art. 5º do Estatuto preceitua que "nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais".

Segundo o Relatório Mundial sobre a Prevenção da violência (2014, p. 14), entretanto, "uma em cada cinco meninas sofreu abuso sexual durante a infância; estimativas de alguns países colocam essa proporção mais perto de uma em cada três". Outro dado preocupante refere-se ao Brasil ser o 4º país do mundo em números de meninas casadas com menos de 18 anos, conforme relatório divulgado, em 2017, pelo Banco Mundial, em parceria com a ONU Mulheres e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA).

A escolha temática justifica-se tendo em vista os impactos da violência, da falta de oportunidades, da pobreza e das desigualdades na vida de meninas e adolescentes. Sem dúvida, o casamento infantil é um dos vários obstáculos para se alcançar a igualdade de gênero como propõe a Agenda 2030.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para analisar a Agenda 2030 e as medidas para prevenção e combate à violência contra meninas em relação ao ODS 5, em especial, as metas 5.2 e 5.3 foram utilizadas as contribuições teóricas do Relatório Mundial Sobre a Prevenção da Violência 2014 produzido pela Organização Mundial da Saúde, a qual concedeu tradução e direitos de publicação de uma edição em português para o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

Acrescenta-se, que a pesquisa teve como enfoque o casamento infantil, cujo artigo 1.551, do Código Civil preceitua: "Art. 1.551. Não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez". Cumpre destacar que foram utilizados os resultados apresentados da pesquisa "Ela vai no meu barco" Casamento na infância e adolescência no Brasil, o qual foi produzido por os seguintes autores Alice A. Taylor, Giovanna Lauro, Marcio Segundo e Margaret E. Greene.

METODOLOGIA

Utilizou-se do método hipotético-dedutivo e da pesquisa teórica, por meio de levantamento bibliográfico e análise documental. A partir da Constituição, legislação, relatórios e documentos internacionais, pode-se observar a construção do modelo protetivo adotado pelo Brasil. Além disso, foi feito um estudo da Agenda 2030 e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5. Por fim, foi feito um levantamento de dados secundários a respeito do tema.

Destaca-se o uso da interdisciplinaridade para melhor compreensão do recorte temático e da realização dos objetivos propostos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A priori, o tema explorado tem como desafio realizar um levantamento bibliográfico a partir das publicações, relatórios e legislações mais relevantes para compreender as causas dos diversos tipos de violência contra meninas, como por exemplo, o casamento infantil. Ademais, os dados coletados revelam os traumas que perduram na fase adulta e obstrui o Brasil para alcançar a dignidade da pessoa humana e alcançar os objetivos internacionais traçados para diminuir os números e chegar à erradicação de todas as formas de violência, com maior enfoque à violência sexual, no Brasil 4 meninas de até 13 anos são estupradas por hora, segundo Anuário de 2019 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Por conseguinte, a necessidade da revogação do art. 1.551, do Código Civil, o qual ainda permite antes dos 16 anos o casamento que resultou de gravidez, reconhecido pelas próprias meninas ou familiares como a única solução diante a contextos de insegurança econômica e oportunidades limitadas.

O Relatório Mundial sobre a Prevenção da Violência 2014 apresentou mulheres e meninas lidam com consequências dos atos violentos, os quais são abusos físicos, sexuais e psicológicos, e de negligência e que são carregados quando acontecem ao longo da vida, mesmo com a confidencialidade das entrevistas muitas vítimas preferem calar-se e isso não pode ser captado por estatísticas oficiais.

O Poder Legislativo promulgou a Lei nº 13.431/2017, que humaniza a oitiva de menores vítimas de violência e abuso sexual, cuja criança é ouvida apenas uma vez e na presença do profissional qualificado, isto é, sendo validado como prova antecipada, a eximindo-a vítima de ser ouvidas inúmeras vezes e até sendo desacreditada ou sofrendo maiores transtornos psicológicos. Assim, o Conselho Nacional de Justiça vem sendo adotando esse depoimento especial com base na Recomendação 33/2010, representando um avanço para que os agressores sejam punidos.

CONCLUSÕES

Pode-se observar a necessidade de ser desenvolvido um plano nacional para alcançar os objetivos traçados na ODS 5 e Agenda 2030 quanto à igualdade de gênero e assim atingir uma sociedade igualitária, livre e justa, objetivo da Constituição federal de 1988. Analisou-se os obstáculos enfrentados pelas meninas no Brasil para que possam ter acesso à educação, oportunidades, serem livres para escolherem o melhor para construir seu futuro, distante de problemas que as fazem perder a infância, bem como impedir que sejam vítimas de violências praticadas inclusive por aqueles que deveriam protegê-las.

A responsabilidade para que mudanças ocorram não é apenas do Estado por meio dos Poderes públicos, mas de toda a sociedade em conjunto, para que possamos construir uma realidade em que meninas cresçam livre de violência e da desigualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 abr. 2020.

DIAS, Felipe da Veiga. O estupro de vulnerável na perspectiva da proteção integral de direitos a crianças e adolescentes: a uniformização da interpretação do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Fundamentais Democráticos**, v.23, n.1, p. 134-155, jan./abr. 2018. ISSN 1982-0496.rdfd.v23i1811.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A Agenda 2030**. Disponível em:< https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/ >. Acesso em: 07/04 2021.

ONU MULHERES. **Banco Mundial lança relatório sobre casamento infantil**. 2017. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/noticias/banco-mundial-lanca-relatorio-sobre-casamento--infantil/ Acesso em: fev. 2021.

TAYLOR, A. Y. et al. "Ela vai no meu barco." **Casamento na infância e adolescência no Brasil**. Resultados de Pesquisa de Método Misto. Rio de Janeiro e Washington DC: Instituto Promundo & Promundo-US, 2015.

ASPECTOS GERAIS SOBRE OS ELETRICISTAS À LUZ DOS DIREITOS À SEGURANÇA NO TRABALHO

Jamília Brito Gomes [132]
Luci Mara Bertoni [133]

INTRODUÇÃO

Os eletricistas que trabalham na construção e manutenção de redes de distribuição de energia elétrica são profissionais que devem atuar em áreas de solo ou nível aéreo. Esses profissionais devem planejar, construir, instalar, ampliar e reparar as redes de linhas elétricas de alta e baixa tensão, rede de dados e linhas de transmissão de energia de tração de veículos, instalando equipamentos e localizando defeitos (CBO, 2020).

As atividades desenvolvidas pelos eletricistas de Rede de Distribuição possuem um potencial de alto risco, considerando as informações expostas e seguindo este raciocínio, este trabalho teve por objetivo apresentar as Normas Regulamentadoras no ambiente de trabalho, na sequência apontaremos os fatores de risco que permeia a atividade dos eletricistas apreciando o direito a Segurança no ambiente de trabalho.

132 Doutoranda do Curso de Pós-Graduação em Memória, Linguagem e Sociedade, da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

133 Pós-doutora, Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As normas regulamentadoras em saúde e segurança no trabalho são fundamentadas em normas parecidas com aquelas existentes em países economicamente mais desenvolvidos. Aprovada pelo ministério do trabalho em 8 de junho de 1978, por meio da Portaria MTb n. 3.214, intituladas como NRs, sendo atualizadas para atender as recomendações da Organização Internacional do Trabalho. Considerando a Portaria nº 3.214/1978, foram desenvolvidas 28 Normas Regulamentadoras inicialmente, depois do ano de 2012, foram desenvolvidas mais 09 Normas Regulamentadoras em saúde e segurança no trabalho, são elas: NR-29 a NR-37, conforme apontado pela Escola Nacional da Inspeção do Trabalho – ENIT.

Ao exercer as atividades laborais os trabalhadores estão sujeitos a condições de riscos, sendo eles internos e externos, relatados e não relatados, e essas fontes de riscos podem ser provocadas por aspectos que influenciam a sua condição de saúde. Visando caracterizar os elementos que permeiam neste contexto, prosseguiremos esta discussão destacando a noção de percepção dos riscos no ambiente de trabalho. É pertinente seguirmos com esta discussão, esclarecendo que o risco psicossocial no ambiente de trabalho, se refere a situações que causam interferência na condição de saúde (física e mental) do trabalhador e pode ser fomentado por meio de tensões que envolvem a rotina no trabalho.

Deste modo, a exposição do trabalhador em situações que envolvem riscos psicossociais, pode afetar os resultados no que diz respeito a alta performance, pode gerar acidentes de trabalho e comprometer a saúde do trabalhador de maneira geral (CHAGAS, 2015). Nesta condição, como a exposição a fatores de riscos psicossociais pode comprometer a saúde do trabalhador afetando a condição fisiológica, mental e psicológica, tornou-se um problema que merece atenção, considerando os impactos sociais e econômicos que podem ter. Na sequência, apresentamos o percurso metodológico que utilizamos para o desenvolvimento deste trabalho.

METODOLOGIA

Para a realização deste estudo, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, visando explorar a literatura sobre as temáticas apresentadas.

Inicialmente expomos em um primeiro momento deste texto informações sobre as Normas Regulamentadoras, em seguida, apontamos uma discussão sobre os fatores de risco que permeia a atividade profissional no ambiente laboral, considerando os direitos a segurança no trabalho.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

As Normas Regulamentadoras além de serem utilizadas por profissionais nos locais de trabalho como fonte de consulta e adequação dos postos de trabalho, são usadas por profissionais do Ministério do Trabalho e Emprego, visando impor sanções administrativas e exigindo o cumprimento das práticas de saúde e segurança no contexto de trabalho. Por isso, apresentaremos as Normas Regulamentadoras em saúde e segurança que tem guiado as atividades no ambiente de trabalho.

NR-01 (Disposições gerais), NR-02 (Inspeção prévia), NR-03 (Embargo ou interdição), NR-04 (Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho), NR-05 (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), NR-06 (Equipamento de Proteção Individual), NR-07 (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional), NR-08 (Edificações), NR-09 (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), NR-10 (Segurança em Instalações e Serviços em Eletricidade), NR-11 (Transporte, Movimentação Armazenagem e Manuseio de Materiais), NR-12 (Máquinas e Equipamentos), NR-13 (Caldeiras e Vasos de Pressão), NR-14 (Fornos), NR-15 (Atividades e Operações insalubres), NR-16 (Atividades e Operações perigosas), NR-17 (Ergonomia), NR-18 (Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção), NR-19 (Explosivos), NR-20 (Líquidos e Combustíveis inflamáveis), NR-21 (Trabalho a Céu Aberto), NR-22 (Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração), NR-23 (Proteção Contra Incêndios), NR-24 (Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho), NR-25 (Resíduos Industriais), NR-26 (Sinalização de Segurança), NR-27 (Registro Profissional do Técnico de Segurança do Trabalho no Ministério do Trabalho), NR-28 (Fiscalização e Penalidades, (SANTOS, 2012, p. 35-36).

É valido mencionar que surgiram atualizações destas Normas ao longo do tempo, visando contribuir com a melhoria das condições de trabalho.

Considerando as suas atualizações, destacamos que a Resolução NR-2 foi revogada por meio da Portaria SEPRT n.º 915, nem 30/07/2019, exposta no Diário Oficial da União. Observamos que a Resolução NR-15 teve o anexo 4 de sua composição revogado por meio da Portaria MPTS n.º 3.751, em 23/11/1990 e foi publicado no Diário Oficial da União. Percebemos também que a Resolução NR-27 foi revogada pela Portaria TEM nº 262, de 29 de maio de 2008.

Na sequência, foram criadas novas Normas Regulamentadoras depois do ano de 2012. Por esta razão, recorremos a Escola Nacional da Inspeção do Trabalho – ENIT para identificá-las e apresentá-las. Neste sentido foram criadas as Normas: NR-29 (Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura), NR-30 (Segurança e Saúde no Trabalho Aquaviário), NR-31 (Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura), NR-32 (Segurança e Saúde no Trabalho em Serviços de Saúde), NR-33 (Segurança e Saúde nos Trabalhos em Espaços), NR-34 (Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção, Reparação e Desmonte Naval), NR-35 (Trabalho em Altura), NR-36 (Segurança e Saúde no Trabalho em Empresas de abate e Processamento de Carnes e Derivados), e NR-37 (Segurança e Saúde em Plataformas de Petróleo), (ENIT, 2020).

Considerando os fatores de risco que permeia a atividade dos eletricistas, conforme apontado pela Organização Internacional do Trabalho, o risco psicossocial causa um prejuízo à integridade física ou mental, podendo ser estimado a partir do desenvolvimento de uma lesão, uma patologia, ou acidente de trabalho (OIT, 1984). Desse modo, os eventos que afetam as condições de trabalho devem ser vistos como ponto de atenção para aperfeiçoar os mecanismos e evitar que as condições inseguras comprometam a segurança dos trabalhadores no ambiente de trabalho. Nesta perspectiva, avançando nas reflexões sobre a temática abordada, citaremos a seguir os agentes que contribuem para a determinação de danos ou acidentes no trabalho, considerando a sua natureza psicossocial.

Agente/Risco Biológico, identificado pela cor marrom, pode levar os danos: Alergias, intoxicações e infecções e etc. Agente/Risco Químico, identificado pela cor vermelho, pode levar os danos: Distúrbios neurológicos, hipersensibilidade etc. Agente/Risco Físico, identificado pela cor

verde, pode levar os danos: Lesões oculares, surdez, aumento da pressão sanguínea, secreções anormais, sobrecarga osteomuscular, tensão cardíaca e outras disfunções. Agente/Risco Ergonômico, identificado pela cor amarelo, pode levar os danos: baixa produtividade, ritmos baixos durante o desempenho das tarefas jornada de trabalho inflexível, entre outros. Agente/Risco Psicossocial, identificado pela cor azul, pode levar os danos: Gera ao trabalhador respostas: emocionais (apatia, ansiedade, depressão, alienação), cognitivas (diminuição de percepção), entre outros (ZANELLI; KANAN, 2018).

Diante das informações apresentadas, é preciso considerar as interações entre as organizações de trabalho, o ambiente de trabalho, a cultura e os fatores externos ao trabalho, pois estas variáveis podem estar relacionadas e podem interferir no tipo de respostas e comportamentos desempenhados pelos trabalhadores, inclusive no ambiente de trabalho.

CONCLUSÕES

Considerando os aspectos que envolvem o dia a dia de trabalho dos eletricistas, faz-se necessário refletir sobre as práticas que são conhecidas como novas e velhas, na tentativa de compreender os indicadores relacionados à esfera falta de segurança no trabalho. Salientamos que situações novas poderão surgir, e continuam consideradas, reconhecidas e descritas em trabalhos empíricos, visando apoiar estes profissionais que atuam neste contexto. Conseguirmos cumprir com os objetivos propostos neste trabalho, outros estudos podem ser desenvolvidos destacando a percepção de risco, a negligência, assim como os aspectos que envolvem a Saúde e Segurança, bem como os indicadores que levam ao eletricista não conseguir zelar da própria vida, enquanto exercem as suas atividades laborais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego**. Classificação Brasileira de Ocupação (CBO**). Disponível em: http://cbo.maisemprego.mte.gov.br/cbosite/pages/informacoesGerais.jsf. Acesso em: 18 maio 2020.

CHAGAS, Diná. Riscos Psicossociais no trabalho: Causas e consequências. **Rev. INFAD Revista de Psicologia**. V.2, n.1, p.439-446, 2015. Disponível em: http://www.infad.eu/RevistaINFAD/OJS/index.php/IJODAEP/article/view/24/83. Acesso em: 15 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención. **Serie Seguridad, Higiene y Medicina del Trabajo,** n. 56, 1984. Disponível em: http://www.factorespsicosociales.com/wp-content/uploads/2019/02/FPS-OIT-OMS.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

ZANELLI, José Carlos. KANAN, Lilia Aparecida. **Fatores de Risco, Proteção Psicossocial e Trabalho. Organizações que emancipam ou que matam**. Florianópolis. Editora: Uniplac, 2018.

ENCARCERAMENTO PELA ÓTICA DA ACADEMIA: ANÁLISE DO TRIÊNIO 2017-2019

Monique H. A. Scudino Borges
Eduardo André de Aguiar Lopes

INTRODUÇÃO

De acordo com relatório produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Brasil, no período de julho a dezembro de 2019, registrou 748.009 apenados em unidades prisionais, a maioria, 362.547, no regime fechado, quase a metade do total, correspondente a 48,47%. Diante desta realidade, no último ciclo da Revisão Periódica Universal (RPU), que consiste em mecanismo de avaliação da situação dos direitos humanos nos 193 Estados membros da ONU, foram identificadas diversas violações a direitos humanos das pessoas encaceradas, motivo pelo qual foram expedidas diversas recomendações ao Estado brasileiro.

Nesse cenário, percebe-se que a produção acadêmica nacional referente às questões afetas a essa população apenada além de expor as problemáticas, deve buscar soluções para as violações de seus direitos legais e constitucionais.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Apesar dos diversos diplomas legais – nacionais e internacionais – regulamentando os direitos básicos que devem ser assegurados à população

encarcerada, a realidade à qual estão submetidos os apenados no Brasil passa por problemas como superlotação, falta de limpeza, alimentação inadequada, falta de água potável, abuso sexual, consumo de drogas, falta de segurança (VERÍSSIMO, 2019).

Isso remonta a situações dos suplícios, como "uma produção diferenciada de sofrimento, um ritual organizado para a marcação da vítima e a manifestação do poder que pune" (FOUCAUT, 2018, p. 37), desrespitando a garantia da imposição de penas não cruéis estabelecida no art. 5º, XLVII, e da Constituição Federal.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi uma pesquisa empírica e documental, qualitativa e quantitativa, realizada no banco de teses e dissertações da CAPES, com o objetivo de investigar como se desenvolveu a produção científica nas áreas humanas e sociais sobre o tema encarceramento no triênio de 2017-2019, que corresponde ao terceiro ciclo de revisão periódica da ONU. O termo utilizado para a busca foi "encarceramento" e os resultados foram filtrados pela pertinência a temática dos direitos humanos. A análise dos dados coletados possibilitou o destaque dos seguintes parâmetros: concentração geográfica da produção, áreas do conhecimento que mais se dedicaram ao tema e os assuntos mais analisados em cursos de pós-graduação estrito senso.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A pesquisa realizada no portal da CAPES gerou 272 resultados, dentre os quais foram excluídos 39 por serem relacionados à área da saúde, não guardando pertinência temática ao problema proposto. A partir da análise das 233 pesquisas restantes foi possível realizar as seguintes constatações: os resultados encontrados evidenciam uma predominância de estudos na área jurídica, em detrimento das áreas de sociologia ou antropologia, como se poderia supor. Além disso, um percentual expressivo de trabalhos (45, 39 e 53% respectivamente) foi produzido no âmbito de instituições de ensino localizadas na região Sudeste, o que pode ser justificado pelo maior número de programas de pós-graduação *stricto sensu* nesta

região e também pela grande representatividade da população encarcerada nestes estados (representando 50,83% do total nacional). No que tange à temática abordada, o tema encarceramento feminino destacou-se como o mais explorado, seguido de audiência de custódia.

CONCLUSÕES

Diante do constante crescimento das taxas de população encarcerada nas duas últimas décadas (DEPEN, 2021), e de ser o Brasil o país com a terceira maior população carcerária (CONECTAS HUMAN RIGHTS, 2020), é necessário o engajamento da sociedade para que se discuta sobre o assunto tanto acerca das problemáticas e quanto das soluções, em especial para garantia dos direitos fundamentais das pessoas apenadas. Neste sentido, é importante que a comunidade acadêmica não esteja restrita a questões meramente teóricas relacionadas a temática do encarceramento. A pesquisa científica aliada ao debate teórico tem o potencial de ser agente criador de modificação social.

REFERÊNCIAS

CONECTAS HUMAN RIGHTS. Disponível em: https://www.conectas.org/en/news/brazil-still-has-worlds-3rd-largest-prison-population Acesso em: 8 abr 2021.

DEPARTAMENTO PENINTENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penintenciárias**. jul-dez 2019. Disponível em: https://ap.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9 Acesso: 30 nov 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE EXECUÇÃO PENAL (RBEP). **Dossiê: Organizações Criminosas, Crime, Fronteira e Justiça**, Volume 1, Número 2, p. 1-369, jul-dez. 2020. Disponível em: http://rbep-

depen.depen.gov.br/index.php/RBEP/issue/view/rbepv1n2 Acesso: 26 nov 2020.

VERÍSSIMO, Elza. **O sistema prisional brasileiro como violador dos direitos humanos**. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/76853/o-sistema-prisional-brasileiro-como-violador-dos-direitos-humanos Acesso em: 30 nov 2020.

VISÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS - VOL. 2

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