



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 4**

**V CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020  
ISBN 978-65-89537-04-5

# V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

## ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA  
JÓNATAS MACHADO  
CARLA DE MARCELINO GOMES  
CATARINA GOMES  
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES  
LEOPOLDO ROCHA SOARES  
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO V  
CIDHCoimbra 2020  
VOLUME 4**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**1ª edição**

**Campinas /Jundiaí - SP - Brasil  
Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra  
2021**

© Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra - 2021

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes  
Capa e editoração: João J. F. Aguiar  
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo  
Revisão Geral: Comissão Organizadora do V CIDHCoimbra 2020

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins.

Conselho Editorial Editora Fibra: Dra. Maria Cristiani Gonçalves Silva (INPPDH), Dr. Francisco Evangelista (UNISAL), Ms. Jean Camoleze (CEDEM-Unesp-Casa do Povo), Dr. Jorge Alves de Oliveria (SEE-SP), Dr. Sidnei Ferreira de Vares (UNIFAI), Dr. Thiago Rodrigues (UNIFAI), Ms. Guilherme de Almeida (INPPDH), Dra. Daniela Ferreira (OBVIE-UP-Portugal), Dra. Louise Lima (OBVIE-UP-Portugal), Dr. Emerson Vicente da Cruz (UB/OAC-Barcelona-Espanha).

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9610 de 19/02/1998. Todas as informações contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

As figuras deste livro foram produzidas pelos autores, sendo exclusivamente responsáveis por elas. A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto.

Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato

Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo das mesmas com a obra.

A editora, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que o uso das mesmas resultará no esperado pelo leitor. Caso seja(m) necessária(s), as editoras disponibilizarão errata(s) em seus sites.

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do V CIDHCoimbra 2020 - Volume 4 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021.

414 p. Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-89537-04-5 / 978-65-86051-29-2

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica  
contato@edicoesbrasil.com.br / contato@editorafibra.com.br  
contato@edbrasilica.com.br

**V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar**

13 a 15 de Outubro de 2020 – Coimbra/Portugal

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**VOLUME 4 - Composição dos Simpósios:**

<p style="text-align: center;"><b>Simpósio n.º. 20</b></p> <p style="text-align: center;">EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS DAS COLETIVIDADES E DAS PESSOAS VULNERÁVEIS: BRASIL, PORTUGAL E PAÍSES EMERGENTES</p> <p><b>Coordenadores:</b> Regina Vera Villas Bôas e Flávia Soares de Sá Neves</p>
<p style="text-align: center;"><b>Simpósio n.º. 21</b></p> <p style="text-align: center;">DIREITOS HUMANOS, GRUPOS VULNERÁVEIS E VIOLÊNCIAS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Sheila Marta Carregosa Rocha e Adriana Hartemink Cantini</p>
<p style="text-align: center;"><b>Simpósio n.º. 22</b></p> <p style="text-align: center;">(IN)EFETIVIDADE DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS</p> <p><b>Coordenadores:</b> Artenira da Silva e Silva e Patrícia Tuma Martins Bertolin</p>

**ISBN: 978-65-89537-04-5**

**COMISSÃO CIENTÍFICA DO V CIDHCOIMBRA 2020:**

**Membros Titulares:**

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Mestre César Augusto Ribeiro Nunes; e Mestre Leopoldo Rocha Soares.

**Membros Convidados:**

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Prof. Doutor Rafael Mário Iorio Filho; Profa. Dra. Alessandra Benedito; Profa. Dra. Aparecida Luzia Alzira Zuin; Prof. Mestre Alexandre Sanches Cunha; Profa. Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

# SUMÁRIO

Apresentação .....	9
O Caráter Constitucional dos Tratados de Direitos Humanos de Grupos Vulneráveis e a Efetividade das Decisões das Cortes Internacionais no Brasil .....	11
Gustavo Rodrigues Vêras	
A Efetividade dos Direitos Humanos Diante do Constitucionalismo Brasileiro ...	20
Iago de Souza Marconi e Luiz Nunes Pegoraro	
A População de Rua no Brasil: a invisibilidade de seus direitos .....	33
Carolina Lazzaro Barbosa	
A Relevante Atuação das APAEs em Prol da Efetividade de Direitos Humanos e Fundamentais da Pessoa com Deficiência Intelectual e Múltipla no Brasil.....	44
Elizabete Aparecida Pereira	
A Vulnerabilidade e a Exclusão do Idoso na Sociedade Contemporânea.....	55
Odete Novais Carneiro Queiroz e Leo Benjamin Fischer	
A Harmonia nas Relações de Consumo, suas Vulnerabilidades e os Impactos Sofridos pela Pandemia de Covid-19.....	70
Giovana Tognolo Vilela Macedo e Tiago Cappi Janini	
As Técnicas Processuais e Extraprocessuais de Tutela da Coletividade Como Instrumento Garantidor dos Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de Covid-19: a importância da tutela de urgência para o acesso efetivo à justiça.....	81
Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda	
A Aplicação da Medicina “De Catástrofe” em Tempos Pandemia de Covid-19 e a Proteção do Idoso no Contexto Constitucional Brasileiro .....	95
Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco e Ana Maria Viola Sousa	
A Saúde no Sistema Prisional Brasileiro e os Direitos Fundamentais dos Encarcerados Vulneráveis em Tempos da Pandemia de Covid-19 .....	107
Tereza Serrate de Campos e Leandro Abdalla Ferrer	
O Direito Fundamental à Saúde do Jogador de Futebol: Situações de Vulnerabilidade em Tempos de Covid-19 .....	117
Higor Marcelo Maffei Bellini	
A Interdisciplinariedade e a Transdisciplinariedade Como Ferramentas de Combate as Vulnerabilidades da Juventude .....	124
Marlisa Ramos de Oliveira e Ludimila Poirier	

ENEM, Pandemia e Acesso ao Ensino Superior: a juventude brasileira em situação de vulnerabilidade .....	135
Grasiele Augusta Ferreira Nascimento e Raíssa Stegemann Rocha Creado	
A Efetiva Inclusão da Pessoa com Deficiência na Escola: Direito Humano e fundamental constitucionalmente previstos.....	146
Deborah Regina Lambach Ferreira da Costa e Priscila Lambach Ferreira da Costa	
A Subjetiva Efetividade do Direito Humano e Fundamental à Educação da População de Baixa Renda Brasileira.....	158
Carolina Pavese Barbosa Machado	
A Efetivação dos Direitos Fundamentais das Crianças e dos Adolescentes e o Potencial Aumento do Abuso Sexual Durante a Pandemia de Covid-19 .....	169
Fabiana Mancilha Bernardes	
Crianças e Adolescentes Vulneráveis: responsabilidade civil dos pais e do Estado em tempos de pandemia de covid-19 .....	181
Marianna Arbia e Lino Rampazzo	
Desigualdade de Gênero, Educação e Direitos Humanos .....	190
Amanda Cristina Laurindo Fernandes e Antovanni Fernandes Lopes	
Direitos Humanos de Grupos Vulnerabilizados à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: rumo a um constitucionalismo regional transformador na América Latina?.....	201
Isabella Faustino Alves	
Direitos Humanos e a População de Rua – O Direito ao Trabalho Como Mecanismo de Efetivação dos Direitos Humanos da Pessoa em Situação de Rua.....	214
Lucas Cerqueira Moreira Montal e Renzo Edward Pegoraro Bedetti	
Crianças e Adolescentes, Hipervulnerabilidade e Efetividade dos Direitos Fundamentais na Pandemia .....	225
Michel Ernesto Flumian	
Direito e Desigualdade no Brasil em Pandemia.....	239
Francis Ted Fernandes	
A Reificação nas Relações Domésticas: uma análise do estupro conjugal no Século 21 .....	251
Maria Eduarda Pereira Prado da Costa	
Direito a Ter Direito: os direitos fundamentais na realização do bem comum ....	260
Mário Lúcio Quintão Soares e Angela Maria Valentino Campos	

O Direito Humano à Água Potável e Sua Interdependência a Outros Direitos Humanos: a particular relação com os direitos à saúde e não-discriminação dos povos indígenas no contexto pandêmico em Mato Grosso do Sul.....	272
Pedro Gabriel Siqueira Gonçalves	
Fiscalização de Políticas Públicas para Mulheres pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil.....	286
Rita de Cássia Krieger Gattiboni	
Intervenção com Autores de Violência Doméstica Contra Mulheres: a experiência do Projeto Paralelas – Traçando Novos Caminhos.....	300
Fernanda Proença de Azambuja e Luciana do Amaral Rabelo	
Violência Psicológica: condição para a violência física contra a mulher.....	314
Rayssa de Sales França	
A Violência Obstétrica no Parto e os Obstáculos à Efetivação da Responsabilidade Jurídica Devida.....	325
Vânia Alexandra dos Santos Simões e Yasmin Faissal Nogueira	
A Violência de Gênero e a Apatridia como Fatores Decorrenciais do Fenômeno Das Mulheres Refugiadas.....	336
Maria Eduarda Mendes Carneiro	
Nation in Transit: the rollback of fundamental freedoms for vulnerable groups in Hungary.....	347
Adrienne Komanovics	
Violência de Gênero, Doméstica e Familiar: uma análise da perspectiva da criminologia feminista.....	361
Ilka Maria de Barros Corrêa Ferreira Lima	
A Violência Institucional Cometida Pelo Poder Judiciário do Maranhão no Combate à Violência de Gênero.....	374
Danielle Pires de Souza Menezes	
Negritude Feminina Como “Start” na Reprodução do Racismo Virtual.....	384
Waleska Miguel Batista	
Coronavírus: desmascarando a fiança como instrumento para prender o pobre.....	393
Sattva Batista Goltara e Valdir Vieira Júnior	
O Duplo Abandono Vivenciado pelas Mulheres Encarceradas em Tempos de Pandemia.....	406
Julia de Albuquerque Barreto e Juliana Santos Garcia	

## APRESENTAÇÃO

Os Anais de Artigos Completos do *V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra (V CIDHCoimbra 2020)* correspondem à publicação mais destacada deste evento internacional, realizado em sua última edição entre os dias 13 e 15 de outubro de 2020, no auditório da Reitoria da Universidade de Coimbra – UC. Reúnem-se nestes 09 volumes que apresentamos à comunidade acadêmica o total de 339 artigos científicos, todos eles elaborados e apresentados pelos/as participantes inscritos/as no evento e que cumpriram, exitosamente, um rigoroso processo de seleção dos seus respectivos resumos. Todos os volumes desta publicação compreendem os 46 Simpósios sobre Direitos Humanos que se realizaram, pela primeira vez na trajetória do Congresso, de forma remota por intermédio de uma plataforma de videoconferência. A realização dos Simpósios *Online*, por sua vez, se deu em razão das exigências mundiais que se criaram após a declaração de Pandemia de COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde - OMS, em especial a necessidade de isolamento social e de adoção de medidas de restrições para deslocamento de pessoas com propósito de evitarmos a disseminação de um vírus letal e massivo.

A atual crise mundial causada pela pandemia de COVID-19 colocou em evidência maior o tema dos Direitos Humanos e, particularmente, a urgência de aprofundarmos o debate e a pesquisa acerca da insuficiente efetivação desses direitos em todo o globo. Tornou mais evidente, ainda, a fragilidade do humano e o insucesso dos atuais modelos produtivos de exploração dos recursos naturais da Terra. Enquanto alguns grupos podem aproveitar de uma certa segurança, alcançada por privilégios que possuem em razão de adquirirem determinados bens ou por acessarem determinadas políticas, outros contingentes de pessoas são submetidos a degradantes condições de vida, sem acesso a recursos mínimos para sua sobrevivência.

A partir da leitura dos diferentes trabalhos agregados a esta publicação, temos clareza de que nos diversos países do globo foram decretadas diferentes quarentenas e, conseqüentemente, alcançados diferentes resultados. Isto se deve ao fato de permanecer vital para os países em questão o desafio de superarem as desigualdades sociais e econômicas que continuam presentes, bem como os remanescentes efeitos históricos de discriminação que atingem grupos e pessoas em razão da sua raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, etc. Pelo ritmo acelerado de destruição da natureza, pela escandalosa concentração de

riqueza, pela extrema desigualdade social e pelo desprezo pela condição humana, a realidade evidenciada pela pandemia de COVID-19 exigiu de toda a comunidade global dispense esforços para evitar uma maior catástrofe humanitária e ambiental.

Diante deste cenário, a realização do V CIDHCoimbra 2020 marcou uma posição consciente e coletiva de entidades, pesquisadores, estudantes e profissionais com atuação no campo dos Direitos Humanos que se comprometem as ações de garantia desses direitos, ainda que em contextos sociais, econômicos, culturais e políticos diferentes. Em outras palavras, os destacados artigos reunidos nesta publicação serão para sempre reconhecidos como um marco importante para a história do Congresso, uma vez que reúnem textos propositivos e críticos acerca do atual momento da pandemia de COVID-19, em especial os seus efeitos para o tema dos Direitos Humanos.

Por fim, nosso registro especial de agradecimento as equipes de trabalho que formam as entidades realizadoras do Congresso de Portugal e do Brasil, respectivamente o *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC/ Centro de Direitos Humanos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos – INPPDH, sediado na cidade de Campinas-SP. Além desses colaboradores, a Comissão Organizadora do Congresso exalta o trabalho comprometido e dedicado dos/as pesquisadores/as que atuaram como Coordenadores dos inúmeros Simpósios oferecidos neste ano de 2020 e que, para nossa realização, formaram a maior edição do Congresso, mesmo com todos os desafios impostos pela pandemia global. Da mesma forma, os nossos agradecimentos a todos/as os/as participantes que prestigiaram e que contribuíram com sua atuação para que o Congresso alcançasse ainda mais destaque internacional. Esperamos que essa publicação possa servir de fonte e inspiração para novas e qualificadas pesquisas sobre Direitos Humanos.

Comissão Organizadora  
V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma  
visão transdisciplinar

# O CARÁTER CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS E A EFETIVIDADE DAS DECISÕES DAS CORTES INTERNACIONAIS NO BRASIL

**Gustavo Rodrigues Vêras**

Mestrando em Direito com foco em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## **Resumo:**

O objeto central da presente pesquisa é refletir sobre os Tratados de Direitos Humanos no Brasil, apreciando o seu caráter constitucional e sobre a influência da prática do ativismo judicial na efetividade dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis. Revela a pesquisa que o sistema especial de Direitos Humanos surgiu da necessidade da criação de Tratados que visassem a defesa de direitos de grupos específicos, por meio de demandas específicas. A pesquisa se vale do método de revisão da literatura, observando doutrina, jurisprudência, legislação, tratados internacionais, entre outros documentos que tratam das temáticas enfrentadas. O estudo arrola demandas que chegam ao Poder Judiciário, questionando a constitucionalidade de ações relacionadas aos direitos de grupos vulneráveis, situações estas, que são levadas ao Supremo Tribunal Federal, que se torna protagonista de decisões reguladoras de políticas públicas, levantando, então, questionamentos sobre o ativismo judicial.

**Palavras-chave:** Tratados; STF; Vulnerabilidade; Direitos Humanos; Constitucionalismo.

## **O Direito dos Grupos Vulneráveis e o Sistema Especial de Direitos Humanos**

Os direitos humanos são regidos por uma lógica universal, firmada pela sociedade internacional dos direitos humanos após os horrores da segunda guerra mundial. Os direitos universais foram fixados em um primeiro momento na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A partir deste texto, diversos outros documentos passaram a ser redigidos com o objetivo de se determinar os direitos mínimos necessários para a dignidade da pessoa huma-

na.

O sistema especial de direitos humanos surgiu da necessidade da criação de tratados que visassem à defesa de direitos de grupos específicos, com demandas específicas. Tal sistema é um conjunto de documentos criados pela sociedade internacional de direitos humanos, cujo objeto é a proteção de direitos de grupos considerados em estado de vulnerabilidade por peculiaridades específicas.

Sobre a vulnerabilidade, Paula Regina Pereira dos Santos Marques Dias nos explica que:

O estado de vulnerabilidade é medido de acordo com as circunstâncias em que este grupo se encontra, como discriminação de cor, raça e etnia, alcançadas por construções históricas; discriminação e vulnerabilidade em razão de condições físicas, como a mulher, os deficientes, os idosos, as crianças; estado de vulnerabilidade em razão de situação premente de tortura, como os presos, entre outros.<sup>1</sup>

Neste contexto foram concebidos importantes tratados internacionais visando a proteção de grupos em estado de vulnerabilidade, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 2001, entre diversos outros documentos que tratam da defesa de grupos vulneráveis.

A observância das vulnerabilidades impostas a estes grupos é necessária para se entender a igualdade que se busca alcançar quando da criação de dispositivos especiais para cada um deles. Os meios para tal são as ações afirmativas, ou seja, formas de atuação ativa do poder público para corrigir as desigualdades e sanar as condições de vulnerabilidades destes grupos específicos.

No Brasil, segundo o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional 45, os tratados internacionais de direitos humanos, inclusive aqueles que defendem grupos vulneráveis, possuem caráter de emendas constitucionais. Ainda que haja leis internas que regulem as políticas voltadas para estes grupos, seu texto deve estar de acordo com os tratados.

Neste ponto, é muito comum que chegue ao judiciário, demandas questionando a constitucionalidade de ações voltadas a grupos vulneráveis, momento no qual o Supremo Tribunal Federal torna-se protagonista, muitas vezes regulando políticas públicas através de suas decisões.

---

<sup>1</sup> dos Santos Marques, P. R. P., & Soares, Z. T. (2014). < b> O Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos: A Busca Pela Igualdade e o Respeito à Diferença. Iniciação Científica Cesumar, 16(1).

## O Constitucionalismo Contemporâneo

Antes de debruçarmo-nos na natureza dos tratados internacionais em nosso sistema constitucional, essencial se faz entender o atual momento das constituições no mundo contemporâneo.

O constitucionalismo contemporâneo tem como grande marco histórico o período pós-segunda guerra mundial, decorrente da mudança de paradigma democrático e de direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Tal mudança se deu com a queda dos regimes totalitários que, além de relativizarem princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, também se basearam na “coisificação” de determinados grupos para estabelecer políticas de exclusão, segregação e massacres.

Neste particular, importante se faz destacar que antes mesmo das políticas anti-semitas promovidas pelo regime nazista, já se realizavam na Alemanha, políticas de eliminação de indivíduos com traços indesejados, através da regulamentação da desumanização da pessoa com deficiência.

Antes mesmo do período que compreende a segunda guerra mundial, o regime de *Adolf Hitler* criou a medida chamada *Aktion T4*, que consistia na legislação da eutanásia das crianças que manifestassem características físicas indesejáveis. A medida instituiu clínicas para a realização dos procedimentos e incentivou os familiares a entregarem aqueles que fossem considerados obstáculos da purificação do povo alemão. Estima-se que as pessoas com deficiência, desumanizadas pelas políticas do regime nazista, vítimas de execução, superaram o número de 300 mil.<sup>3</sup>

Com o objetivo de evitar que regimes democraticamente eleitos adotassem políticas de relativização da humanidade de grupos de indivíduos, da maneira feita pelo regime nazista, as constituições europeias a partir dos anos 50 passaram a reconhecer os direitos universais e fundamentais que passaram então a ser regulados também no âmbito internacional.

Na Alemanha foi elaborada a nova constituição, a Lei Fundamental de *Bonn*, em 1949, e posteriormente foi criado o Tribunal Constitucional Federal, em 1951. O papel entregue a corte constitucional de ponderar a constitucionalidade dos atos dos poderes públicos inspirou o sistema constitucional ocidental ao longo do século XX, com destaque para a constituição italiana de 1947 e a criação da corte constitucional em 1956.<sup>4</sup> Foram estes documentos, assim como as demais constituições elaboradas ao longo do último século que inspiraram a atual constituição brasileira, uma das mais inovadoras.

2 BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Themis: Revista da ESMEC, 4(2), 13-100. p. 03, 2016.

3 FETSCHER, S.; LIFTON, Robert Jay: **The Nazi Doctors, Medical Killing and the Psychology of Genocide**. New York (Basic Books) 1986. Geb., 500 Sei. Psyche, 42(4), 1988.

4 BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Themis: Revista da ESMEC, 4(2), 13-100. p. 03, 2016.

## Direitos Fundamentais na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em meio a inovações no constitucionalismo global. Assim como na Europa a partir dos anos 50, as constituições latino-americanas passaram a consagrar um rol amplo e não exaustivo de direitos e garantias fundamentais nos períodos de transição após o fim de seus regimes autoritários.

Dentre as muitas conquistas do novo modelo constitucional, destacam-se, além do rol de direitos e garantias fundamentais, a atribuição, ou ampliação do poder de interpretação constitucional por parte das cortes supremas, através das ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade; e a previsão expressa da aplicação de dispositivos internacionais de direitos humanos no regime interno, quando estes forem assinados pelo Estado.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 reconhece que os direitos fundamentais não advêm apenas do texto constitucional, mas também podem ser ampliados por tratados internacionais. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal determina a ampliação do rol de direitos fundamentais através de tratados internacionais. Já os §3º e 4º, incluídos através da emenda constitucional nº 45 de 8 de dezembro 2004 preveem o caráter constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados por quórum de emenda constitucional e a submissão do Estado Brasileiro à jurisdição de Tribunal Penal Internacional cuja criação tenha manifestado adesão.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais, principalmente aqueles que versam sobre direitos humanos, devem ser interpretados através dos dispositivos acima indicados. E foi neste contexto que foi assinado o decreto Nº 4.463, de 8 de Novembro de 2002, onde houve o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. Assim, conforme nos explicam Luiz Guilherme Conci e Marina Faraco:

Tal reconhecimento operou, de um lado, a adesão do Brasil à competência julgadora da corte IDH, permitindo que seja perante ela demandado e, de outro, a própria ampliação do bloco de constitucionalidade brasileiro, ao tornar sua jurisprudência vinculante não apenas para a interpretação das Constituições, como também para a própria formação do paradigma de controle concentrado de constitucionalidade.<sup>5</sup>

Assim, reconhece-se a força jurídica vinculante e obrigatória das decisões CIDH, cabendo ao Brasil seu imediato cumprimento, em caso de sentença que fixar alguma compensação, o documento terá validade de título exe-

---

5 CONCI, L.G.A e FARACO, M. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. CLEVE, C. M. et al. (Org). **Jurisdição Constitucional em Perspectiva**. Revista dos Tribunais., p.98-99, 2020.

cutivo internamente<sup>6</sup>.

## Bloco de Constitucionalidade

No constitucionalismo contemporâneo, plural e transnacional, o juiz constitucional precisa iniciar um diálogo com juízes de diferentes Estados, sobre isto, o eminente sociólogo do direito Alberto Febbrajo, nos explica: *O diálogo entre juízes de diferentes estados, cujo efeito é a criação de uma lei autoimposta sobre a base das relações juiz a juiz, de acordo com uma Constituição material percebida muito além de um território.*<sup>7</sup>

O juiz constitucional está na posição de interpretar a constituição para além do texto constitucional, ele deve considerar todas as mudanças do sistema transnacional no qual o Estado já está inserido. Este é o caso do Brasil. Compreendendo o papel de nossa magna carta na defesa dos direitos fundamentais, inclusive daqueles previstos e regulados por documentos internacionais, concluímos que a jurisdição constitucional deve atuar ativamente nos casos onde estes direitos são violados ou ameaçados.

Assim como a constituição é o instrumento mais político do sistema jurídico, e o instrumento mais jurídico do sistema político, as cortes constitucionais são os órgãos mais políticos do sistema jurídico e os órgãos mais jurídicos do sistema político<sup>8</sup>. O que permite essa constante evolução em suas decisões.

Partindo desta reflexão, observamos alguns fenômenos advindos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que trazem questionamentos em diferentes direções, sempre colocando a efetividade da atividade jurisdicional constitucional em xeque, seja por excesso de atuação, seja pela omissão da corte na adoção de determinados dispositivos.

Caso envolvendo o grupo vulnerável das pessoas com deficiência, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357, demonstra a importância da interpretação da constituição alinhada com dispositivos de direito internacional. A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, entendendo que os artigos 28 e 30 da Lei Brasileira de Inclusão, com redação referente à Convenção Internacional Sobre o Direito da Pessoa com Deficiência, violam a previsão do artigo 208, inciso III da Constituição Federal, apresentou a referida ADI5357 perante o Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Edson Fachin, acompanhado de todo o plenário, com exceção do Ministro Marco Aurélio, votou pela constitucionalidade dos artigos 28 e 30 da LBI. Em seu voto, o Ministro Relator dissertou sobre a edição do decreto que aprovou a inclusão da Convenção Internacional Sobre o Direito da Pessoa com Deficiência:

6 PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**. Saraiva Educação SA. p. 171, 2019.

7 FREBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Juruá Editora. p. 78, 2016.

8 FREBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Juruá Editora. p. 79, 2016.

A edição do decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere status equivalente ao de emenda constitucional, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e compondo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio.

Cabe destacar que esta decisão adota o entendimento da existência de um bloco de constitucionalidade.

Se por um lado, o STF começa a reconhecer a existência de um bloco de constitucionalidade em decisões que envolvem tratados internacionais, o mesmo não se pode dizer sobre decisões que tratam de assuntos relativos à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Quando se trata da adoção de precedentes da corte internacional, não há uma harmonia nas decisões.

No julgamento Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, ocorrido em 2010, o STF reconheceu a constitucionalidade da lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979, a Lei da Anistia, apesar de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ter fixado o entendimento em reiterados julgamentos no sentido da impossibilidade da autoanistia.

Por outro lado, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, que tratou da equiparação da violência movida pela intolerância à liberdade de gênero da população LGBTQI+, o STF reconheceu a vinculação do nosso sistema constitucional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, utilizando-se da interpretação da corte sobre as cláusulas do Pacto de San Jose da Costa Rica para compreender o compromisso do Estado brasileiro com a proteção estatal ao direito e à liberdade de gênero. Deste julgado é importante destacar:

No âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou a decisão na Opinião Consultiva OC-24/17, já referida nesta manifestação, na qual assentou, de forma bastante sensível, que toda pessoa tem o direito de ser reconhecida como única e distinta das demais. Afirmou, ainda, que “consolidar a individualidade da pessoa frente ao Estado e à sociedade implica possuir a legítima autoridade para definir a exteriorização de suas convicções mais íntimas” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, para. 91, tradução livre). A Assembleia Geral das Nações Unidas, por sua vez, reconheceu que essa formulação da Corte Interamericana é representativa dos direitos assegurados na Declaração Universal de Direitos Humanos (A/73/152, par. 20). Sendo, portanto, atentatória ao direito à igual dignidade, a discriminação homo e transfóbica é incompatível com o Estado de Direito e reclama, por expressa incidência do art. 5º, XLI, da CRFB, punição da lei. A questão que se apresenta nesta ação objetiva, para além de reconhecer se é ou não atentatória aos direitos fundamentais a discriminação baseada na orientação sexual e na identidade de gênero, é saber se há, no art. 5º, XLI, da CRFB, um mandado específico de criminalização. A res-

posta é afirmativa. Conquanto sejam raros os precedentes que examinaram o conteúdo do dispositivo constitucional, há, na jurisprudência desta Corte e na das organizações internacionais de direitos humanos, um nítido mandado de criminalização das manifestações homofóbicas. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal emerge a orientação segundo a qual alguns bens jurídicos estão a merecer proteção penal do Estado. Da jurisprudência dos organismos internacionais, a de que entre esses bens está a proteção contra a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Apesar da direta referência ao antecedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não se observa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 o reconhecimento, nem sequer uma referência de um bloco de constitucionalidade composto também pela jurisprudência internacional.

Conforme demonstrado anteriormente, já há o reconhecimento, advindo do decreto Nº 4.463, de 8 de Novembro de 2002, da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, contudo, poucas foram as decisões do STF que fizeram direta referência à jurisprudência do órgão internacional. Foram apenas 28 decisões, e destas, apenas cinco realmente se valeram dos antecedentes criados pela CIDH. Na maioria dos acórdãos, a citação da jurisprudência da CIDH, não foi adotada para efetivamente construir o arcabouço legal que construiu a decisão, e sim apenas como mero instrumento argumentativo, sem vinculação direta entre os antecedentes e a decisão final<sup>9</sup>.

Assim como as decisões da Corte Interamericana de Direitos humanos, o Supremo tribunal Federal costuma citar a jurisprudência de outras cortes internacionais, como a Corte Européia de Direitos Humanos. Ocorre que, na maioria dos casos, não há a intenção do relator de se comprometer diretamente com a jurisprudência internacional citada no texto do acórdão. Desta maneira, o STF evita se comprometer diretamente com as diretrizes da justiça internacional de Direitos Humanos, ainda que seja regido pelos mesmos princípios que as regem.

## Conclusão

A efetividade dos tratados e convenções internacionais constantemente encontra obstáculos no sistema constitucional brasileiro e, apesar de ainda haver setores resistentes à adoção de dispositivos internacionais em nosso ordenamento, cada vez mais o poder judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, reconhece sua aplicabilidade.

O mesmo não se pode falar da interação entre cortes. O entendimento de que existe um bloco de constitucionalidade que transcende o texto da

<sup>9</sup> CONCI, L.G.A e FARACO, M. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. CLEVE, C. M. et al. (Org). **Jurisdição Constitucional em Perspectiva**. Revista dos Tribunais. p. 107, 2020.

Constituição, adotado em diversos países, ainda não vingou plenamente na jurisprudência do STF. Apesar de se identificar um bloco de constitucionalidade, formado pela carta constitucional e por tratados internacionais de direitos humanos, este ainda não inclui as cortes internacionais.

Nas últimas décadas, desenvolveu-se um constitucionalismo plural e transnacional. Neste mesmo período, o protagonismo das cortes constitucionais se evidenciou. Com estes fatos, a pressão da sociedade perante as decisões do STF aumentou exponencialmente, gerando cobranças que inclusive contrariam os princípios regentes da Constituição, dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência das cortes internacionais.

Ainda assim, a tendência é de que haja maior inclusão entre os ordenamentos constitucionais e os documentos internacionais, e conseqüentemente, entre as cortes constitucionais e as internacionais. Ainda que haja resistência, é possível observar este fenômeno através da normatização da União Europeia, cuja comunidade caminha para uma unidade em uma Constituição Europeia<sup>10</sup>. Ainda que muitas questões devam ser ponderadas a respeito, cada vez mais fala-se na concepção de uma Constituição Global<sup>11</sup>.

Ainda que haja no mundo ocidental uma tendência nas democracias de harmonização com as cortes internacionais, no Brasil, resta ao Supremo Tribunal Federal tornar isto claro. A jurisprudência da CIDH não pode ser mero complemento argumentativo. Não há prejuízos para a soberania nacional na harmonização de nosso sistema constitucional, logo, na ampliação do bloco de constitucionalidade. Pelo contrário, o constitucionalismo brasileiro se reforça com a interação entre as cortes. Todos os órgãos, tratados e decisões têm como norte maior, assim como nossa Constituição, a dignidade da pessoa humana.

## Referências

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Themis: revista da ESMEC, 4(2), 13-100, 2016.

CONCI, L.G.A e FARACO, M. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. CLEVE, C. M. et al. (Org). **Jurisdição Constitucional em Perspectiva**. Revista dos Tribunais, 2020.

DOS SANTOS MARQUES, P. R. P., & SOARES, Z. T. **O Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos: A Busca Pela Igualdade e o Respeito à Diferença**. Iniciação Científica Cesumar, 16(1), 2014. Disponível em <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/iccesumar/article/view/3319/2250>>Consultado em 17 de novembro de 2017.

10 FERREIRA, A. C. **Sociologia das Constituições-Desafio crítico ao constitucionalismo de exceção**. Vida Economica Editorial, 2019.

11 GOUVEIA, J. B. A Constituição Global. PORTELA I. M. (Org). **Os Novos Horizontes do Constitucionalismo Global**, 2017.

- FERREIRA, A. C. **Sociologia das Constituições-Desafio crítico ao constitucionalismo de exceção**. Vida Economica Editorial, 2019.
- FREBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Juruá Editora, 2016.
- FETSCHER, S. **Lifton, Robert Jay**: The Nazi Doctors, Medical Killing and the Psychology of Genocide. New York (Basic Books) 1986. Geb., 500 Sei. Psyche, 42(4), 1988.
- GOUVEIA, J. B. A Constituição Global. PORTELA I. M. (Org). **Os Novos Horizontes do Constitucionalismo Global**, 2017.
- PAES, J. E. S., & SANTOS, J. E. S. **STF X CIDH**: ecos de uma crise do Estado e do próprio Direito. Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC, 10(1), 2015.
- PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**. Saraiva Educação AS, 2019.
- RAMOS, A. D. C. **Curso de direitos humanos**. Saraiva Educação AS, 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357** (2015).
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26** (2013).
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. (2010)
- UPRIMNY, R. **Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal**, 2006. Recuperado de <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clas1Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>, 33.

# A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DIANTE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

**Iago de Souza Marconi**

Graduando do 4º ano do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino

**Luiz Nunes Pegoraro**

Pós-doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra; Doutor em Ciências da Reabilitação pela USP; Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino e Especialista em Direito Público pela ITE; Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE), onde leciona de Direito Administrativo e Constitucional. Professor na Faculdade Itana de Botucatu; Integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru

## **Resumo:**

Diante do questionamento acerca de o que se fazer para garantir a efetividade dos direitos do cidadão constitucionalmente resguardados e impedir uma iminente crise do estado garantista, mormente no tocante ao direito à educação e cidadania; com o método hipotético-dedutivo, bem como dialético e sob o viés metodológico do *neoconstitucionalismo*, o texto aborda a tríplice base do Direito (sociológica, filosófica e dogmática), além de buscar introduzir o Constitucionalismo cooperativo e o Estado de Coisas Inconstitucional como meio de efetivação do texto constitucional no romper da pós-modernidade. Os acontecimentos recentes da pandemia provocada pela covid-19 reforçam a ideia de que fluidez, a instantaneidade e a dinamicidade marcam os “novos tempos” e exigem do Judiciário uma postura ativa e dialógica. O marco da racionalidade faz-se presente como forma de promover a validade e a efetividade dos direitos previstos na Constituição Federal, sendo a filosofia usada como base para uma nova visão hermenêutica do Direito.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Neoconstitucionalismo; Racionalidade; Constitucionalismo cooperativo; Estado de Coisas Inconstitucional.

## **Introdução**

Há muito tempo se observa a precariedade da prestação de direitos fun-

damentais no Estado Brasileiro. Todavia, nos tempos da pandemia causada pelo novo coronavírus, a questão da cidadania torna-se um ponto de discussão latente.

Pesquisas avançam para encontrar meios de controlar o quadro infeccioso e prestar efetivo atendimento aos contaminados. É neste ínterim que a parcela vista à margem da cidadania plena é exposta de forma nunca antes vista, já que a necessidade de assistência social e educacional são cada vez mais urgentes. É dever do Estado e direito subjetivo do cidadão ter a vida garantida por meio de políticas públicas eficientes.

Os direitos fundamentais devem ser analisados na vigência da modernidade, sob o prisma dos marcantes acontecimentos nas vertentes sociológica, filosófica e jurídica, de modo que a atualidade possa promover meios de efetivar a prestação estatal da própria vida digna do cidadão.

Desta forma, os olhares se voltam para o seio social, o qual é inegavelmente afetado por fatores como a Modernidade Líquida, o Neoconstitucionalismo e a problemática da racionalidade. Por meio do método hipotético-dedutivo, assim como sob o ponto de vista dialético, a presente pesquisa pretende demonstrar e explicar os fatores modernos que contribuem para uma visão completa acerca da efetividade dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que buscam integrar o sujeito na sociedade enquanto cidadão.

O que se pode *a priori* observar é que com a Modernidade líquida, os paradigmas nos quais a sociedade era fundada passaram a ser remodelados e a segurança para a condução de tal modulação coube ao Direito, mais especificamente ao ordenamento jurídico com destaque para a Constituição Federal. A inclusão de normas de maior abstração e conteúdo principiológico com correspondência na Moral e na Ética passou a desmistificar o entendimento acerca da efetividade de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana. Essa construção gradual e possível retorno a pilares encontrados analogicamente no *iusnaturalismo* caracterizam o chamado neoconstitucionalismo.

Por fim, tendo como pano de fundo a reconstrução do arcabouço principiológico social e sua recondução ao mais alto paradigma do ordenamento jurídico, as normas de alto caráter axiológico passaram a ser questionadas quanto à possibilidade de sua efetividade enquanto mero norte para o Estado Democrático de Direito. O citado questionamento é então explicado pela questão da racionalidade encontrada na Teoria do Agir Comunicativo, e complementada pela visão da Argumentação Jurídica no Discurso Racional. O binômio validade x efetividade é realçado nas entrelinhas de temas como a reserva do possível e a separação de “poderes”, culminando na proposição de medidas pouco convencionais para sanar a inércia estatal na prestação de direitos ao povo do Estado Brasileiro.

Diante da falha na efetivação de direitos básicos durante a pandemia provocada pelo novo coronavírus, o trabalho apresenta duas propostas de intervenção: (I) o constitucionalismo cooperativo, como forma de reforçar o

diálogo institucional entre os entes da Federação; o que inclusive tem sido observado com resultados positivos; e (II) em último caso, a interferência do Poder Judiciário com a aplicação da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional.

## O Constitucionalismo Moderno

O século XXI é marcado principalmente pelo amadurecimento das teorias constitucionais iniciadas no séc. XX, como a evolução do Estado Social, por exemplo. Diversos fatores são invocados para explicar a produção jurídica e a (re)estruturação social nos últimos anos, mormente no Brasil, cuja forma de um Estado Democrático de Direito possibilita a ampla proteção de Direitos Humanos de seus cidadãos e um crescente diálogo com a sociedade rumo à evolução de seus conceitos.

Alguns pontos merecem destaque no quadro fático. A fim de alinhar a análise à característica tríplice do Direito, o mesmo será feito com os fatores a serem evidenciados, de modo que ao debruçar-se sobre um amplo espectro humano (sociológico, filosófico e dogmático/jurídico) haja a complementação da teoria constitucionalista moderna.

Do ponto de vista sociológico, ganha destaque a teoria da “modernidade líquida” do sociólogo polonês Zygmunt Bauman. Um trecho que funciona como chave para entender o pensamento do sociólogo neste corrimão é o seguinte:

‘Derreter os sólidos’ significava, antes e acima de tudo, eliminar as obrigações ‘irrelevantes’ que impediam a via do cálculo racional dos efeitos; como dizia Max Weber, libertar a empresa de negócios dos grilhões dos deveres para com a família e o lar e da densa trama das obrigações éticas; (BAUMAN, 2000, p. 10)

Nesse caso, a família, o lar e o casamento são exemplos de paradigmas que foram “derretidos” (tornados líquidos) para serem “colocados em uma nova forma”, para assim se formar a “nova ordem”. Esses modelos estavam unidos, como foi citado, às obrigações éticas das pessoas e dessa forma, liquefazer esses conceitos resultou em uma realocação de valores e condutas de todos.

A sociedade ficou-se diante de um quadro de nova construção conceitual, em que o viés axiológico ganhou destaque não somente pela estruturação da sociedade, mas por sua quase imanente remodelação e os benefícios que a desconstrução de conceitos obsoletos poderia ocasionar aos integrantes de um grupo social. Obviamente a organização de conceitos modernos não ocorreu de forma desenfreada, caso contrário a insegurança conceitual seria tamanha que jamais se poderia falar em superação de paradigmas.

O diálogo da sociologia com a Ciência do Direito foi fundamental para a manutenção e evolução de conceitos básicos da sociedade inseridos a partir

de uma nova mentalidade metodológica no tocante aos valores a guiarem um Estado. O ordenamento jurídico passou então a guardar consigo o cerne básico, os alicerces da “nova sociedade”. Tal proteção deu-se com a inclusão de normas (regras ou princípios) com cada vez mais conteúdo correspondente na Moral ou na Ética, todavia sem que houvesse a submissão do Direito aos axiomas morais.

A independência da Dogmática Jurídica foi preservada, não obstante ser impossível tratar o Direito como “pura” teoria distanciada dos conceitos valorativos ético-morais. O que se pode vislumbrar é uma colaboração harmônica com base na teoria positivista, em que pese não mais primária, que culmina no dever de tutela efetiva dos direitos por parte do Estado, ainda que tais direitos tenham por fim a salvaguarda de princípios de claro fundo moral.

Faz-se mister a esta altura destacar que o ramo do Direito de mais destaque para a teoria contemporânea é o Direito Constitucional, dada sua clássica relevância no quadro histórico para a defesa de direitos humanos e pelo denso conteúdo cultural advindo das constituições. Destaquem-se os ordenamentos que garantem maior proteção às constituições (rígidas), como o caso do Brasil.

Neste ponto, de análise do viés sociológico e da vertente jurídica, pode-se falar da teoria do “neoconstitucionalismo”. A moderna teoria, que mais a frente será posta em diálogo com o chamado “Constitucionalismo Ético” traz consigo a análise de pontos harmônicos entre o *iusnaturalismo* e o positivismo jurídico, no tocante à inserção de conteúdos axiológicos na construção do Direito. Ressalte-se que:

O que aqui queremos demonstrar é que a concepção de direito *iusnaturalista* (ao menos sua parte principal) não se resume apenas à pergunta *iuspositivista* sobre como identificar o direito (what's the law?). A concepção *iusnaturalista* abarca, também, essa interrogante, mas de maneira acessória. Todavia, sua questão principal se refere ao que deve conter o direito (What does the law requires?). Se tal perspectiva é correta, ao analisar a tese *iusnaturalista* devemos ter o cuidado de atentar para o fato de que esta teoria se propõe à resposta dessas duas interrogantes; e não apenas à primeira, como é o caso do do positivismo jurídico. Nesse caso, fica evidente a necessidade *iusnaturalista* de condicionar o direito à moral. (MÖLLER, 2011, p. 56)

Desta forma, a sujeição à moral não ocorre como forma de menosprezar o Direito, mas como forma de complementá-lo, haja vista que diversos conceitos jurídicos não podem ser definidos pela simples codificação.

Logicamente não há a pretensão de retornar a um *iusnaturalismo*, mas de observar sua construção, dialeticamente confrontá-lo com o positivismo e identificar os pontos que merecem complementação. Há muito a tese da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen mostrou-se insuficiente para a tutela integral dos direitos do Homem e do Cidadão, contudo, não se pode negar a in-

fluência que Kelsen exerceu sobre os critérios de identificação e estruturação do sistema jurídico como um todo, bem como o conteúdo do Direito em si.

O diálogo entre as teorias demonstra que a normatividade não é por si só uma causa de exclusão de qualquer conteúdo moral, por menor que seja. A modernidade, como analisado acima, demonstrou a necessidade de introduzir no ordenamento jurídico normas que visem a proteção do indivíduo como um todo, mas não somente de maneira a tratá-lo como receptáculo de direitos, como também visando-o como cidadão, como sujeito integrante da sociedade, como ser cultural. O novo paradigma do cidadão faz com que a Constituição integre cada vez mais normas de conteúdo axiológico, seja pautado na Moral ou na Ética.

A respeito de tais normas com correspondência na Moral, é preciso ressaltar que:

[...] até agora parece possível sustentar a tese da separação, mesmo diante de critérios materiais com correspondência na moral. Sobre tais critérios, deve-se ter bem claro que: a) para que sejam considerados direitos devem ser incorporados a partir das fontes do direito: pela positivação ou pela prática jurídica e b) que o sentido que adquirem quando incorporados não será necessariamente o sentido que possuem fora do ordenamento. (MÖLLER, 2011, p. 102)

Portanto, a inclusão no ordenamento constitucional de normas com correspondência na Moral não interferem na separação definitiva desta com o Direito. Ocorre que o atual quadro de interação Direito-Moral não pode ser negligenciado a ponto de se negar a influência de um em outro. A separação não impede a construção social conjunta e interações pontuais marcadas pela influência axiológica no conteúdo do Direito.

Mais do que a interação com a Moral, o neoconstitucionalismo propõe também uma nova metodologia quanto à efetividade das normas constitucionais. Com base neste viés constitucional integrador e dialógico, a Constituição deve ser entendida como um todo, de modo que regras e princípios sejam efetivados ainda que ligados a questões puramente axiológicas. A efetividade das normas constitucionais não deve ficar adstrita a um entendimento clássico a determinada estrutura normativa que direcione ao legislador ordinário um fazer, por exemplo.

Logo, a chamada reserva do possível é entendida como adequação do princípio à realidade fática quanto ao que está disponível para ação, mas não como uma barreira que sustente inabalavelmente um quadro massivo de violações de direitos humanos dos cidadãos. Aceitar um estado de coisas que viola sistematicamente os direitos de seus integrantes é destituir todo o discurso prático do texto constitucional.

Logo, diante da modernidade líquida e da congruência com o neoconstitucionalismo, surge a necessidade de voltar-se para a questão filosófica, de modo que a teoria seja integralmente observada a embasar a evolução dos

direitos ao longo do tempo. A fim de abordar completamente a questão da efetividade dos direitos fundamentais, é preciso entender a questão da racionalidade, vetor que influencia a validade e eficácia das normas jurídicas.

## **A problemática da racionalidade**

A questão da efetividade envolve antes um discurso acerca da validade da norma. Para que se analise a validade de uma norma constitucional, seu valor racional deve ser previamente compreendido. É sabido para a teoria do Direito que para uma norma ser eficaz, isto é, para que esteja apta a produzir os efeitos a que foi criada, é necessário antes que ela seja válida. Para a visão moderna acerca da validade, esta está atrelada ao conceito de racionalidade, pois “[...] quanto melhor se puder fundamentar a pretensão de eficiência ou de verdade proposicional associada a elas, tanto mais racionais elas serão” (HABERMAS, 2012, p. 34).

O filósofo Jürgen Habermas descreve em sua Teoria do Agir Comunicativo (2012) a questão da racionalidade na teoria do discurso enquanto integrador da ação humana em sociedade. A racionalidade surge como um elemento da comunicação que, no discurso regulamentador, ou seja, normativo/imperativo, rege as relações de validade da norma. Alguns autores, como Robert Alexy criticam a forma como Habermas identifica a ação regulativa, sendo que as normas jurídicas acabam por ter a mesma classificação que as promessas, por exemplo, todavia, aprofundar o tema neste ponto não é essencial para a presente pesquisa.

O que se deve destacar acerca do agir regulamentado por normas é que a racionalidade se mostra pela “pretensão de correção”, isto é, que a racionalidade da norma e sua conseqüente aceitabilidade do discurso está atrelada à validade da norma, pois a correção corresponde à inserção da norma no sistema jurídico e a possibilidade de intervir no plano fático, produzindo efeitos.

Conforme visto, a racionalidade está diretamente ligada à questão da pretensão de validade, seja esta sob o prisma da “inteligibilidade/eficácia”, da “verdade”, da “correção” ou da “veracidade”, a depender o tipo de “ato de fala” emitido (imperativo, constatativo, regulativo ou expressivo, respectivamente). Para nós, importa o que Habermas chama de ato de fala regulativo e sua pretensão de validade ligada à correção. Logo, a racionalidade da norma está associada à verdade de sua pretensão à correção, ademais, a pretensão de validade dos atos de fala na teoria da verdade do citado autor relaciona-se à fundamentabilidade de seu discurso.

Antes de prosseguir, faz-se mister apresentar uma série de esclarecimentos a respeito da Teoria do Agir Comunicativo. Em primeiro lugar, há que se deixar evidente que para Habermas e sua teoria, a verdade é obtida por meio do consenso, sendo esse um produto obtido somente por meio da comunicação. A verdade consensual ampara o entendimento de que a racionalidade encontra-se pela atuação da sociedade. Conforme destaca Marcaro (2010, p.

361), “[...] a verdade se constrói enquanto processo comunicacional. Habermas afasta, assim, o idealismo e mesmo o empirismo estreito de sua filosofia. O nível de interação comunicacional passa a ser o fundamento da própria construção social”.

Para chegar ao consenso como fundamento da Verdade, o filósofo parte de uma análise sobre a racionalização da sociedade, a qual por meio de processos de entendimento (o que não se pode confundir com a aprendizagem), desmistifica as formas “mágicas” que antes norteavam a ação da sociedade e racionalmente chega a um consenso produzido de maneira democrática, isto é, envolvendo a vontade geral, salvo as situações de equívoco que poderiam ocorrer, como ancorar uma ideia de verdade sobre um conceito equivocado.

Portanto, de modo a sintetizar o entendimento Habermasiano e sua importância para a efetividade de uma norma jurídica, entende-se que para uma norma constitucional ser efetivada, deve ser esta amparada pela validade (correção com o sistema) e desenvolver conseqüentemente um espectro de racionalidade, de modo que o discurso gerado entre a norma e o sistema, bem como entre o Estado cumpridor da norma e o indivíduo, produza efeitos concretos no plano fático, alterando a percepção da norma pela filosofia e a verdade das proposições decorrentes de sua aceitação no plano jurídico por meio dos consensos comunicativos.

Ocorre que atrelar a racionalidade de uma norma à verdade obtida por um consenso traz prejuízos à compreensão do Direito em si. Um grande questionador dessa alocação da verdade no consenso é Robert Alexy. O autor inicialmente destaca que:

Segundo Habermas, [...] A fundamentação de uma proposição, portanto, não deve depender da verdade da proposição, como se supunha tradicionalmente, porém, ao contrário, a verdade da proposição depende da fundamentação da proposição. O conceito de verdade é, se se quer, transferido do nível da semântica para o nível da pragmática. (ALEXY, 2017, p. 108)

Diante deste quadro, resta evidente que a verdade fundamentada no consenso propõe a inversão da clássica compreensão que conduzia a uma segurança ao menos imediata a respeito dos metaprincípios, por exemplo, tendo em vista que uma “classe” elevada de direitos e princípios postos no seio constitucional estariam ligados à Verdade atemporal e axiológica da sociedade, remetendo o entendimento ao contemporâneo “neoconstitucionalismo”, sem perder, contudo, a característica positivista do Direito.

A discussão acerca da verdade consensual e não como correspondência, *a priori* realoca o eixo do pensamento empírico para o pensamento racional; ainda que Habermas coloque a pragmática discursiva no âmbito da prática racional, o “empirismo” do consenso apresentado no estado de coisas advém do exercício da racionalidade no plano interno de cada indivíduo integrador do discurso. Tal colocação expõe a chamada “situação ideal de fala” com as

“razões” do discurso e suas regras de fundamentação, sendo que atender a todas elas na teoria habermasiana queda-se praticamente inobservável:

Segundo a teoria consensual, o acordo potencial de todos é a condição tanto para a verdade de uma proposição não normativa quanto para a correção de uma proposição normativa. Esse critério de verdade tem duas deficiências: por um lado, não pode ser cumprido e, por outro, mesmo cumprido não seria suficiente. [...] Habermas tenta enfrentar essas dificuldades em seus ensaios sobre as teorias da verdade, estipulando que somente um consenso *fundado* (ou fundamentado) serve como critério de verdade. (ALEXY, 2017, p. 114).

Por fim, conclui-se que a racionalidade, em que pese a base na verdade consensual, apresenta-se como um meio adequado para verificação de validade e pretensão de efetividade de uma norma no caso concreto. Alinhado à visão do neoconstitucionalismo, a racionalidade é expressão de força dos direitos fundamentais e normas principiológicas. O que se pode adequar, segundo as críticas de Alexy, é alinhar a classificação dos atos de fala, mas ainda mais importante, adequar o referencial de Verdade para a correspondência, de modo que o parâmetro de validade e efetividade dos princípios constitucionais estejam ligadas aos axiomas que, norteados a sociedade na modernidade líquida, garantem a evolução dos conceitos e garantia de direitos de forma segura.

## **Instrumentos de Efetividade**

Portanto, constatada a importância e a necessidade de efetividade dos direitos fundamentais por meio da concretização da cidadania, há que se apresentar meios para a formulação de políticas públicas eficientes voltadas à concretização de tão importantes direitos.

Em primeiro lugar, há que se explorar a questão do Constitucionalismo Cooperativo como meio próprio dos entes federativos utilizarem-se de suas funções típicas, amparados na Constituição Federal. A CF/88 já exemplifica o citado caminho quando prevê em seu art. 198, §1º, que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. Bem como, em seu art. 205, que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, e que “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 desta Constituição à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais (...)” (art. 212-A)

Além da alocação orçamentária, os entes federativos devem fazer uso

de sua capacidade administrativa para organizar as estruturas de prestação de serviços em diversos níveis (municipal, estadual, federal e distrital). A técnica do Constitucionalismo cooperativo é justamente promover um diálogo institucional acerca da formulação de políticas públicas voltadas à superação de uma crise institucional, porém destaque-se que a iniciativa do diálogo parte das funções estatais típicas responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas, como o Executivo e o Legislativo.

O Constitucionalismo cooperativo é expressão do próprio princípio federativo da prestação estatal como um todo, já que a prestação do serviço público se dá em coordenação com todos os entes da Federação, de modo a aproximar a máxima efetividade do cidadão, pois:

Para a concretização do Estado Social, o federalismo necessariamente deve ser cooperativo, pois do contrário isto não ocorrerá. É inerente ao Estado Social a ideia de sistemas públicos para organizar de forma nacional e unificada a atuação da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades da administração indireta e prestadores provados associados em um dado setor. (MAINGUÉ, 2015, p. 275)

Em último caso, na completa falha do Estado em exercer cooperativamente o federalismo, cabe ao poder não inerte agir de modo a efetivar a dignidade do indivíduo por meio da cidadania. A ação destacada pode ser encontrada na forma do Estado de Coisas Inconstitucional, sendo este uma técnica processual advinda da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, que tem como objetivo superar falhas estruturais e reiteradas na violação de direitos humanos.

A evolução do estudo para a conclusão dos pressupostos de deu mormente no caso do deslocamento forçado, que culminou na “Sentencia T-024”, marco decisivo para a estruturação e pleno desenvolvimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Há que se ressaltar também a separação das fases da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, primorosamente explicadas por Juliana Patrício da Paixão sob a metáfora da árvore:

O Estado de Coisas Inconstitucional é o controle de constitucionalidade composto por duas fases. A primeira fase é de controle de constitucionalidade abstrato em que a Corte analisa a hipótese dos autos e declara a existência da falha estrutural e, conseqüentemente, a vigência do Estado de Coisas Inconstitucional.

A segunda fase é composta pelo monitoramento de diretrizes estabelecidas na sentença estrutural. Dessa forma, consolida o controle de constitucionalidade concreto coletivo e individual na medida em que examina a realidade fática e indica a solução constitucionalmente adequada para a violação de direitos fundamentais. (2017, p. 93)

A observação dos pressupostos é necessária também para que haja se-

gurança na atuação do Poder Judiciário enquanto protagonizado pela Corte Constitucional. A movimentação da máquina pública por meio de sentenças estruturais para resolver um problema que não se encaixe no caso de declaração do ECI seria excessivamente oneroso para o Estado e para a sociedade como um todo, já que chamada a colaborar efetivamente na superação desse quadro de violação massiva dos direitos.

Após a constatação da necessidade de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, cabe à Corte a estruturação de medidas que vão culminar na superação da violação ampla e massiva. O Poder Judiciário age como coordenador dos demais Poderes do Estado e órgãos correlacionados para trabalhar no fim da agressão (in)constitucional. Neste ponto surge a legitimidade do Poder Judiciário, diante de um “ativismo judicial dialógico”, para suprir a falha ocasionada por todos os demais setores estatais. De fato, se Legislativo e Executivo não trabalham para o efetivo cumprimento do teor constitucional, é dever do Poder Judiciário fazer valer o enunciado da Lei Maior.

## Conclusão

Diante de todo o exposto, insta concluir que os princípios constitucionais consagrados nos direitos fundamentais e sociais devem ser integralmente cumpridos, levando-se em conta o quadro moderno que perpassa todo o ordenamento jurídico, este caracterizado pelo neoconstitucionalismo e amparado pela questão da racionalidade das normas constitucionais a garantirem a efetividade do texto Constitucional.

A sociedade enfrenta os efeitos da Modernidade Líquida, em que a remodelação de paradigmas afeta o âmbito jurídico com a inclusão de princípios baseados em axiomas morais. Essa carga principiológica incrustada principalmente no seio constitucional traz consequências como a maior proximidade, em que pese a independência, do Direito com a Ética e a Moral, o que repercute no modo como enxergar as normas constitucionais.

Os princípios demandam tanta efetividade quanto as regras, despontando uma visão neoconstitucionalista. No ramo da saúde pública e o direito humano a esta, o Estado passa a ser visto mais do que nunca como sujeito de dever inderrogável de prestar à população um serviço eficaz quantitativa e qualitativamente por meio de políticas públicas democráticas.

Para que a norma efetivamente saia do texto, isto é, da questão semântica, e adentre na pragmática por meio de políticas públicas, é necessário um novo entender a respeito de sua validade e eficácia. Uma visão mais apurada é alcançada com a utilização do discurso racional, isto é, voltando-se para a análise da racionalidade das normas enquanto integrantes do Discurso Jurídico. Teóricos como Habermas e Alexy complementam a visão tradicional da racionalidade e a teoria confirma a linha intelectual e metodológica do neoconstitucionalismo, bem como são tangentes à Modernidade Líquida de Bauman.

Estabelecido o novo paradigma em relação à efetividade e pretensão de

realização dos princípios, percebe-se que os direitos humanos resguardados pela constituição carecem de mais atenção, posto que seus princípios por vezes não são levados em conta na prestação do serviço, mesmo não tendo sido esgotada a reserva do possível.

Para que a falha nesta atuação não se torne um problema estatal estrutural e viole ainda outros direitos reflexos do cidadão, é preciso agir. A pandemia provocada pelo novo coronavírus surge como flagrante necessidade de ação por parte do Poder Público.

O resultado é o nascimento urgente de um diálogo institucional baseado na forma federalista de Estado, tendo como base o constitucionalismo cooperativo, promovendo a interação de diversos entes e instituições dos níveis da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Portanto, como medida primária e até o momento bem sucedida, a cooperação entre os entes federados parece ser a atuação mais aconselhada para a formulação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da crise sanitária.

Explorar as funções típicas dos Poderes do Estado é sempre a forma menos ruidosa e, como visto, mais proveitosa para os cidadãos, com a criação de hospitais de campanha, mutirões de testagem, acompanhamento de dados, adiamento de Exames Vestibulares, programas de renda emergencial etc.

Se tais medidas não surtirem resultado e a falha na efetivação do mínimo existencial se agravar, de modo a prejudicar também outros direitos humanos do cidadão, de forma sistemática e reiterada, pode-se cogitar a proposta de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) para que o Poder Judiciário, por meio de um ativismo judicial dialógico, possa agir como coordenador das demais funções ao realocar receitas e incentivar a implementação de políticas públicas, como foi no caso da ADPF 347/2015 sobre o sistema carcerário. Cumpre destacar que a análise dos pressupostos deve recair sobre direitos humanos específicos e, apesar de aparecerem em conjunto, o caráter individual deve prevalecer para que o instituto do ECI não seja banalizado.

Ressalte-se que até o momento a prática do federalismo cooperativo tem demonstrado resultados satisfatórios, bem como a visibilidade de tais medidas provocam um efeito reflexo no princípio democrático da formulação de políticas públicas ao mostrar para a população que é possível agir dentro da reserva do possível e prestar um bom serviço público. Por estes motivos, ao menos por enquanto, não é aconselhada a aplicação do ECI, sendo esta condicionada à evolução da crise no Brasil, principalmente nos ramos da Saúde Pública e acesso à Educação de qualidade.

## Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, Estado e Direito Público: uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchison

Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? **Consultor Jurídico**. São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>> Acesso em: 15 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Vol. 1. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAINGUÉ, Wilson Neto. **Efetivação do direito à assistência à saúde**. São Paulo: Max Limonad, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PAIXÃO, Juliana Patricio da. **Estado de coisas inconstitucional**: perspectiva da saúde pública e da metáfora da **árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. **Educação**: uma nova perspectiva para o Estado Democrático de Direito brasileiro. São Paulo: Verbatim, 2015.

# A POPULAÇÃO DE RUA NO BRASIL: A INVISIBILIDADE DE SEUS DIREITOS

**Carolina Lazzaro Barbosa**

Graduanda da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e estagiária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

## **Resumo:**

Objeto da pesquisa é a análise dos direitos da população em situação de rua (com foco na região central da cidade de São Paulo). Assim, o estudo foi direcionado aos direitos das crianças e adolescentes em situação de rua e à possibilidade de desenvolvimento infantojuvenil. A falta de efetividade dos direitos dessa população no Brasil, as propostas de paliócio para que tenham seus direitos fundamentais e humanos salvaguardados, tal como a importância da infância na desenvoltura de adultos estáveis demonstraram a essencialidade da pesquisa. A metodologia utilizada foi empírica, com estudos de campo com profissionais da área. Em estudo da Magna Carta, das legislações específicas e da Política Nacional que atende as pessoas em situação de rua, ficou evidente a importância da relação mutualística entre Administração Pública e sociedade civil, com expressões, no caso em tela, de vínculos elementares entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e as instituições extrajudiciais.

**Palavras-chave:** Direitos; Rua; Moradia; Infância; Humanos.

## **Introdução**

A população em situação de rua no Brasil é notável, principalmente na cidade de São Paulo, em sua região central, que é o âmbito territorial abrangido pela presente pesquisa. A perspectiva histórica pode explicar isso, pois enormes desigualdades sempre se perpetuaram no Brasil. Trata-se de país em que, por um lado, poucos são detentores de muito e, por outro lado, muitos são detentores pouco.

Não obstante a existência de uma Constituição Federal tão inclusiva e atenta aos direitos humanos e fundamentais e, também, de uma Política Nacional direcionada à população em situação de rua (Decreto 7.053/2009), na prática muitos direitos dessa população são infringidos por falta de ação e vontade política.

Direitos como à moradia, à saúde, à educação, ao lazer, à privacidade, ao trabalho, dentre outros, são tolhidos sistematicamente na esfera de vida da população que vive na rua. Não há perspectiva de vida com o mínimo necessário para a subsistência. Não há dignidade. Morar embaixo de uma ponte não é, por si só, morar. É existir sem o mínimo existencial que o Estado está obrigado a fornecer.

Nesse diapasão, ponto importante é a vida de crianças e adolescentes na rua. Em atenção à especial e peculiar condição em desenvolvimento, é gravíssima a vivência sem uma moradia para o desenvolvimento infantojuvenil. O caráter muitas vezes cíclico e problemático da vida na rua faz com que grande parcela da futura geração brasileira venha a ruir antes mesmo de se consolidar.

A presente pesquisa demonstra exatamente o porquê da importância da efetivação dos direitos da população de rua e, principalmente, a emergência estatal representada pela vida de crianças e adolescentes em situação de rua. Com base na Magna Carta, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Política Nacional e no estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, essa população merece o devido paládio, que ocorre, na prática, com grande intervenção da sociedade civil.

Especificamente nesse estudo o destaque é direcionado ao órgão da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e na sua atuação com essa população, trabalhando, os defensores, como advogados públicos em demandas corriqueiras e, outrossim, como autores de grandes ações coletivas em busca de efetivação dos direitos e da dignidade da pessoa que vive na rua. No aspecto teórico, serão frisados pensamentos filosóficos e sociológicos de Immanuel Kant e Amartya Sen, a fim de demonstrar a importância acadêmica do tema.

## **A ineficácia e a invisibilidade dos direitos da população de rua**

A pessoa que mora na rua pode ser vista como um sujeito político constante na história brasileira que faz com que novos olhares sejam direcionados às cidades, aos seus espaços e à efetividade das funções do Poder Público. A obrigação constitucionalmente estabelecida pelo Estado é garantir a dignidade de todos, protegendo seus cidadãos e permitindo o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

Todavia, ter uma vivência com qualidade de vida não é condição de todo brasileiro. Com destaque à cidade de São Paulo, em sua região central, fica evidente a grande pobreza, miséria e abandono de parcela da população nacional, denominada de população em situação de rua, que pode ser definida como:

Grupo populacional heterogêneo, mas que possui, em comum, a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, em função do que as pessoas que o constituem procuram os logradouros públicos (ruas, praças, jardins, canteiros, marquises e baixios de viadutos), as áreas

degradadas (dos prédios abandonados, ruínas, cemitérios e carcaças de veículos) como espaço de moradia e sustento, por contingência temporária ou de forma permanente, podendo utilizar albergues para pernoitar e abrigos, casas de acolhida temporária ou moradias provisórias. (SILVA. Trabalho e População de Rua no Brasil. 2009, p. 136)

A vivência dessas pessoas se resume à sobrevivência. Procuram o mínimo existencial com trabalhos informais e mendicância, vez que a solução da problemática não se mostra efetiva, mesmo com políticas já positivadas nesse sentido.

Por isso que se diz que essas pessoas possuem direitos invisíveis:

Destituídos dos seus direitos, eles resistem à exclusão e lutam pela sobrevivência cotidiana. Estão dentro da cidade, mas a cidade não os enxerga. São invisíveis em meio à população. É como se houvesse uma parede invisível, separando duas cidades. Uma, onde tudo é possível. Outra, onde tudo é negado: proteção, privacidade, água, alimentação, aconchego, banho. Sofrem o preconceito e as consequências das políticas “higienizadoras”, que têm como objetivo “limpar” a cidade, expulsando os moradores de rua de todos os lugares. (Diretório do Morador de Rua: um guia na luta pela dignidade e cidadania, p. 26)

O Brasil em sua formação sempre perpetuou grandes desigualdades que existem até hoje e influenciam muito a situação de rua nas cidades do país afora. Com foco em políticas higienistas, a população de rua fica cada vez mais negligenciada, colocada em condições de seres subumanos, sofrendo enorme preconceito da sociedade.

Sem um local para morar fica quase impossível, por derradeiro, possuir documentos, registros e quaisquer tipos de materiais intrínsecos à identidade. Justamente por isso, não há quase possibilidade de uma pessoa que vive na rua conseguir um emprego formal. Os albergues que atendem a população normalmente são lotados e possuem precárias condições de higiene, causando problemas de saúde. E as crianças e adolescentes que vivem essa realidade não possuem quaisquer estímulos para permanecerem estudando.

Isso tudo vai de encontro à Constituição Federal que prevê a igualdade entre todos e garante os direitos individuais e coletivos como direitos fundamentais que nunca podem ser suprimidos ou reduzidos (artigos 5º, 6º e 60, §4º). Trata-se, também, de arripio ao objetivo do país de erradicar a pobreza e a desigualdade (artigo 3º).

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também preleciona a não discriminação entre as pessoas. O sujeito em situação de rua além de sofrer por não ter o mínimo existencial, sofre, outrossim, por não ser visto como igual perante os olhos do restante da população. Normalmente pelo simples fato de serem pessoas em situação de rua são tidos, de pronto, como criminosos ou ociosos.

Quanto à característica do porque da enorme exclusão no Brasil pode-se

citar o que segue:

Os diversos fatores que geraram tal exclusão estão presentes em todo o mundo, mas se agravaram na América Latina, onde por muitos anos preponderou a exploração dos mais pobres e principalmente dos negros, liderada pelos coronéis proprietários de grandes latifúndios e, posteriormente, pelos grandes industriais: Os problemas sociais e econômicos, que geraram a exclusão social que compreende todas as Américas, têm suas raízes no modelo colonial europeu, que escravizou índios e negros, gerando o preconceito e a marginalização, situação que perdura até hoje e apresenta-se como uma marca comum das sociedades latino-americanas. Embora haja problemas de exclusão social, inclusive de pessoas em condição de rua nos Estados Unidos e Canadá, lá denominados ‘homeless’, ou seja, ‘sem-casa’, é na América Latina que o problema se agrava, tendo em vista as condições geopolíticas, econômicas e sociais da região, marcada historicamente pela exploração colonial e pelo coronelismo, presente na figura dos latifundiários e, posteriormente, dos industriais, que ditaram os rumos da política em todos os países latino-americanos e foram responsáveis pela instalação de regimes de exceção, totalitários, violentos e corruptos. (WANDERLEY JR.; SILVA, 2014, p. 76). (BELIZÁRIO. Os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua: o Ministério Público como instituição garantidora desses direitos. 2017, p. 300)

Avanço político ocorreu com a implementação da Política Nacional constante no Decreto 7.053/2009. Trouxe de modo positivado e normatizado a proteção da pessoa em situação de rua:

Art. 1º. Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto. Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Com essa previsão foram frisados os direitos dessa população e lançadas as diretrizes das políticas públicas desse âmbito (artigos 5º e 6º), de forma que a articulação seja integrada entre entes federados e sociedade civil. Acerca disso, o último ponto da pesquisa demonstrará a sua efetividade.

Resta evidente que diversos direitos humanos e fundamentais das pessoas que vivem em situação de rua são violados constantemente. Amplamente, a dignidade dessas pessoas não é efetivada. Para Immanuel Kant, as pessoas não possuem preços, elas possuem dignidade intocável e inerente à condição humana. Sem dignidade o ser humano é tratado como mero animal ou coisa. Os sujeitos em vida de rua são portadores de dignidade e merecem o respei-

to que é dado a qualquer outro ser humano, mas o que acaba ocorrendo no mundo fenomênico brasileiro é a estigmatização dessa parcela vulnerável da população que é violentada física e psicologicamente constantemente.

A esse respeito, cita-se:

A dignidade humana – “valor que se impõe como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988” (Piovesan, 2003, p. 339) – referida em Kant, conforme apresentado por Lalande (1996, p. 259) como “aquele princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve nunca ser tratada apenas como um meio, mas como um fim em si mesma; ou seja, que o homem não deve jamais ser utilizado como meio sem se levar em conta que ele é, ao mesmo tempo, um fim em si”, assumia, para nós, no decorrer deste trabalho, dimensão maior. Essa “pessoa humana”, vista “como um fim em si mesma”, como portadora da “complexidade humana”, portanto, surgia para nós engrandecida em sua dignidade (Fortes, 1998). (ALVAREZ, ALVARENGA, DELLA RINA. Histórias de vida de moradores de rua, situações de exclusão social e encontros transformadores, 2009)

## O desenvolvimento infantojuvenil na rua

As crianças ricas brincam nos jardins com seus brinquedos prediletos. E as crianças pobres acompanham as mães a pedirem esmolas pelas ruas. Que desigualdades trágicas e que brincadeiras do destino. (JESUS. Quarto de despejo: diário de uma favelada. 2014)

A Constituição Federal de 1988 (artigo 227), o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças demonstram que as crianças são sujeitos em peculiar desenvolvimento que merecem maior proteção do Estado, da família e da sociedade.

A vida na rua para esses indivíduos em pleno desenvolvimento é muito arriscada e pode prejudicar todo o futuro da geração que nessas condições se encontra, haja vista que o ciclo da vida na rua tende a se perpetuar e não há incentivos para que a criança ou o adolescente estude e busque concretizar uma profissão. Ocorre, inclusive, o trabalho infantil na maioria dos casos.

Nesse ponto a falta de apoio familiar é clara causa da vivência de crianças na rua, tal como a permanência delas em situação de vulnerabilidade. O abandono estatal e da sociedade entram, também, como elementos de concretude. Assim:

Com relação a crianças e jovens em situação de rua, Moura, Silva e Noto (2009) afirmam que, assim como para a população adulta em situação de rua, para as crianças e jovens, as razões que ocasionam esse processo são múltiplas, evidenciando a fragilidade dos vínculos familiares. Para as autoras, o uso abusivo de drogas está intrinsecamen-

te ligado à vulnerabilidade do âmbito familiar e funciona como um propulsor para a ida às ruas. Cofani (2012) evidenciou que jovens em situação de rua iniciam o consumo de álcool mais cedo que jovens de outros grupos sociais. Moura et al. (2009) e Matias (2013) identificaram a manifestação do sentimento de ambivalência e polarização dessa população em relação à rua. Afirmam que no primeiro momento a rua se configura como espaço de liberdade e independência, mas logo em seguida, surgem as dificuldades de sobrevivência básica, configurando-se como espaço de privações. (SICARI e ZANELLA, Pessoas em situação de rua no Brasil: revisão sistemática. 2018, p. 666)

A existência de crianças em situação de rua reforça o caráter de ciclo vicioso da vida dessa população, que não possui espaço na sociedade – nem quiçá no imaginário popular. As estruturas macro e micros sociais são reiteradamente alimentadas pela desigualdade social profunda e a miséria extrema do país.

Historicamente, alguns movimentos importantes podem ser citados na afirmação histórica dos direitos das crianças. Frisa-se que os movimentos começaram, justamente, por conta da vivência infantojuvenil na rua: Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (1985), Projeto Criança de Rua – PCR (1985), dentre outros. Atualmente a porta de entrada de atendimento dessa parcela populacional é realizada pelos SAICAS (Serviço de Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes). Avanço legislativo ocorreu com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente que reconheceu diversos direitos de toda e qualquer criança, evidenciando, ainda mais, a gravidade da infância em situação de rua.

Internacionalmente, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil em 1996 também é inobservada no caso de crianças e adolescentes em situação de rua, vez que preleciona que todos os estados assinantes possuem o compromisso de garantir o bem-estar desses seres em especial condição de desenvolvimento.

## **Busca ativa por soluções – Poder Público e sociedade civil**

Para que os direitos da população de rua ganhem notoriedade é necessária vontade e atitude política. Nas lacunas existentes entre as normas positivadas e uma real efetividade, a sociedade civil age como peça fundamental na garantia de dignidade dessa população.

O Poder Público enquanto União, Estados e Municípios, precisa do apoio da sociedade, pois sozinho acaba por não implementar políticas públicas eficientes frente à realidade fática.

Nesse ponto, o destaque da presente pesquisa é o órgão de Defensoria Pública e de sua atuação junto à sociedade civil.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em seu Núcleo Especializado em Cidadania e Direitos Humanos, possui vasta atuação em todo o

estado, atuando em inúmeras frentes, desde o atendimento pessoal e descomplicado da população em situação de rua, tal como em ações civis públicas e ações populares com escopo de firmar interesses dessa parcela sociedade. No que concerne à infância e à juventude, atuação é guiada pelas Diretrizes Nacionais para o Atendimento a Crianças e Adolescentes em Situação de Rua, com base no Movimento Criança não é de Rua.

Possuem, além disso, uma proposta já apreciada pelo Conselho Municipal de Assistência Social denominada Núcleo de Atendimento Integral a Crianças e Adolescentes em Situação de Rua, frente à falta de tipificação nacional e municipal (no caso da cidade de São Paulo) específica de serviços voltados somente às crianças e aos adolescentes em situação de rua e desacompanhados de pais ou responsáveis. Foi aprovada a proposta pela Portaria n. 024/SMADS/2020 em prol de acompanhar e propiciar o atendimento complexo desses jovens a fim de tirá-los das ruas.

Em entrevista com o Defensor Público do Estado de São Paulo, Davi Quintanilha Failde de Azevedo e com o Wilherson Carlos Luiz, Agente de Defensoria/Sociólogo, ambos do Núcleo Especializado, ficou esclarecido que o atendimento está sempre de portas abertas funcionando na modalidade de plantão em diversas regiões da cidade e do estado. Os defensores fazem atendimento itinerante (POP Rua) para ir aos centros de acolhida ou aos locais de grande concentração de pessoas em situação de rua para verificar suas demandas jurídicas. Isso, por si só, já demonstra a importância desse trabalho para efetivar o acesso à justiça dessa população, o que, por derradeiro, já traz a efetivação dos demais direitos fundamentais como consequência.

Destacaram as demandas muito recorrentes de retirada de documentos (registro geral, certidão de nascimento, etc.), vez que as pessoas encontram-se em situação de rua e não possuem locais para guarda seus bens. Sem documentos fica quase impossível de que consigam empregos formais no mercado de trabalho brasileiro. Agora em época de pandemia Covid-19, essa demanda aumentou por conta da necessidade de abertura de conta na Caixa Econômica Federal para recebimento de auxílio emergencial do governo para subsistência.

Além disso, mencionaram a existência de muitas demandas envolvendo violência policial e da guarda civil metropolitana, além de situações irregulares de execuções penais (essa população não tem condições mínimas para pagamento das multas exigidas pelo Estado, obstaculizando a extinção da punibilidade penal). Enfatizaram, por fim, as demanda referente à saúde mental, à saúde em geral, às vagas em escolas e creches e, principalmente, à moradia.

Nesse último ponto, frisaram que o Judiciário não costuma acatar a essas demandas, pois sempre deve ser respeitada a ordem do cadastro na Companhia de Habitação (COHAB) e na Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano (CDHU), não podendo ser feitas exceções – note-se que a demanda é gigantesca, o que afasta o direito de moradia e a efetividade dos programas na prática. Nesse meio tempo o programa municipal possui cen-

tros de acolhidas, mas que possuem péssimas condições de viabilidade e de higiene, o que afasta a população dessa hipótese de moradia temporária.

De mais a mais, no âmbito existencial, essas pessoas não possuem nada materialmente, tampouco em qualquer âmbito privado, restando-lhes tão somente a liberdade. Viver em condições insalubres e inóspitas em centros de acolhidas não se torna uma opção de solução da problemática. Trata-se de uma população eminentemente corporal, desconectadas de quaisquer bens materiais e espaços privados, muitas vezes enxergam a vida na rua como uma liberdade menos danosa do que a vida em albergues que possuem regras muito estritas e condições terríveis de vivência.

No que concerne à dignidade da pessoa humana, acreditam que essas pessoas são afetadas de modo que não são tidas como seres humanos. Acabam tendo seus direitos sistematicamente violados sem as políticas públicas necessárias e sem uma atuação específica do Judiciário. De qualquer forma, a Defensoria faz, então, intermédio com a Administração Pública para efetivar os direitos ao levá-los ao Judiciário.

A respeito da infância e da juventude em específico, a Defensora Pública do Estado de São Paulo que trata especificamente da região central da Cidade de São Paulo, Kátia C. Giraldi, enfatizou que a vida na rua afeta o desenvolvimento infantojuvenil de modo arrebatador. Considerando o início da primeira infância, afirmou que muitas vezes as crianças não têm recordações da vida na rua, o que pode fazer com que sejam menos afetadas nesse sentido. Acredita que os mais afetados são aqueles de 4 anos em diante, que já possuem certo discernimento e ficam confusos do porquê se encontram na situação de rua. Precisam pedir esmolas desde cedo ou trabalhar, ganhando pouco dinheiro para ajudar a família a sobreviver. Assim, ficam fora das escolas por vergonha de suas condições (ausência de banhos, por exemplo). A defensora diz, ainda, que muitas crianças conseguem reunir forças para deixar as ruas, mais que essa não é a realidade latente do país.

Crítica o Poder Público por sua ausência em fornecimento do mínimo existencial, perpetuando um sentimento de inferioridade no desenvolver desses jovens brasileiros. Acredita que a vida na rua acaba sendo um caminho para a atuação criminosa, vez que muitos criminosos aproveitam-se das condições de vulnerabilidade das crianças e dos jovens em situação de rua para usá-los nas redes de tráfico de entorpecentes, por exemplo.

No que tange às relações familiares na rua, Kátia possui vasta experiência e afirma que as pessoas não possuem incentivos governamentais para sair das ruas, muito menos as crianças, que são acolhidas em abrigos, mas devem deixá-los quando completam a idade de 18 anos, retornando, pois, às ruas. Citou um programa que busca ajudar essa população e que tem obtido bons resultados chamado Autonomia em Foco. Verifica, ainda, como a grande problemática, o desvio de verbas governamentais e a falta de incentivos sociais e profissionais. Reconhece a importância dos incentivos pecuniários do Estado, mas não isso como uma solução completa.

Nesses moldes, defende que essas pessoas em situação de rua querem apenas dignidade. Ter possibilidade de ir à escola, de ter saúde. Falta vontade política para que isso de concretize.

Destacou a questão das mães moradoras de rua que passam por seu Grupo de Estudos sobre Maternidade, evidenciando que normalmente essas mães encontram-se nessa situação por terem fugido de casa por derradeiro de abusos sexuais ocorridos no âmbito familiar. Muitas ficam grávidas por conta disso ou engravidam nas ruas por sofrerem todos os tipos de abusos. Nas ruas procuram drogas, não possuem condições psicológicas mínimas de existência, e, além disso, precisam de dinheiro, cedendo à prostituição. Destaca a problemática da violência doméstica como causadora de todo esse ciclo e da existência de tantas crianças residindo na rua no centro de São Paulo hoje em dia.

O referido grupo de estudos é a primeira mão do Estado a ser lançada para essa população. O foco é trabalhar com o histórico de abandono, acolhimento institucional e a violência cíclica que perpetua toda essa situação. Essencial é cortar o ciclo vicioso e estruturar uma rede intersetorial a fim de garantir paládio a essa população em todos os âmbitos.

A atuação da sociedade civil nesse âmbito é essencial. Em entrevista com a assistente social coordenadora do Instituto Fazendo História, programa de acolhimento familiar, Sara Maria Soares Luvizoto, foi evidenciado que há uma falta de assistência às pessoas em situação de rua, pois normalmente não são bem tratadas pelas redes de saúde e assistência social. Atuam com crianças acolhidas por diversos motivos, dentre outros, a vida na rua com seus familiares, passando a conviver, temporariamente, em famílias acolhedoras. Disse, ainda, que, normalmente, as mães atendidas e que perdem seus filhos por uma demanda judicial estão em situação de rua por conta de dependência química e falta de estrutura familiar. Critica o Poder Público pela inexistência de atividades voltadas ao desenvolvimento da mãe/pai em situação de rua e à busca de reintegração familiar. A instituição responsabiliza-se, pois, pela criação de micro-redes específicas para atendimento de cada caso, envolvendo, por exemplo, o Serviço de Proteção Social à Criança e ao Adolescente Vítima de Violência e o Centro de Referência Especializado de Assistência Social.

Para finalizar a análise aqui proposta, interessante é trazer a visão de Amartya Sen, em sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*, em que as desigualdades econômicas são vistas como acúmulos de desvantagens enquanto o desenvolvimento é tido como somatório de liberdades individuais. Nesse ponto, verifica-se que a população de rua possui um acúmulo de desvantagens: não possuem residência, privacidade, moradia, saúde. Para que sejam libertas, ou seja, para que possam se desenvolver enquanto pessoas individuais e autônomas precisam que suas potencialidades sejam o foco, tanto delas mesmas como do Poder Público.

Por isso que aqui se reitera o fato de que instigar a autonomia dessa população com a ação conjunta dos órgãos públicos como da Defensoria Pú-

blica e da sociedade civil é tão essencial. As liberdades são avaliadoras de uma sociedade justa e igualitária. Sem elas não há que se falar em melhoras nas condições das populações de rua no Brasil.

## Considerações Finais

Portanto, em linhas gerais, a população em situação de rua é uma população obviamente vulnerável e que possui condições peculiares a serem atendidas. Frente à ausência de políticas públicas ou à falta de efetividade daquelas existentes, a sociedade civil entra como engrenagem fundamental na busca de paládio concreto à dignidade dessa parcela da sociedade. Além disso, órgãos como a Defensoria Pública possuem papel essencial na busca por uma comunidade mais igualitária e inclusiva.

As violações sistemáticas, estruturais e evidentes precisam parar. Para tal o Núcleo especializado em Cidadania e Direitos Humanos e a Unidade Família Central da Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado de São Paulo atuam com destreza e efetivam algumas soluções no meio ao caos perpetuado pela vivência em situação de rua. Merecem, pois, ímpar reconhecimento.

Fazer com que essas pessoas se desenvolvam é o cerne da problemática. Desenvolvimento é liberdade, é segurança, é dignidade. Enquanto a sociedade evolui para garantir uma maior equidade, a Administração Pública precisa agir conjuntamente com diversos setores sociais para que a população em situação de rua – em especial as crianças e os adolescentes – tenha salvaguardados seus direitos básicos e tenha garantido um mínimo existencial.

## Referências

ALVAREZ, Aparecida Magali de Souza; ALVARENGA, Augusta Thereza de; DELLA RINA, Silvia Cristiane de S. A. **Histórias de vida de moradores de rua, situações de exclusão social e encontros transformadores**. Saúde soc., São Paulo, v. 18, n. 2, 2009, pp. 259-272.

BELIZÁRIO, Deryck Miranda. **Os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua: o Ministério Público como instituição garantidora desses direitos**. Minas Gerais: De Jure, v. 16, n. 29, jul.-dez. 2017, pp. 295-341.

JESUS, Carolina Maria de. **Quarto de despejo: diário de uma favelada**. 10ª ed. – São Paulo: Ática, 2014.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Tradução Marco Zingano. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988.

MALFITANO, Ana Paula Serrata; ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. **Infância, juventude e vivências nas ruas: entre o imaginário da instituição e do direito**. Imaginario, São Paulo, v. 12, n. 12, 2006, pp. 15-33.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SICARI, Aline Amaral; ZANELLA, Andrea Vieira. **Pessoas em Situação de Rua no Brasil: Revisão Sistemática**. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 38, n. 4, 2018. pp. 662-679.

SILVA, Maria Lúcia Lopes da. **Trabalho e População de Rua no Brasil**. São Paulo: Cortez Editora, 2009, p. 136.

# A RELEVANTE ATUAÇÃO DAS APAES EM PROL DA EFETIVIDADE DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E MÚLTIPLA NO BRASIL

**Elizabete Aparecida Pereira**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – Paraná, Brasil. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito, na área de Concentração “Direito Socioambiental e Sustentabilidade”, Linha de Pesquisa “Justiça, Democracia e Direitos Humanos”, com Bolsa Marcelino Champagnat, de mérito acadêmico.

Pesquisadora junto ao Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Assessora Parlamentar do Senado Federal da República Federativa do Brasil

## **Resumo:**

O estudo aborda a pessoa com deficiência intelectual e múltipla e a importância de uma rede de atendimento em seu favor, as Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais, intitulada em seu conjunto por movimento apaeano. Mensura-se o papel desse trabalho à luz da ordem normativa vigente no Brasil. Sob revisão bibliográfica, documental e legislativa, parte-se da história, exegese estatutária e estrutura organizacional da rede apaeana para então cotejar a sua missão institucional e fins estatutários com a legislação brasileira em vigor. Apurou-se a existência de 2.215 entidades integrantes da rede, em prol de quase um milhão de pessoas, prestando serviços em diversas áreas, destacando a educação. O resultado converge os fins estatutários da rede apaeana à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aponta desafios a serem superados no campo educacional e identifica positivo agir transformador do movimento, pelo impulsionamento do protagonismo do seu público-alvo.

**Palavras-chave:** Deficiência intelectual; Brasil; Terceiro Setor; APAEs.

## **Introdução**

O último censo demográfico brasileiro apurou que 6,7% (seis inteiros e sete décimos por cento) do total da população como pessoas com deficiência,

correspondendo a 12.748.663 (doze milhões, setecentos e quarenta e oito mil, seiscentos e sessenta e três) pessoas<sup>1</sup>. Neste contingente, inclui-se a pessoa com deficiência intelectual e múltipla, sujeito do presente estudo, cujos dados censitários originários não sofreram ajustes, configurando 1,4% (um inteiro e quatro décimos por cento), totalizando 2.671.484 habitantes. Essa estatística, por si só, já evidencia a relevância da pesquisa. Todavia, aliada à justificativa de peculiar atenção à categorização em destaque, em função das limitações de ordem cognitiva e seus reflexos nas relações sociais e jurídicas, o segmento em questão é público-alvo de atendimento no âmbito das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAEs).

Deste modo, sistematizados em estudo em quatro seções, a primeiras abordando os sujeitos da pesquisa, enquanto pessoa física e jurídica, ao passo que a terceira seção apontará a convergência da missão apaicana à ordem normativa. Serão destacados a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada no Brasil como Emenda Constitucional, bem como o recente Decreto n. 10.502/2020, sobre a Política Nacional de Educação Inclusiva.

A partir dessas lentes de análise, o estudo encerra os desafios a serem superados no campo educacional e identifica positivo agir transformador do movimento, pelo impulsionamento do protagonismo do seu público-alvo.

## **A Pessoa com Deficiência Intelectual**

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência fez prevalecer o uso de cinco categorias de deficiência que já estavam previstas na legislação brasileira, pelo Decreto Federal n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999<sup>2</sup>.

A deficiência intelectual referida nesse diploma é a adotada pela American Association on Intellectual and Developmental Disabilities (AAIDD), conceituando-a como

funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou

- 1 Realizado em 2010, com dados revisados em 2018, o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aplicou a linha de corte sugerida pelo Grupo de Washington para análise dos dados sobre pessoas com deficiência e, de indivíduos que responderam ter pelo menos alguma dificuldade em uma ou mais questões, passou-se a considerar indivíduos que responderam ter pelo menos muita dificuldade em uma ou mais questões (OLIVEIRA, 2012).
- 2 Todavia, além das deficiências física, visual, auditiva, intelectual e múltipla, a referida Convenção acresceu a categorização da deficiência mental que, no referido diploma normativo brasileiro, era empregado como sinônimo de deficiência intelectual, o que já superado a partir da Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual, aprovada em 6 de outubro de 2004 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em conjunto com a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS). Assim, hodiernamente a deficiência mental passou a ser concebida sob um caráter psicossocial, que de qualquer modo não afasta a problemática debatida neste artigo àqueles categorizados nesta condição, sobretudo porque as APAEs atendem pessoas com deficiência intelectual e múltipla, sendo possível a conjugação da deficiência intelectual com a mental, como ocorre em alguns casos.

mais áreas de habilidades adaptativas, tais como comunicação; cuidado pessoal; habilidades sociais; utilização dos recursos da comunidade; saúde e segurança; habilidades acadêmicas; lazer e trabalho, sendo que a referida Associação ainda considera dentre as áreas de habilidades adaptativas a autonomia e a vida familiar.

Todavia, muito antes dessa conceituação, a deficiência intelectual transitou por diversas concepções. De um enfoque inicialmente supersticioso, que transitou entre posturas de exclusão e segregação, migrou-se para um enfoque científico, de cunho médico, pedagógico, psicológico<sup>3</sup>, em períodos não necessariamente estanques, também transitados por tais posturas. Sobreveio, posteriormente, o viés de integração, ainda pautado no modelo médico que, mais recentemente, foi suplantado pelo paradigma de inclusão, pautado no modelo social de deficiência<sup>4</sup>.

Por outro lado, apesar da categorização intelectual não especificar o nível de comprometimento (leve, moderado, severo, profundo), não se pode olvidar que a definição apresentada pela AADID se reveste de uma perspectiva multidimensional que prioriza a dinâmica entre fatores pessoais e ambientais, de cujos resultados emergem os modos de funcionamento de cada um, manifestando as necessidades especiais que são diferenciadas de pessoa para pessoa, segundo suas características individuais e as do contexto no qual estão inseridas, envolvendo a família, a comunidade, a vizinhança e as influências culturais (CARVALHO *et al.*, 2011, p. 27).

## O Movimento Apaeano

Procedida à delimitação do sujeito da pesquisa pessoa física, a seção aborda o outro sujeito em análise, que é a pessoa jurídica que lhe atende.

As Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAEs) são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas sob a natureza jurídica de associações, de caráter beneficente, com atuação em prol da pessoa com deficiência intelectual e múltipla nas áreas de assistência social, educação, saúde, prevenção, trabalho, profissionalização, defesa e garantia de direitos, esporte, cultura, lazer, estudo, pesquisa, dentre outros, com duração indeterminada.

Historicamente, o movimento apaeano surge em 11 de dezembro de 1954, com a criação da primeira APAE, na cidade do Rio de Janeiro, deflagrando o processo de instalação de outras unidades em novas localidades. Em 1962, 12 (doze) das 16 (dezesseis) APAEs existentes resolvem constituir uma

3 Acerca da abordagem história, é recomendável a leitura de DIAZ, 1995 e PESSOTI, 1984.

4 Esta nova abordagem, expressamente referida no artigo 2º, § 1º da Lei Federal n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão, parte da consideração de impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; limitação no desempenho de atividades; e restrição de participação, tudo o quanto deva ser avaliado por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

Federação Nacional das APAEs, fomentando uma maior articulação entre si e expansão da rede de atendimento, mediante a constituição de novas instituições.

Da criação dessa Federação até a reforma estatutária de 1973, o movimento cresceu vertiginosamente. Para FILHO, 1999, enquanto a década de sessenta presenciou a criação de 111 (cento e onze) filiações, o fim da década de setenta computou 310 (trezentas e dez) novas APAEs, número elevado para 347 (trezentas e quarenta e sete) na década de oitenta.

A consolidação sobrevém na década de noventa, quando a instituição federativa declara que “a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais se organiza de forma mais ampla através do Movimento Apaeano, que tem abrangência nacional” (FENAPAEs, 1997c, p. 19)<sup>5</sup>. A partir daí, visando à sistematização do trabalho realizado localmente, a estrutura fica assentada em quatro níveis (Federação Nacional, Federações Estaduais, Conselhos Regionais e unidades locais, as APAEs).

Sob tal estrutura organizacional, no curso desse ano de 2020, o movimento totaliza 2.215 (duas mil, duzentas e quinze) APAEs, localizadas, uma por município, em todos os 26 (vinte e seis) Estados do território brasileiro, além do Distrito Federal, configurando uma grande rede institucional caracterizada como um dos maiores movimentos sociais e comunitários filantrópicos do mundo<sup>6</sup>.

Atuando em rede, todas as APAEs adotam um estatuto padrão, que redige a sua missão como sendo “promover e articular ações de defesa de direitos e prevenção, orientações, prestação de serviços, apoio à família, direcionadas à melhoria da qualidade de vida da pessoa com deficiência e à construção de uma sociedade justa e solidária”.

Esta incumbência é buscada por meio de quatro fins estatutários previstos no artigo 9º, consistentes na promoção da qualidade de vida, preferencialmente das pessoas com deficiência intelectual e múltipla e transtornos globais do desenvolvimento, em seus ciclos de vida (infantil, juvenil, adulto e idoso), buscando assegurar-lhes o pleno exercício da cidadania; na prestação do serviço de habilitação e reabilitação, promoção de sua inclusão à vida comunitária no campo da assistência social, realizando atendimento, assessoramento, defesa e garantia de direitos; na prestação de serviços de educação especial; além da oferta de serviços na área da saúde, desde a prevenção<sup>7</sup>.

Para consecução desta finalidade, as APAEs desenvolvem diversas ativi-

---

5 Partiu-se de um diagnóstico das APAEs existentes, culminando edição do “Projeto Água”, um documento para capacitação de dirigentes, desmembrado em manuais orientativos que padronizaram as ações desenvolvidas pela rede de atendimento.

6 Na maioria dos Municípios desprovidos de APAEs, as pessoas com deficiência intelectual ali residentes são encaminhadas para estudar na cidade mais próxima, que possua a entidade, o que ocorre por meio da assinatura de parceria com a Prefeitura daquela localidade. Esta colaboração intermunicipal corrobora ainda mais a já expressiva capilaridade do movimento no país.

7 FENAPAEs, 2012, p. 12.

dades que, a seguir, serão analisadas à luz da ordem normativa em vigor.

## **Convergência da Missão Apaeana à Ordem Normativa**

Procedida à análise histórica, organizacional e estatutária da rede apaeana, busca-se cotejar a missão institucional e finalidades estatutárias deste movimento com o ordenamento jurídico vigente no Brasil, para aferir de que modo contribuem à efetividade dos direitos humanos e fundamentais constitucionais para este segmento vulnerável da sociedade.

O movimento apaeano congrega a família, amigos(as), voluntários(as) e profissionais das mais diversas áreas e instituições parceiras, públicas e privadas, além das próprias pessoas com deficiência intelectual.

Para a consecução de seus fins, o artigo 10 do Estatuto Social estabelece um elenco de proposições às APAEs, tendentes ao engajamento da comunidade; ao fortalecimento de vínculos familiares; à participação efetiva da pessoa com deficiência em assuntos de seu interesse; à participação da APAE na elaboração de políticas públicas em prol do público alvo; à divulgação de informações afetas ao segmento, inclusive pela compilação de normas; à realização de estatísticas, ao desenvolvimento do programa de autodefensoria e à promoção e articulação de serviços e programas de prevenção, educação, saúde, assistência social, esporte, lazer, trabalho, visando à plena inclusão da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla<sup>8</sup>.

Visando à promoção e defesa dos direitos desses sujeitos, os resultados apurados demonstram que tais entidades privadas, sem fins lucrativos, integrantes do Terceiro Setor, por sua capilaridade em 2.215 municípios brasileiros, prestam tais serviços para quase um milhão de pessoas com deficiência intelectual e múltipla, nas mais diferentes faixas etárias e nas mais distintas supracitadas áreas.

Apenas para dimensionar a importância desse trabalho, a FENAPAEs divulgou que presta 220.404 atendimentos diretos na assistência social e mais 202.559 são beneficiadas na área de defesa e garantia dos direitos; 149.220 estudantes frequentam escolas especiais das APAEs e 46.093 estão matriculados no atendimento educacional especializado; além de 370.970 atendimentos de habilitação e reabilitação de saúde, totalizando 989.246 (novecentos e oitenta e nove mil, duzentos e quarenta e seis mil) atendimentos, em todo o Brasil.

Interessa no presente estudo um recorte no campo da educação, por conta de recente legislação editada no Brasil. Todavia, antes de desenvolver esse tópico, os resultados apurados constataam a plena convergência dos propósitos estatutários apaeanos ao que dispõe a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão.

O Brasil é signatário desse Tratado, aprovado em dezembro de 2006 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e assinado pelo país em março de 2007. No Parlamento, os documentos foram ratificados pelo Decreto Legisla-

---

8 FENAPAEs, 2012, p. 13-15.

tivo n. 186, de 9 de julho de 2008.

E como o § 1º do artigo 45 do referido Tratado prevê o início da vigência no trigésimo dia após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão, o mesmo passou a valer no plano jurídico externo em 31 de agosto de 2008 e, quase um ano depois, pelo Decreto Executivo n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, iniciou vigência no plano jurídico interno (PEREIRA, 2018).

Entretanto, tão ou mais importante que a informação acerca do início de sua vigência para o Brasil, é a verificação de que sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro deu-se com a equivalência de norma constitucional, pois o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal prevê que “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”.

A simples leitura dos fins estatutários e diretrizes para a consecução desses fins, cotejada com disposições da Convenção, permitem aferir a convergência dos objetivos do movimento apaeano, em prol da pessoa com deficiência, ao que prevê o referido Tratado, o que pode ser ilustrado por meio do seguinte Quadro.

Quadro I – Cotejo de Disposições Estatutárias Apaeanas com Disposições Convencionais

<b>Disposições Estatutárias Incisos do art. 9º do Estatuto APAEANO</b>	<b>Disposições Convencionais</b>
III – incentivar a participação da comunidade e das instituições públicas e privadas nas ações e nos programas voltados à prevenção e ao atendimento da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla;	Artigo 8º Conscientização
XII – desenvolver ações de fortalecimento de vínculos familiares, prevenindo a ocorrência de abrigamentos;	Artigo 23 Respeito pelo lar e pela família
XVI – atuar na definição da política municipal de atendimento à pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, em consonância com a política adotada pela Federação das APAEs do Estado e pela Federação Nacional das APAEs, coordenando e fiscalizando sua execução;  XVII – articular, junto aos poderes públicos municipais e às entidades privadas, políticas que assegurem o pleno exercício dos direitos da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla;	“Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas” (art. 4º, item 3).
XVIII – encarregar-se, em âmbito municipal, da divulgação de informações sobre assuntos referentes à pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, incentivando a publicação de trabalhos e de obras especializadas;	Artigo 8º Conscientização

<b>Disposições Estatutárias Incisos do art. 9º do Estatuto APAEANO</b>	<b>Disposições Convencionais</b>
XX – promover e/ou estimular a realização de estatísticas, estudos e pesquisas em relação à causa da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, propiciando o avanço científico e a permanente formação e capacitação dos profissionais e voluntários que atuam na APAE;	Artigo 31 Estatísticas e coleta de dados
XXIV – desenvolver o programa de autodefensoria, garantindo a participação efetiva das pessoas com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla, na gestão da APAE;	Artigo 29 Participação na vida política e pública
XXV – promover e articular serviços e programas de prevenção, educação, saúde, assistência social, esporte, lazer, trabalho, visando à plena inclusão da pessoa com deficiência, preferencialmente intelectual e múltipla.	Artigo 24 (Educação) Artigo 25 (Saúde) Artigo 26 (Habilitação e reabilitação) Artigo 27 (Trabalho e emprego) Artigo 28 Padrão de vida e proteção social adequados Artigo 30 Participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte

Fonte: PEREIRA, 2020.

Quanto à promoção de serviços de educação, mais recentemente, o Governo Brasileiro editou o Decreto Federal n. 10.502, que dispôs sobre a Política Nacional de Educação Especial: Educativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida (PNEE). A medida administrativa, direcionada para o atendimento educacional de estudantes em todo o Brasil que têm algum tipo de deficiência, previu a existência de escolas especializadas, tais como as que são mantidas pelas APAEs.

Tal previsão vem ensejando grande polêmica por quem considera a medida um retrocesso no campo da inclusão educacional. Divergindo dessa posição, tece-se, doravante, a defesa do Decreto, a partir do que prevê a Constituição Brasileira, inclusive sob o ponto de sua Emenda Constitucional, que é a própria Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

### **Análise do Decreto n. 10.502/2020, à luz da Constituição Brasileira e da Convenção**

O artigo 24, item 1 da Convenção determina que “os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação”. Nisso não difere do que a Constituição já prevê no artigo 205, quando prevê que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. O termo ‘todos’ não exclui a

pessoa com deficiência. Do mesmo modo, o dever estatal não exclui a sociedade, tanto que o artigo 206, III assegura que o ensino a ser ministrado terá como um dos princípios o “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”.

Retornando à Convenção, no mesmo artigo 24, item 1, ao assegurar o sistema educacional inclusivo em todos os níveis, não especifica que é obrigatoriamente no sistema público. Isso apenas vem tratado no item seguinte, alíneas ‘a’ e ‘b’, que determinam que:

- a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
- b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem.

Em ambos os casos, a Convenção não destoa do que a Constituição Brasileira já prevê no artigo 206, IV, com um dos princípios regente a “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”.

Do mesmo modo, não destoa do artigo 208, I e II, que respectivamente determinam que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” e “progressiva universalização do ensino médio gratuito”. Nesse sentido, as escolas especializadas mantidas pelas APAEs, ao firmarem parceria com o Poder Público, não cobram pela prestação deste atendimento. E esta parceria tem previsão constitucional contida no artigo 213, I e II, que determina que “os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei”, quando “comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação” e “assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades”.

Outras disposições da Convenção asseguram a previsão contida no Decreto 10.502. Em seu preâmbulo (alínea i), assegura-se a diversidade da pessoa com deficiência, a qual não pode ser desconsiderada no campo da educação. Isso implica de a singularidade de cada pessoa com deficiência precisa ser respeitada<sup>9</sup>. Há estudantes com deficiência que são incluídos com êxito no sistema comum de ensino, mas há estudantes que, em função de especificidades de sua deficiência, são desafiados à inclusão, sobretudo no contexto da

<sup>9</sup> Nesse sentido, observa-se que a chamada Lei 13.146/2015 generaliza a pessoa com deficiência em locução única, olvidando que é preciso tecer distinções em decorrência das diversas categorizações existentes. (MEIRELLES, 2018).

temporalidade do aprendizado, como ocorre em alguns casos da deficiência intelectual.

O Decreto não cria a previsão de ensino por meio de escolas especializadas, mas apenas as reconhece como uma possibilidade, justamente, para os “os educandos da educação especial que não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas e que apresentam demanda por apoios múltiplos e contínuos” (artigo 2º, IV).

A previsão do Decreto, neste ponto, também converge para o preâmbulo (alínea n) da Convenção, que reconhece a importância da autonomia e independência individuais da pessoa com deficiência, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas. Esta mesma liberdade é erigida como princípio no artigo 3º, que trata dos princípios gerais da Convenção, assegurando “a liberdade de fazer as próprias escolhas”<sup>10</sup>.

Por fim, não se pode dizer que a Convenção, pelo simples fato de ter sido incorporada no ordenamento jurídico nacional com status de Emenda Constitucional, tenha alterado a Constituição Federal quanto à educação da pessoa com deficiência. Não se pode alegar a revogação do artigo 208, III, que prevê o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, pois o dispositivo emprega o advérbio ‘preferencialmente’ e não ‘exclusivamente’. Assim, é constitucionalmente prevista a coexistência de instituições de ensino públicas e privadas e, neste contexto, há diversas escolas especializadas que, historicamente, desempenham o serviço público da educação com competência e dedicação, em colaboração com o Poder Público. No Brasil, o Primeiro Setor ainda deve caminhar um longo percurso para a inclusão da pessoa com deficiência em sua rede comum de ensino. Enquanto isso não ocorre a contento, é legítima a coexistência das escolas mantidas pelo Terceiro Setor, como é o caso das Escolas da rede Apaeana, sobretudo aquelas que ofertam educação básica, na modalidade de Educação Especial.

Neste ponto, prevalece a regra contida no artigo 4º, item 4 da Convenção, que expressamente determina que

nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

---

10 Tal liberdade já constava, aliás, na própria Declaração sobre Direitos Humanos, de 1948, ao prever que no art. XXV, item 3 que “os pais têm prioridade de direito na escolha dos gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”.

Portanto, não se pode dizer que o artigo 208, III da Constituição Federal foi revogado, pois em direito internacional prevalece o princípio da primazia de norma mais favorável à pessoa humana, previsto no artigo 30 da própria Declaração Internacional de Direitos Humanos e artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>11</sup>.

## Considerações Finais

A rede apaeana completou 65 (sessenta e cinco) anos de existência em 2019, período em que, com excelência, vem exercendo a sua missão institucional de luta em defesa dos direitos da pessoa com deficiência intelectual e múltipla; de apoio à família e de atendimento especializado, direcionadas à melhoria da qualidade de sua vida e à construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária. Não obstante, desafios ainda devem ser superados, sobretudo no campo educacional, agora em defesa do atendimento educacional que realizam, em colaboração com o Poder Público. Este, infelizmente, ainda não cumpre a contento a Convenção de Nova Iorque, do ponto de vista da remoção de barreiras, sobretudo nas comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas. Assim agindo, o Primeiro Setor ainda deixa a desejar a promoção de uma verdadeira inclusão do(a) estudante com deficiência intelectual na rede de pública de ensino, sobretudo daqueles(as) mais comprometidos. O que ainda se vê é uma mera e irresponsável integração do aluno no rol de seus matriculados e para coibir isso é que o Decreto 10.502/2020 reconhece a existência de outros espaços de ensino, que cumprem essa função, sendo as escolas apaeanas um exemplo disso. Para realizar este enfrentamento, destaca-se como aspecto positivo um agir transformador do movimento apaeano, notadamente pelo impulsionamento do protagonismo do seu público-alvo, previsto no seu Estatuto e colocado em prática por meio do Programa de Autodefensoria. Nada sobre nós sem nós. Esse tema, tão caro ao segmento, demanda a realização de pesquisas de caráter fenomenológico, tão carentes no tratamento do tema.

## Referências

AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES. **Intellectual disability**: Definition, classification, and systems of supports. Washington, DC: AAIDD, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1994**. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras

11 Seguindo essa diretriz principiológica, o parágrafo único do artigo 121 da Lei Brasileira de Inclusão também afirma que “prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência”.

providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em: 24 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **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. Disponível em: Acesso em 13: set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo nº 186, de 19 de julho de 2008.** Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em Acesso em: 13 set. 2014.

CARVALHO, Erenice Natália Soares de; CARVALHO, Rosita Edler Carvalho; COSTA, Sandra Marinho, **Política de atenção integral e integrada para as pessoas com deficiência intelectual e múltipla.** Brasília: Federação Nacional das APAEs, 2011.

DIAZ, Antonio Leon Aguado. **História de las deficiencias.** Colección Tesis y Praxis. Escuela Libre Editorial Fundacion Once Madrid, 1995.

FEDERAÇÃO NACIONAL DAS APAES. **Estatutos do Movimento Apaeano.** Brasília: [s.n.], 2012.

FILHO, Santos. **O Movimento Apaeano: História e Evolução.** Palestra proferida durante o curso de Formação de Multiplicadores na Área de Desenvolvimento Institucional e Gerencial. Projeto Águia (20/04/99). São Paulo: Instituto APAE, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010.** Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, dados referentes à população do Brasil. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de Meirelles. Entre o abrigo e desamparo: um olhar da Bioética à proteção jurídica da pessoa com deficiência. In: **Seminário O Estatuto da pessoa com deficiência e sua importância para o desenvolvimento econômico.** Curitiba, Notas do Painel 2. (Mimeografado), 2018.

OLIVEIRA, Luiza. **Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência.** Brasília: SDH-SNPD. 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual.** Montreal, Canadá: Organização Mundial de Saúde, 2004.

PEREIRA, Elizabete Aparecida. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência intelectual ou mental no contexto das alterações promovidas no Código Civil Brasileiro pela Lei Brasileira de Inclusão. In: Cavet, C. A, et al. (Org.). **Temas atuais e relevantes da Responsabilidade Civil.** 1 ed. Curitiba: Instituto Memória - Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018, v. III, p. 53-71.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: Lei Federal n. 13.146, de 6 de julho de 2015.** Federação das APAEs do Paraná. Curitiba: Gráfica Mansão, 2016.

PESSOTTI, Isaias. **Deficiência Mental: da superstição à ciência.** São Paulo: EDUSP, 1984.

# A VULNERABILIDADE E A EXCLUSÃO DO IDOSO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

**Odete Novais Carneiro Queiroz**

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).  
Advogada em São Paulo

**Leo Benjamin Fischer**

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).  
Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).  
Advogado em São Paulo

## **Resumo:**

As próximas décadas testemunharão um importante crescimento na população de idosos, sendo certo que o recurso a critérios objetivos para caracterizar uma pessoa como idosa é tarefa espinhosa. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a se preocupar com os idosos. No plano infraconstitucional destacam-se a Lei 8.842/94 (Política Nacional do Idoso) e a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) pelo seu papel em fortalecer o arcabouço normativo relativo aos direitos do idoso. Na prática, porém, os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais não vêm sendo seguidos a contento nem pelo Estado, nem pela sociedade, do que frequentemente resulta a exclusão social do idoso (laboral, política e familiar), muitas vezes exacerbada pela sua exclusão digital. A modificação desta realidade perversa exige um comportamento proativo, tanto do Executivo, do Legislativo e da sociedade brasileira como, no plano internacional, da ONU.

**Palavras-chave:** Idoso; Envelhecimento; Exclusão Social; Vulnerabilidade do Idoso.

## **Considerações Iniciais**

O envelhecimento é um fenômeno natural, contínuo e involuntário que ocorre, sem exceção, em todos os organismos multicelulares. Fatores biológicos atrelados à passagem do tempo resultam em alterações fisiológicas que passam a limitar características físicas e psicológicas de forma progressiva. Aos poucos, na medida em que estas limitações se desenvolvem, a prática de ativi-

dades do cotidiano passa a exigir atenção especial.

A redução de mobilidade, vulnerabilidade a enfermidades, diminuição da capacidade sensitiva, redução da agilidade mental e degeneração física são algumas das características inerentes ao processo de envelhecimento. Estas fragilidades que, em decorrência de uma natalidade decrescente, acometem percentagem cada vez maior da população são, com preocupante frequência vistas, em uma sociedade que cada vez mais valoriza a juventude e a produtividade, exclusivamente como um ônus social.

A visão estereotipada que identifica o idoso com a improdutividade, obsolescência, morosidade e decadência acaba por gerar sua discriminação pela parcela mais jovem da sociedade. É sem dúvida este preconceito que é em grande parte responsável pela exclusão social do idoso das mais diversas atividades e frentes. Conforme veremos mais adiante, a exclusão digital, laboral, política e até familiar são apenas alguns dos problemas enfrentados pelos idosos que assim diuturnamente testemunham a violação de seus direitos mais básicos, sem mencionar o tratamento degradante que macula sua dignidade.

Questões ligadas ao processo de envelhecimento, velhice e a exclusão social dos idosos vem atraindo crescente atenção de profissionais de diversas áreas do conhecimento, bem como de organizações governamentais e instituições privadas nacionais e internacionais, em razão do aumento considerável de idosos na população mundial. Projeções indicam que as próximas décadas serão compostas, cada vez mais, por adultos e idosos havendo, portanto, um deslocamento para cima da faixa média de idade. Segundo dados do relatório *The World Population Prospects*<sup>1</sup> elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), atualmente uma em cada onze pessoas tem 65 anos ou mais (totalizando 9% da população global). Estima-se que até 2050 uma em cada seis pessoas terá 65 anos ou mais (totalizando 16% da população global). O relatório também indica que o número de pessoas com 80 anos ou mais deve triplicar até 2050.

Constata-se esta tendência mundial também no Brasil. Conforme pesquisa realizada em 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>2</sup>, a população idosa (60 anos ou mais) que representa, hoje, aproximadamente 13,5% da população brasileira, saltará para 24,5% até 2042. A pesquisa também indica que já em 2031 o número de idosos superará o número de crianças e adolescentes (0 a 14 anos) e, em 2050, haverá mais idosos que adultos entre as idades de 40 e 59 anos.

---

1 UNITED NATIONS – DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. *World Population Prospects 2019*. UN Population. New York, 2019. Disponível em: <https://population.un.org/wpp/>. Acesso em: 05 mar. 2020.

2 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 05 mar. 2020.  
MELLIS, Fernando. Número de idosos no Brasil deve dobrar até 2042. R7, Brasil, 25 jul. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/numero-de-idosos-no-brasil-deve-dobrar-ate-2042-diz-ibge-25072018>. Acesso em: 06 mar. 2020.

Inquestionável, pois, que os dados apontam que o envelhecimento da população nacional e internacional é uma tendência clara e, ao que parece, irreversível<sup>3</sup>. Não obstante, a implementação de políticas públicas de infraestrutura, acessibilidade, lazer, saúde e de incentivo à proteção e respeito ao idoso, dentre outras, está muito aquém do aumento exponencial da população idosa. Esta flagrante disparidade entre o crescimento da população idosa e a atenção especial que este grupo vulnerável requer contribui, por óbvio, para a crescente violação de seus direitos básicos.

Para fins didáticos, dividiremos este artigo em quatro sucintos capítulos: **a)** em primeiro lugar, examinaremos a espinhosa questão do conceito de idoso; **b)** em segundo lugar, iremos alinhar a proteção legal do idoso no âmbito constitucional e infraconstitucional; **c)** em seguida, abordaremos diferentes formas de exclusão social do idoso; e **d)** por fim, teceremos considerações acerca de formas de atenuar a crescente exclusão social que atualmente vitima milhões de idosos.

## Do Conceito de Idoso

Não é tarefa fácil estabelecer critérios objetivos para caracterizar uma pessoa como idosa. Por uma série de fatores, o desenvolvimento biológico e psíquico de indivíduos da mesma faixa etária pode variar drasticamente. Há indivíduos que, a despeito de idade avançada, não sofrem de limitações físicas ou psicológicas, não necessitando, portanto, de cuidados especiais para a prática de atividades do dia a dia, enquanto outros mais novos podem por vezes reclamar atenção diferenciada.

Para *Wladimir Novaes Martinez*<sup>4</sup> a definição de idoso pode ser alcançada por meio da utilização de cinco critérios distintos, quais sejam: **a)** cronológica (temporal); **b)** psicobiológica (médica); **c)** econômico-financeira; **d)** social; e **e)** legal.

De acordo com o primeiro, idoso seria aquela pessoa que atingiu determinada idade, normalmente comprovada por meio da apresentação de sua certidão de nascimento ou de casamento (sendo certo que, na ausência destes documentos, métodos científicos/médicos podem ser aplicados para a identificação). O segundo avalia a condição física, psíquica e biológica do indivíduo, pouco importando se o indivíduo possui idade avançada ou não. O terceiro há de ser abordado com muita cautela, porquanto leva em consideração a situação patrimonial da pessoa (é evidente que o hipossuficiente reclama mais proteção do que a pessoa economicamente independente, contudo igualmen-

3 MIRANDA, Gabriella Morais Duarte; MENDES, Antonio da Cruz Gouveia; SILVA, Ana Lucia Andrade da Silva. O envelhecimento populacional brasileiro: desafios e consequências sociais atuais e futuras. Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia, vol. 19, Rio de Janeiro, jun. 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1809-98232016000300507&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1809-98232016000300507&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 06 mar. 2020.

4 MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários ao Estatuto do Idoso - 3. ed. - São Paulo: LTr, 2012. Pg. 19

te indubitável é que o idoso “*não é apenas o pobre; qualquer cidadão envelhecido merece respeito, até o poderoso*”<sup>5</sup>). O quarto leva em consideração o meio em que a pessoa convive como, por exemplo, o local de residência e o ambiente familiar. E, por fim, segundo o parâmetro legal, idoso é a pessoa que satisfaz as condições estabelecidas em lei. É este último parâmetro que, por óbvio, povoa com mais intensidade o mundo do Direito.

Cabe assim ao legislador determinar uma regra geral e objetiva (ainda que tal critério não seja adequado para todos os casos)<sup>6</sup>. A CF/88, apesar de não ignorar o idoso (conforme veremos abaixo), tampouco ofereceu uma definição legal. Esta omissão gerou celeuma acerca de qual seria a idade/parâmetro ideal para caracterizar uma pessoa como idosa. A garantia constitucional, prevista no art. 230, § 2º, que instituiu a gratuidade dos transportes coletivos urbanos para os maiores de sessenta e cinco anos, não foi aceito como critério universal.

A questão foi pacificada apenas com a promulgação da Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/94) e, posteriormente, com o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). Ambos os diplomas adotaram o critério *cronológico* ao definir o idoso como toda pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos (art. 1º da Lei 10.741/2003 e art. 2º da Lei 8.842/94).

## Da proteção Constitucional do Idoso

As constituições brasileiras anteriores à atual foram praticamente omis-  
sas no tocante aos direitos dos idosos. A Constituição Federal de 1934, ao  
regular matéria trabalhista e previdenciária, fez menção em um único artigo à  
questão da velhice (art. 121, §1º, *b*)<sup>7</sup>. A intenção do constituinte de 1934, con-  
tudo, não foi a preservação dos direitos da população idosa, mas sim o cus-  
teio e equilíbrio do sistema previdenciário<sup>8</sup>. A previdência garantida na Carta  
Magna de 1934 era um benefício direcionado “*ao trabalhador, sobretudo da  
indústria e do comércio, que se encontrasse em alguma situação de risco social, como casos de  
doença, invalidez e velhice*”<sup>9</sup>. Seria obrigação do Estado, portanto, prestar assis-  
tência ao trabalhador nas situações mencionadas. Assim, a CF/34 “*ao vincular  
o benefício previdenciário à situação de risco social (...) referia-se a velhice como uma etapa*

5 MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários ao Estatuto do Idoso - 3. ed. - São Paulo: LTr, 2012. Pg. 19

6 BARLETTA, Fabiana Rodrigues (org.); ALEMIDA, Vitor (org.). A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso / Ana Paula Barbosa-Fohrmann ... [et al.]. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. Pg. 11

7 Constituição Federal de 1934. Art. 121, §1º, *b*: “*assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte*”;

8 LEITE, George Salomão (org.) ... [et al.]. Manual dos direitos da pessoa idosa – São Paulo: Saraiva, 2017. Pg. 44.

9 LEITE, George Salomão (org.) ... [et al.]. Manual dos direitos da pessoa idosa – São Paulo: Saraiva, 2017. Pg. 44.

*improdutiva do trabalhador e que, por tal razão, merecia os cuidados do Poder Público*”<sup>10</sup>.

As demais constituições brasileiras (1937, 1946 e 1967) não introduziram alterações significativas no que tange aos direitos dos idosos. A Constituição Federal de 1988, porém, foi um autêntico divisor de águas. A CF/88, conforme é cediço, deu nova fisionomia ao Estado brasileiro representado, principalmente, pelo seu caráter social e protetivo a direitos individuais e coletivos. A dignidade da pessoa humana e a cidadania passaram a ser reconhecidos como fundamentos da República e foram arrolados direitos e princípios fundamentais com o propósito de dar efetividade à proteção da pessoa humana<sup>11</sup>. Esta alteração estrutural vis-à-vis as constituições anteriores procurou garantir benefícios não apenas à população idosa, mas também às comunidades vulneráveis e a grupos minoritários.

A título de ilustrativo, o art. 3º, IV, estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República, a promoção “*do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. O artigo 5º, *caput*, por sua vez, determina que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade (...)*”.

A proteção constitucional do idoso não se limitou apenas a disposições genéricas. Dispositivos específicos também buscam assegurar direitos aos idosos, inclusive por meio de prestações positivas do Estado. O art. 230, *caput*, por exemplo, estabelece que “*a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*”. Verifica-se, assim, que o legislador constitucional dedicou atenção especial a este grupo de pessoas. O texto constitucional, inclusive, estabeleceu a obrigação do Estado (além da família e da sociedade) em promover a inclusão do idoso na sociedade, por meio de sua participação na comunidade. O tratamento diferenciado conferido pelo legislador também resta evidenciado no parágrafo primeiro do mesmo artigo (que determina que programas de amparo aos idosos serão realizados, de preferência, no domicílio dos idosos) e no art. 229 (que estabelece a obrigação dos filhos maiores em amparar os pais na velhice).

Os dispositivos constitucionais que protegem o idoso não se restringem aos acima citados. O art. 6º reconhece a previdência social como um direito social. O art. 7º, ao regular os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, afirma o direito à aposentadoria (inciso XXIV) e veda a discrepância salarial por variações de faixa de idade. O art. 203, I, assegura proteção à velhice, por meio da assistência social, independentemente de contribuição à seguridade. O inciso V do mesmo artigo garante “*um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à*

10 LEITE, George Salomão (org.) ... [et al.]. Manual dos direitos da pessoa idosa – São Paulo: Saraiva, 2017. Pg. 45.

11 DINIZ, Fernanda Paula. Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. Pg. 26.

*própria manutenção ou de tê-la provida por sua família*”. O art. 100, §2º, estabelece preferência aos idosos no recebimento de pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentenças judiciais de natureza alimentícia.

## Da proteção Infraconstitucional do idoso

Vimos que a Constituição Cidadã foi a primeira lei suprema brasileira a proporcionar uma proteção específica aos idosos e é desta matriz que derivam inúmeras leis infraconstitucionais (no âmbito municipal, estadual e federal), das quais podemos destacar a Lei 8.842/94 e a Lei 10.741/2003, que fortaleceram o arcabouço normativo brasileiro relativo aos direitos dos idosos.

A Lei 8.842/94 (Política Nacional do Idoso), regulamentada pelo Decreto 1.948/96, foi uma das primeiras normas infraconstitucionais elaboradas para atender as necessidades dos idosos. A Política Nacional do Idoso buscou, dentre outros objetivos, promover a autonomia, integração e participação do idoso<sup>12</sup>. Em 13 de janeiro de 2002, foi instituído o Conselho Nacional dos Direitos dos Idosos (CNDI), por meio do Decreto 4.277, posteriormente alterado pelo Decreto 9.893/2019, com a finalidade de acompanhar, implementar e avaliar a Política Nacional do Idoso. A Lei 8.842/94 estabeleceu, pela primeira vez, dentro do capítulo “Das Ações Governamentais”, obrigações em várias áreas de intervenção pública como, por exemplo, na educação, saúde, justiça, cultura, trabalho e previdência social<sup>13</sup>.

Subsequentemente, com intuito de reforçar a Política Nacional do Idoso, foi promulgado o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). O Estatuto do Idoso, além de fortalecer os direitos fundamentais dos idosos, também tratou de introduzir normas de Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Penal e Direito Administrativo. Tipificou na esfera penal, a título de exemplo, alguns abusos que são frequentemente praticados contra esse segmento fragilizado. O abandono de idosos em hospitais e casas de saúde e/ou a ausência da promoção de suas necessidades básicas passou a ser considerado crime (art. 98 da Lei 10.741/2003) sujeito a detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos. Também, passou a configurar crime “reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida” (art. 104 da Lei 10.741/2003).<sup>14</sup>

Vale destacar, ainda, que uma das principais finalidades do Estatuto do Idoso é a busca da igualdade material: “a normatização encetada pelo Estatuto do Idoso equipara desigualmente os desiguais por critério biológico, que embasa a presunção de

12 FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. Pg. 02.

13 BARLETTA, Fabiana Rodrigues (org.); ALEMIDA, Vitor (org.). A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso / Ana Paula Barbosa-Fohrmann ... [et al.]. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. Pg. 44

14 BARLETTA, Fabiana Rodrigues (org.); ALEMIDA, Vitor (org.). A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso / Ana Paula Barbosa-Fohrmann ... [et al.]. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. Pg. 44

*vulnerabilidade de pessoas naturais com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos*<sup>15</sup>

A legislação codificada (e.g. Código de Processo Civil, Código Civil, Código Penal, etc.), por sua vez, também contém alguns (poucos) dispositivos que visam proteger o idoso. Igualmente, leis esparsas asseguram certos privilégios e proteção aos mais velhos nas três esferas administrativas.

Fato é que o inegável avanço legislativo, bem como outras conquistas sociais, não foram suficientes para barrar, até o momento, o descaso sistêmico sofrido pelos idosos na sociedade brasileira.

## Da Exclusão Digital

Cada vez mais a prática de atividades do dia a dia (que antes eram desempenhadas presencialmente/fisicamente), assim como o acesso à informação, e até mesmo à convivência social, passaram a depender em maior ou menor grau de meios digitais.

Apesar dos inquestionáveis benefícios proporcionados pela internet, não podemos negar que a exclusão digital contribui para a alienação laboral, política e familiar do idoso, que não raro tem dificuldade em conectar-se à rede e usufruir dos serviços, facilidades e acesso à informação propiciados pelo mundo da informática e até mesmo participar das comunidades virtuais.

A exclusão digital naturalmente não é uma barreira enfrentada somente pelos idosos. O alto custo dos dispositivos tecnológicos (computadores, celulares, tablets, etc.), bem como dos planos de acesso à internet, faz com que uma parcela considerável da população brasileira não tenha acesso ao mundo digital. Segundo pesquisa realizada pela TIC Domicílios, em 2018 menos da metade dos indivíduos das classes D e E possuíam acesso à internet à época (embora o resultado represente uma melhora substancial em comparação com a pesquisa anterior realizada pelo mesmo instituto em 2015)<sup>16</sup>. Para os idosos, porém, esta barreira extrapola a questão financeira atingindo todas as camadas sociais, ainda que não necessariamente de forma uniforme. Há um fator geracional que dificulta, inclusive aos idosos economicamente independentes, alcançar autonomia digital. Esta “dupla vulnerabilidade” requer uma atenção redobrada do Estado e da sociedade com a ampliação de programas de inclusão digital.

A título meramente exemplificativo, lembramos que muitos programas e serviços governamentais são acessíveis predominantemente (e, por vezes, exclusivamente) pela internet (e.g. agendamentos/acompanhamentos junto ao

---

15 ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira (org.); MORAES, Guilherme Peña de (org.); ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de (org). Estatuto do Idoso: comentários à Lei 10.741/2003 / Alexandre de Oliveira Alcântara ... [et al.]. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Pg. 02.

16 TIC DOMICÍLIOS. Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação Comunicação nos Domicílios Brasileiros - 2018. CETIC, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic\\_dom\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 05 mar. 2020.

INSS, e-social); instituições financeiras de tudo fazem para prestar seus serviços sem disponibilizar funcionários aos correntistas; é crescente o número de varejistas que só oferecem seus produtos em lojas virtuais; igualmente crescente é o número de periódicos que nascem eletrônicos ou abandonaram seus formatos físicos. A falta de proficiência digital, ademais, é forte fator inibidor de empregabilidade.

O idoso, com frequência, necessita de outra pessoa (um familiar ou amigo mais jovem) para auxiliá-lo a navegar pela internet. O baixo número de cursos de informática promovidos pelo Estado (e o alto custo de cursos privados ou aulas particulares) direcionados exclusivamente para idosos inibem a autonomia do idoso no mundo digital. Há quem argumente, inclusive, que em razão da crescente importância de meios digitais para o desempenho de atividades do dia a dia, a dependência digital dificulta o exercício pleno da cidadania (art. 1, II, da CF/88), uma vez que este exercício pressupõe o gozo de direitos civis, políticos e sociais<sup>17</sup>.

Muitos desconhecem que a obrigação do Estado relativamente à educação não se restringe exclusivamente aos mais jovens ou se olvidam que a obrigação do Estado neste tocante não se encerra no ensino superior. Em verdade, é raro a educação da pessoa idosa ser endereçada em qualquer debate ou programa político, a despeito do fato do Estatuto do Idoso, em seu art. 21, *caput*, determinar que “o Poder Público criará oportunidades de **acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados**”. Inclusive o §1º do mesmo artigo estabelece que “os cursos especiais para idosos incluirão conteúdo relativo às técnicas de comunicação, **computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna**”. A ausência de legislação, portanto, não é responsável pela exclusão digital do idoso. Sua inclusão depende do cumprimento da lei: da promoção de cursos de informática pelo Poder Público direcionados a este universo que naturalmente tem dificuldade em acompanhar o estrondoso desenvolvimento do mundo da informática.

## Da Exclusão laboral

Durante o período pré-capitalista, a velhice não era vista como um tema relevante no plano econômico. O homem não era classificado de acordo com sua capacidade de produção ou de geração de riquezas. Todavia, com o passar do tempo, especialmente após o século XIX, o envelhecimento passou a ser sinônimo de degeneração e decadência<sup>18</sup>. A velocidade e produtividade passaram a ser as qualidades mais admiradas. Como se a experiência e sabedoria

17 GOLDMAN, Sara Nigri. Velhice e Exclusão Digital “uma nova questão social?”. Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 30 ago. 2007. Pg. 08. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoD/a244f3f018ff-723f4c7eSARA%20NIGRI%20GOLDMAN.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

18 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. O direito à velhice: análise de sua proteção constitucional (Tese de doutorado - PUC São Paulo 2001). Pg. 23.

não pudessem contribuir diretamente para o desenvolvimento do País.

O aumento da população economicamente ativa (PEA) entre os idosos não se deve apenas ao envelhecimento da mesma. A permanência do idoso no mercado de trabalho após sua aposentadoria também é fator importante para o aumento da PEA idosa<sup>19</sup>. A razão para a manutenção (ou retorno) de idosos ao mercado de trabalho não é somente a complementação de renda própria, mas também o custeio de despesas de sua família (situação esta que é agravada em períodos de encolhimento econômico, tal como a crise que abala o Brasil nos **últimos** anos<sup>20</sup>).

Idosos há, inclusive, que não trabalham por necessidade financeira. Estudos demonstram que o trabalho propicia, além de vantagens materiais, importantes benefícios para a saúde física e mental.

O Direito do Trabalho pouco se preocupou com os idosos. São raros os dispositivos específicos que regulam o universo laboral do idoso. A falta de regulamentação desencoraja tanto os idosos na procura de emprego, em razão da ausência de condições específicas de trabalho, como as empresas em contratarem indivíduos de idade avançada, em especial aqueles com 50 anos ou mais<sup>21</sup>, por não enxergarem vantagens econômicas (e.g. redução de encargos sociais).

A escassez de normas trabalhistas específicas, assim como a inabilidade da Administração Pública em implementar as já existentes, acaba por gerar, na prática, a discriminação do idoso no ingresso e permanência no mercado de trabalho. A preferência do mercado é dada ao jovem, desvalorizando a capacidade técnica, a experiência de vida e a maturidade da pessoa idosa<sup>22</sup>.

## Da Exclusão Política

A representatividade de idosos em cargos eletivos no Poder Legislativo e Executivo não é objeto deste capítulo (até porque, não raro, muitos dos cargos mais importantes são ocupados por idosos). A exclusão política que aqui importa envolve o tolhimento de parcela desta população em reivindicar seus

19 FELIX, Jorge. Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões. Pg. 247. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9092/1/O%20Idoso%20e%20o%20mercado.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

20 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Síntese de Indicadores Sociais – Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira - 2018. Biblioteca IBGE, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020

AGÊNCIA BRASIL. Total de idosos no mercado de trabalho cresce e precariedade aumenta. Exame, 01 maio 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/total-de-idosos-no-mercado-de-trabalho-cresce-e-precariedade-aumenta/>. Acesso em: 08 mar. 2020.

21 AGÊNCIA BRASIL. Economistas defendem inserção de idosos no mercado de trabalho. Época Negócios, Brasil, 30 nov. 2018. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2018/11/economistas-defendem-insercao-de-idosos-no-mercado-de-trabalho.html>. Acesso em: 04 mar. 2020.

22 LEITE, George Salomão (org.) ... [et al.]. Manual dos direitos da pessoa idosa – São Paulo: Saraiva, 2017. Pg. 361.

direitos e em escolher seus representantes (inclusive para o aperfeiçoamento da legislação que protege a pessoa idosa).

Em razão da dificuldade da população idosa em se mobilizar por meio de ONGs e outros grupos para reivindicar seus direitos, o Estatuto do Idoso determinou que cada município do País instaure um Conselho Municipal do Idoso com a finalidade de representá-los na interlocução com a comunidade e os poderes públicos na busca de soluções compartilhadas. Não obstante, segundo informações divulgadas pelo Senado Federal (a partir de dados coletados pelo IBGE)<sup>23</sup>, até o ano de 2018 aproximadamente metade dos municípios brasileiros deixaram de instituir estes Conselhos. Os números são ainda mais gritantes nos estados do norte e nordeste. No Pará e Roraima, por exemplo, somente 27% dos municípios conta com um Conselho. Em Alagoas somente 16%. Assim, na prática, os idosos que residem em municípios que carecem de Conselhos têm a voz cassada e, por conta da exclusão digital, o uso da internet raramente funciona como uma alternativa para a divulgação de suas necessidades.

A exclusão digital, ademais, agrava em muito a exclusão política. O fato de que 70%<sup>24</sup> da população brasileira utiliza a internet transformou profundamente a estrutura das campanhas eleitorais. Houve uma migração da televisão e panfletagem às redes sociais. Esta mudança, inclusive, permite que candidatos com pouco tempo de televisão e recursos limitados desafiem políticos integrantes dos poderosos partidos políticos (e com larga representação nas casas legislativas). Encerrando o período eleitoral, os políticos (eleitos ou não) continuam a valer-se das redes sociais para se comunicar com seus seguidores, divulgar suas realizações, críticas, etc.

Em decorrência, sem acesso à internet, a participação do idoso no mundo da política fica prejudicada agravando, assim, seu isolamento social.

## Da Exclusão Familiar

As adversidades enfrentadas pelos idosos nem sempre podem ser atribuídas exclusivamente ao Estado. Não raro, a fonte de seus males emana do seio familiar, por meio de abusos e atos de rejeição praticados por pessoas próximas.

Exclusão e abuso não devem ser confundidos, sendo este **último** ainda mais grave do que aquela. De acordo com *Lawrence A. Frolík* e *Richard L. Kaplan*, professores da Universidade de Pittsburgh e da Universidade de Illi-

---

23 BRASIL. Senado Federal. Metade das cidades do país ainda não dá voz aos idosos. Senado Notícias, Brasília, 24 set. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/metade-das-cidades-do-pais-ainda-nao-da-voz-aos-idosos/metade-das-cidades-do-pais-ainda-nao-da-voz-aos-idosos>. Acesso em: 01 mar. 2020.

24 TIC DOMICÍLIOS. Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros - 2018. CETIC, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic\\_dom\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf). Acesso em 05 mar. 2020.

nois, respectivamente, o abuso não se limita apenas a maus-tratos físicos, mas, por vezes, inclui também agressões psicológicas que ameaçam e amedrontam o idoso. O abuso pode ocorrer por ação (ao intencionalmente e ativamente lesionar o indivíduo) ou por omissão (com a desobservância dos cuidados necessários para impedir os danos). A exclusão, por sua vez, constitui uma rejeição voluntária por parte de uma pessoa responsável pelo idoso em prestar os cuidados necessários para manter sua saúde física e mental<sup>25</sup>.

A exclusão e o abuso podem ocorrer tanto em ambientes institucionais (e.g. asilos, hospitais, etc.) como em ambientes não institucionais (normalmente na residência da vítima). Os abusos e rejeições não institucionais (tema objeto deste capítulo) são praticados, via de regra, por familiares que possuem fácil acesso ao idoso por conta de sua relação de parentesco, cuidadores, vizinhos ou “amigos” que se aproximam do idoso para auferir algum tipo de vantagem. Esta vantagem nem sempre possui cunho financeiro (e.g. abusos visando o aceleramento do falecimento por questão associadas a sucessão). Por vezes os abusos ocorrem simplesmente por crueldade. São frequentes, também, os abusos motivados por vingança (e.g. filhos que sofreram abusos dos pais durante a infância) e os que decorrem da frustração e fadiga resultantes das atividades envolvidas em fazer face às necessidades do idoso. A afirmação da superioridade hierárquica e a garantia do controle do lar seriam outros fatores a estimular a rejeição e abuso do idoso<sup>26</sup>.

O abusado, por se sentir intimidado ou diante do receio de ficar privado dos cuidados do abusador (moradia, dinheiro, medicamentos, etc.), raramente denuncia as agressões. Assim, os abusos, ativos e omissivos, bem como as rejeições, raramente são contabilizados.

Importante destacar que os abusos e exclusões são praticados, com frequência, de maneira inconsciente e não intencional. Ocasionalmente, a rejeição deriva da incompreensão, por parte de um familiar ou cuidador, das necessidades específicas do idoso. Já, em outras situações, o idoso é ignorado por ser percebido, ainda que inconscientemente, como um fardo<sup>27</sup>.

## Das Considerações Prospectivas

Creemos que ficou abundantemente demonstrado que, a despeito da proteção constitucional e infraconstitucional, a realidade revela o despreparo do Estado, da sociedade e da família em dar efetividade aos ditames da lei. No plano infraconstitucional, ademais, há carência de legislação específica para melhor implementar os mandamentos constitucionais (por exemplo, para criar condições de empregabilidade para os idosos). Demonstramos, ademais,

25 FROLIK, Lawrence A.; KAPLAN, Richard L. / Elder Law in a Nutshell – 7<sup>th</sup> edition. Pittsburgh, Pennsylvania. Champaign, Illinois – West Academic Publishing. Pg. 404.

26 FROLIK, Lawrence A.; KAPLAN, Richard L. / Elder Law in a Nutshell – 7<sup>th</sup> edition. Pittsburgh, Pennsylvania. Champaign, Illinois – West Academic Publishing. Pg. 406.

27 FROLIK, Lawrence A.; KAPLAN, Richard L. / Elder Law in a Nutshell – 7<sup>th</sup> edition. Pittsburgh, Pennsylvania. Champaign, Illinois – West Academic Publishing. Pg. 408.

que a exclusão digital catalisa a exclusão laboral, política e familiar do idoso.

Este efeito multiplicador perverso da exclusão digital está a exigir uma atitude proativa mais agressiva do Executivo, Legislativo e da sociedade como um todo, de sorte a melhor integrar a crescente parcela de idosos na comunidade. Trata-se aqui de implementar políticas públicas de inclusão digital, criar e expandir cursos de profissionalização especializada para idosos, estimular empresas privadas na contratação de idosos e na fabricação de equipamentos de fácil assimilação pelos mesmos, aperfeiçoar a legislação infraconstitucional pertinente, bem como facilitar e ampliar o acesso aos inúmeros cursos de inclusão digital para idosos (pagos e gratuitos) já existentes. Notamos que a inclusão social do idoso, que assegure seu amparo com uma efetiva e digna integração e participação na comunidade, muito mais que uma questão econômica, é um dever **ético** para com o próximo em geral. Para a família em especial, constitui dever para com aquele que provavelmente já muito contribuiu para seu bem-estar e para com a sociedade e que, não raro, ainda muito tem a oferecer.

No plano internacional, apesar de carecer à Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (1948) força de tratado internacional, ela serviu de alicerce ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP (1966) e ao Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais – PIDESC (1966). A DUDH, PIDCP e PIDESC, visam resguardar, por **óbvio**, todos os indivíduos de forma igualitária e sem discriminação. Contudo, tendo em vista que certos grupos vulneráveis requerem atenção especial, diplomas específicos foram elaborados para a sua proteção (e.g. Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Convenção sobre os Direitos da Criança, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 1979, 1989 e 2007, respectivamente).

Inexiste, por hora, uma convenção internacional acerca dos direitos da pessoa idosa, apesar de propostas neste sentido. Os idosos não foram, porém, inteiramente ignorados pela Organização das Nações Unidas – ONU (e.g. Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento, Carta de Princípios para Pessoas Idosas, Declaração Política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid, de 1982, 1991 e 2002, respectivamente).

Embora a crescente positivação dos legítimos anseios e necessidade dos idosos, tanto no plano interno como no internacional (direito forte e direito fraco, nas palavras de Norberto Bobbio<sup>28</sup>) seja absolutamente essencial, quer nos parecer que nenhum corpo jurídico, por mais extenso e detalhado que seja satisfará adequadamente tais anseios e necessidades sem um salto civilizatório moral, de sorte a propiciar o estado empático indispensável à saudável integração do idoso na sua comunidade.

A empatia faz aflorar no jovem (e na sociedade na medida em que reflita

28 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Pg. 76.

um sentimento coletivo) uma preocupação com o bem-estar do idoso. Provoca comportamentos altruístas, estreita laços sociais, gera normas informais de conduta social, que nem a letra fria da lei, nem princípios internacionais civilizatórios, inscritos em Tratados, Convenções, Cartas ou Declarações, podem alcançar em sua plenitude.

O bem-estar e as necessidades dos idosos devem merecer constante e crescente atenção dos legisladores e das organizações nacionais e internacionais. O respeito aos idosos, com a conseqüente prática de atos que concretamente revelem este sentimento, propiciando-lhes assim alívio físico e psíquico, aceitação e afeto social nem sempre pode ser plenamente imposto de forma coercitiva pelo Estado. Certos comportamentos e atitudes adentram o campo da **ética** e, em grande medida, dependem de hábitos adquiridos através de anos de educação familiar e institucional.

A crise sanitária mundial provocada pela COVID-19 constitui neste contexto um verdadeiro teste de stress a exigir especial dedicação aos idosos pela família, pela sociedade e pelo Estado, porquanto são eles os menos resistentes aos males físicos e psíquicos provocados pelo vírus (e pelo confinamento) e os mais expostos a abusos. Neste tocante, vale citar a Recomendação n.º 46/2020 do Corregedor Nacional da Justiça que dispõe acerca de medidas preventivas para evitar atos de violência patrimonial ou financeira contra a pessoa idosa no **âmbito** dos serviços notariais e de registro (e.g. antecipação de herança, movimentação indevida de contas bancárias).

## Referências

AGÊNCIA BRASIL. Economistas defendem inserção de idosos no mercado de trabalho. **Época Negócios**, Brasil, 30 nov. 2018. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2018/11/economistas-defendem-insercao-de-idosos-no-mercado-de-trabalho.html>. Acesso em: 04 mar. 2020.

AGÊNCIA BRASIL. Total de idosos no mercado de trabalho cresce e precariedade aumenta. **Exame**, Brasil, 01 mai. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/total-de-idosos-no-mercado-de-trabalho-cresce-e-precariedade-aumenta/>. Acesso em: 08 mar. 2020.

ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira (org.); MORAES, Guilherme Peña de (org.); ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de (org). **Estatuto do Idoso: comentários à Lei 10.741/2003** / Alexandre de Oliveira Alcântara ... [et al.]. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues (org.); ALEMIDA, Vitor (org.). **A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso** / Ana Paula Barbosa-Fohrmann ... [et al.]. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Senado Federal. **Metade das cidades do país ainda não dá voz aos idosos**. Senado Notícias, Brasília, 24 set. 2018. Disponível em: <https://www12>.

senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/metade-das-cidades-do-pais-ainda-nao-da-voz-aos-idosos/metade-das-cidades-do-pais-ainda-nao-da-voz-aos-idosos. Acesso em: 01 mar. 2020.

DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FELIX, Jorge. **Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9092/1/O%20Idoso%20e%20o%20mercado.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação** – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

FROLIK, Lawrence A.; KAPLAN, Richard L. / **Elder Law in a Nutshell** – 7<sup>th</sup> edition. Pittsburgh, Pennsylvania. Champaign, Illinois – West Academic Publishing.

GOLDMAN, Sara Nigri. **Velhice e Exclusão Digital “uma nova questão social”?**. Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 30 ago. 2007. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoD/a244f3f018ff723f4c7eSARA%20NIGRI%20GOLDMAN.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 05 mar. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de Indicadores Sociais – Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira - 2018**. Biblioteca IBGE, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Infraestrutura Social e Urbana no Brasil – subsídios para uma agenda de pesquisa e formulação de políticas públicas**. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5208/1/Comunicados\\_n93\\_Condições.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5208/1/Comunicados_n93_Condições.pdf). Acesso em: 07 mar. 2020.

LEITE, George Salomão (org.) ... [et al.]. **Manual dos direitos da pessoa idosa** – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso** - 3. ed. - São Paulo: LTr, 2012.

MELLIS, Fernando. **Número de idosos no Brasil deve dobrar até 2042**. R7, Brasil, 25 jul. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/numero-de-idosos-no-brasil-deve-dobrar-ate-2042-diz-ibge-25072018>. Acesso em: 06 mar. 2020.

MIRANDA, Gabriella Morais Duarte; MENDES, Antonio da Cruz Gouveia; SILVA, Ana Lucia Andrade da Silva. O envelhecimento populacional brasileiro: desafios e consequências sociais atuais e futuras. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, vol. 19, Rio de Janeiro, jun. 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1809-98232016000300507&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1809-98232016000300507&script=sci_arttext&tlng=pt).

Acesso em: 06 mar. 2020.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O direito à velhice**: análise de sua proteção constitucional (Tese de doutorado - PUC São Paulo 2001).

TIC DOMICÍLIOS. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros - 2018**. CETIC, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic\\_dom\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf). Acesso em 05 mar. 2020.

UNITED NATIONS – DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. **World Population Prospects 2019**. UN Population. New York, 2019. Disponível em: <https://population.un.org/wpp/>. Acesso em: 05 mar. 2020.

# A HARMONIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO, SUAS VULNERABILIDADES E OS IMPACTOS SOFRIDOS PELA PANDEMIA DE COVID-19

**Giovana Tognolo Vilela Macedo**

Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Ensino Lorena. Mestranda em Direitos Sociais, Econômicos e Culturais pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. Procuradora Jurídica efetiva do Município de Resende, estado do Rio de Janeiro. Advogada militante nas áreas Cível e Tributária

**Tiago Cappi Janini**

Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Ensino Lorena. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador e professor no programa de Mestrado Acadêmico em Direito no Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL), Unidade Educacional de Lorena. Tem experiência na **área** de Direito, com **ênfase** em direito do estado, atuando nas **áreas** de concretização dos direitos fundamentais, direitos difusos e coletivos

## **Resumo:**

O respeito ao direito fundamental do consumidor é internacional e constitucionalmente garantido, sendo decorrência direta da dignidade humana. O equilíbrio nas relações de consumo depende de diversos fatores, sendo o mais relevante deles o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, que é a parte mais fraca diante do poderio econômico do fornecedor. Com a realidade trazida pela pandemia de COVID-19, a harmonia das relações de consumo foi afetada, especialmente diante das necessárias e recomendadas medidas de isolamento social praticadas no mundo todo. Num mundo globalizado, onde a produção, oferta e consumo de produtos depende cada vez mais de uma logística em ampla escala, o bom senso é ferramenta indispensável para a minimização dos impactos negativos da pandemia na economia e no consumo.

**Palavras-chave:** Relação de consumo; Vulnerabilidades; Pandemia; COVID-19; Impactos e interferências.

## **Introdução**

A proteção ao direito dos consumidores é uma medida de extrema im-

portância para a garantia dos direitos fundamentais e à observância da dignidade humana, assim como proporciona o necessário equilíbrio nas relações econômicas de um país. Todavia, a pandemia proporcionada pela Covid-19 impacta sobremaneira na vulnerabilidade dos consumidores. Diante desse trágico contexto, esta pesquisa dedica-se a seguinte pergunta: a pandemia causada pela Covid-19 é afeta o equilíbrio das relações de consumo?

Desse modo, o presente trabalho tem por objetivo analisar as vulnerabilidades existentes nas relações de consumo e os impactos causados pela pandemia mundial da COVID-19, especialmente com relação a possível relativização das obrigações dos fornecedores diante das novas e imprevisíveis condições econômicas e de mercado.

Trata-se de tema de grande relevância pois, de um lado, as relações de consumo desempenham um papel de destaque na ordem econômica dos países, gerando consequentemente um grande desenvolvimento econômico e político e, de outro, representam a garantia de uma existência digna aos consumidores vulneráveis, especialmente diante de um cenário de incertezas causados pela pandemia mundial.

Com isso, pretende-se abordar a relativização das vulnerabilidades diante da nova realidade mundial trazida pela pandemia da Covid-19, que acabou por colocar também alguns fornecedores como vulneráveis pela enorme imprevisibilidade econômica atualmente experimentada nesse cenário novo e incerto.

Como metodologia de trabalho, analisar-se-á as normas disponíveis para a defesa efetiva das vulnerabilidades nas relações de consumo no Brasil e no direito comparado, além de dados estatísticos internacionais disponíveis para demonstrar o real impacto da COVID-19 tanto para os consumidores quanto para os fornecedores.

O objetivo do presente estudo é efetuar uma análise nos impactos que sofreram as vulnerabilidades, tanto existentes anteriormente quanto as que surgiram, nas relações de consumo diante da pandemia mundial do COVID-19, analisando mecanismos que o Poder Público deve propor para minimizar seus impactos negativos, abordando também as dificuldades enfrentadas para uma logística diante das dimensões continentais do país.

Muitos são, portanto, os desafios a serem enfrentados pelos consumidores e fornecedores para manter o equilíbrio de suas relações diante da nova realidade mundial trazida pela COVID-19, para que as vulnerabilidades sejam protegidas sem que isso cause um ônus excessivo que possa interferir negativamente na ordem econômica.

## **A relação de consumo e seus sujeitos**

O direito do consumidor é considerado fundamental tanto por ter sido expressamente incluído no catálogo do artigo 5º, tanto por sua finalidade ser “inegavelmente em sintonia com os princípios e valores constitucionais,

incluindo a dignidade da pessoa humana” (DAHINTEIN e DAHINTEIN, 2016, p. 140).

Para Luis Antonio Rizzato Nunes “a dignidade da pessoa humana – e do consumidor – é garantia fundamental que ilumina todos os demais princípios e normas”, ressaltando que a dignidade prevista no CDC está ligada diretamente àquela do texto constitucional prevista como fundamento da República Federativa do Brasil (2000, p. 104).

Mais ainda, é direito humano inerente a toda a sociedade a nível global, necessária à própria sobrevivência de todo o ser humano, seja qual for sua classe social:

O consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano. É verdadeira a afirmação de que todos nós somos consumidores. Independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o nascimento e em todos os períodos de nossa existência. Por motivos variados, que vão desde a necessidade de sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo (ALMEIDA, 2006, p. 16).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), consubstanciado na Lei 8.078/1990, decorrente de mandamento constitucional expresso no inciso XXXII do artigo 5º da Carta Magna, tem como objetivo tutelar exatamente as relações de consumo no sentido de promover o necessário equilíbrio entre elas, conferindo proteção legalmente instituída à parte mais vulnerável:

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro entrou em vigor para tutelar interesses daqueles que há muito demandavam protecionismo estatal. Trata-se de uma lei que possui princípios próprios, diversos dos constantes no Código Civil de 1916 e também no Código Civil de 2002. Toda a legislação consumerista parte do intuito tutelar do consumidor. (BARLETTA, 2002, p. 110-111).

Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamim ressalta que o CDC, como lei de proteção ao consumo, “ao contrário do que aconteceu com o Código Civil, não tem precedentes históricos no país” já que, não obstante existirem leis com implicações no consumo que “atuam sobre a relação jurídica comercial ou civil”, não se confundem com as leis de proteções ao consumo que “atuam sobre as próprias relações de consumo” (1993, p. 273).

A relação de consumo caracteriza-se pela coexistência dos seus elementos subjetivo e objetivo, unindo em seus polos as figuras do consumidor e do fornecedor, que movimentam no mercado o núcleo determinante da produção de riqueza, quais sejam a mercadoria e o serviço (CRUZ, 2014, p. 48).

Consumidor e fornecedor como sujeitos da relação de consumo são devidamente tutelados pela Constituição Federal, que previu o Código de Defesa do Consumidor como legislação capaz de equipará-los e garantir o equilíbrio nas relações de consumo existentes no cotidiano do Brasil.

A definição legal de consumidor encontra-se no artigo 2º do CDC e passa pelos critérios identificadores como pessoa física ou jurídica, pelos núcleos de condita de adquirir ou utilizar e pelo elemento finalista de ser o destinatário final do produto ou serviço em questão (CRUZ, 2014, p. 49).

A consumidor são equiparados outros sujeitos conforme previsão do CDC, como a coletividade, ainda indeterminável, que haja intervindo na relação de consumo (art. 2º, parágrafo único); as vítimas de danos causados pelo fato do produto ou serviço (art. 17); e as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais que passam a fazer jus à proteção contratual (art. 29).

Como leciona Marques:

No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. Visa também defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais (MARQUES, 2013, p. 92).

No polo oposto da relação de consumo encontra-se o fornecedor, definido pelo caput do artigo 3º do CDC, e pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, além de entes despersonalizados, tendo como elemento objetivo o desenvolvimento de atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Arruda Alvim (1991) sintetiza que fornecedor é todo o sujeito que provisiona o mercado, já os autores do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor destacam que:

Nesse sentido (...) é que são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despiciendo indagar-se a que título, sendo relevante, isto sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores, ou então para que os próprios fornecedores atuem na via regressiva e em cadeia da mesma. (GRINOVER, FILOMENO, *et al.*, 2011, p. 29-30).

Trata-se, portanto, da parte que se encontra no polo oposto ao do consumidor na relação bi polarizada de consumo e que, com ele, mantém a troca necessária para caracterizá-la, o que é objeto de tutela pela legislação de consumo, conforme mandamento constitucional.

A condição de fornecedor está, para José Geraldo Filomeno (GRINO-

VER, FILOMENO, *et al.*, 2011, p. 36), “intimamente ligada à atividade de cada um e desde que coloque aqueles produtos e serviços efetivamente no mercado”, donde nasceria a responsabilidade por eventual dano causado pelo produto ou serviço ao seu destinatário.

E o CDC, especialmente a partir de seu artigo 12, distingue diversas espécies de fornecedor, separando-as em fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, importador e comerciante, sendo importante tal distinção para avaliação das especificidades das atividades desenvolvidas, especialmente no tocante à atribuição de responsabilidades na relação de consumo.

Já o elemento objetivo da relação de consumo é definido pelo CDC em seu próprio artigo 3º, sendo subdividido nas categorias de produto (§ 1º) e serviço (§ 2º), sendo que este se refere à “conduta desenvolvida pelo fornecedor, como objeto da relação de consumo, [...] enquanto que os demais bens são produtos.” (LISBOA, 2001, p. 167).

A conjunção de todos os elementos é necessária para caracterizar uma relação de consumo e atrair a aplicação da legislação específica, com o intuito de proteção da parte mais vulnerável e promoção do seu equilíbrio.

## **A harmonia na relação de consumo e as vulnerabilidades**

O CDC regula a relação consumerista com a finalidade de manter sua harmonia equilíbrio entre as partes, de modo a salvaguardar o necessário equilíbrio entre as partes com a devida harmonização de seus direitos e deveres recíprocos, nos termos do inciso III do seu artigo 4º.

Ragazzi (2010, p. 151) ressalta que “o princípio da vulnerabilidade do consumidor é o grande alicerce do microsistema, pois suas regras foram construídas com a finalidade de harmonizar as relações de consumo entre fornecedores e consumidores”.

O consumidor é considerado mais vulnerável por não dispor de controle sobre os bens de produção e, diante disso, acabar submetido ao poder econômico do fornecedor, que é quem os possui, de modo a atrair a legislação com medidas protetivas que busquem proporcionar seu necessário equilíbrio.

A vulnerabilidade do consumidor foi reconhecida pela ONU em 1985 por se depararem com “desequilíbrio em termos econômicos, nível de educação e poder aquisitivo”<sup>1</sup>, constando atualmente das Diretrizes das Nações Unidas para Proteção do Consumidor (UN, 2003, p. 2, tradução nossa).

Luis Antonio Rizzato Nunes (2000, p. 106) sustenta que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é o ponto de partida para a realização da isonomia constitucionalmente prevista, diante da fraqueza do consumidor na relação jurídica de consumo, uma fragilidade real e concreta.

Ada Pellegrini Grinover reconhece a vulnerabilidade do consumidor tendo em vista que o fornecedor detém o controle do mercado, escolhendo a forma da produção, além da fixação das margens de lucro (2011, p. 73-74),

---

1 [...] imbalances in economic terms, educational levels and bargaining power.

sendo sua situação a de “submissão ao poder do fornecedor, uma vez que sua escolha de bens de consumo não poderá exceder àquilo que é oferecido no mercado” (EFING, 2004, p. 105).

O artigo 4º do CDC é o ponto fulcral da legislação consumerista, na medida em que visa atender as necessidades do consumidor relativas à sua dignidade, saúde, segurança e interesses econômicos, além de propiciar a necessária harmonia nas relações de consumo. (FILOMENO, 2007, p. 11).

A vulnerabilidade é um conceito de direito material, sendo uma qualidade intrínseca e iminente a todos que se encontram na posição de consumidor, independentemente de sua condição social ou econômica (MENDONÇA, KOZICKI e COELHO, 2014, p. 142), o que justifica a necessidade das disposições do CDC se darem de forma protetiva a quem necessita.

Uma das formas de equilibrar a relação de consumo trazida pelo CDC é a responsabilidade civil objetiva do fornecedor pelo fato e vício do produto e do serviço, que foi considerado como seu garantidor, respondendo pela sua qualidade e segurança (WESENDONCK, 2015, p. 197).

A proteção do consumidor, como parte mais vulnerável na relação consumerista é garantida por lei como forma a viabilizá-la e manter sua harmonização, de modo a equilibrar as partes e garantir sua continuidade.

## **A pandemia de COVID-19 e seus impactos nas relações de consumo**

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), “COVID-19 é a doença infecciosa causada pelo coronavírus descoberto mais recentemente. [...] O COVID-19 é agora uma pandemia que afeta muitos países do mundo. (WHO, 2020, tradução nossa)”<sup>2</sup>

Diante da pandemia, a OMS “observou que [...] as medidas de rastreamento de contatos e de distanciamento social - de acordo com o nível de risco - podem funcionar para interromper a propagação do vírus (WHO, 2020, tradução nossa)<sup>3</sup>, medidas que foram seguidas pelo mundo todo.

Com o cenário mundial causado pela pandemia de COVID-19, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) promoveu um estudo sobre os impactos sofridos pelas nações mundiais em sua razão:

Para reduzir a propagação do vírus e ganhar tempo para fortalecer os sistemas de saúde, os governos tiveram que encerrar grandes segmentos de atividade econômica. No momento da redação deste artigo, a pandemia começou a diminuir em muitos países e as atividades começaram a aumentar. O impacto na saúde, econômico e social do surto poderia ter sido consideravelmente pior sem a dedicação da as-

2 COVID-19 is the infectious disease caused by the most recently discovered coronavirus. [...] COVID-19 is now a pandemic affecting many countries globally.

3 [...] noted that [...] contact tracing and social distancing measures – in line with the level of risk – can all work to interrupt virus spread.

sistência médica e de outros trabalhadores essenciais que continuaram a servir o público, colocando sua própria saúde em risco ao fazê-lo.<sup>4</sup>

As medidas de isolamento social com a consequente suspensão de funcionamento de diversos setores da economia teve imediato impacto na economia que, “em termos setoriais, a maior contribuição para a queda veio do conjunto de variáveis que refletem a evolução da economia”, como mostra um estudo feito pelo KOF Swiss Economic Institute em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, tendo comentado Paulo Pichetti, pesquisador:

O impacto da pandemia sobre a economia mundial chama a atenção não só pela sua extensão, mas também por sua ampla disseminação regional e setorial, todos sem precedentes na série histórica dos indicadores antecedente e coincidente do Barômetro. Além desses aspectos, a velocidade da crise também impressiona, na medida em que as inflexões nos indicadores antecedente e coincidente são virtualmente simultâneas. Esse conjunto de informações mostra uma crise gerada por fundamentos muito distintos daqueles responsáveis por recessões recentes, mesmo entre aquelas afetando vários países em um mesmo intervalo de tempo. (ABBERGER, GRAFF, *et al.*)

Com a crise econômica, os fornecedores vêm sofrendo enormes perdas com as medidas de isolamento social, colocando em perigo a saúde financeira da empresa com reais ameaças de fechamento, inviabilizando o cumprimento de contratos com consumidores e colocando-os ainda mais em risco, aumentando sua vulnerabilidade.

A dificuldade financeira das empresas fornecedoras é imensa e, conforme calculado pelo Ibre (Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas), “a suspensão de atividades provocará uma contração de até 8% no consumo das famílias e uma queda de até 15 % na massa salarial” (CUCOLO, 2020).

O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) divulgou um levantamento que demonstra que pelo menos 600 mil empresas fecharam as portas e 9 milhões de funcionários foram demitidos em razão dos efeitos da pandemia, conforme entrevista à CNN (BROTERO, 2020).

A manutenção da harmonia da relação de consumo é indispensável para garantir o adimplemento contratual do que foi assumido anteriormente ao surgimento do coronavírus, já que o consumidor não será protegido se as em-

---

4 To reduce the spread of the virus and buy time to strengthen healthcare systems, governments had to shut down large segments of economic activity. At the time of writing, the pandemic has started to recede in many countries, and activity has begun to pick up. The health, social and economic impact of the outbreak could have been considerably worse without the dedication of healthcare and other essential workers who continued to serve the public, putting their own health at risk in doing so.

presas – especialmente as pequenas – encerrarem suas atividades por ausência de fôlego causado pelo cenário econômico sem precedentes.

Não há dúvidas acerca do fenômeno da globalização que atingira o planeta, ao menos anteriormente à chegada da pandemia de COVID-19, que rompeu fronteiras e acabou por aumentar a velocidade de propagação do vírus, mas que reflete, também, na relação de consumo e de produção:

[...] o fenômeno da globalização atingiu as relações sociais e econômicas, transformou os métodos de produção, promoveu a integração dos mercados, a internacionalização (ou transnacionalização) das empresas e dos mercados financeiros e fomentou uma verdadeira revolução tecnológica [...] também provoca discrepâncias na desigualdade social, altera comportamentos e induz ao consumismo exacerbado [...] (SOUZA e OLIVEIRA, 2016).

Nesse cenário, uma pandemia mundial com a paralização da maior parte da produção nos diversos países afeta sobremaneira as relações de consumo nos mais variados níveis, desequilibrando o andamento da economia, a oferta e procura de bens e o poder aquisitivo de todas as partes envolvidas.

Como forma de evitar o colapso total do sistema de consumo e o prejuízo de todas as partes, deve-se procurar manter uma negociação e, principalmente, o bom senso, como demonstrado na entrevista divulgada pelo PROCON/RS:

Por mais que não sejam deveres o bom senso e a empatia, eles podem ser extraídos da principiologia do CDC, por meio de uma interpretação dialógica entre a harmonização das relações de consumo, que já mencionamos, a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC), a boa-fé e principalmente o equilíbrio (art. 4º, III, CDC), a fim de que, dado o momento excepcional, nenhum dos agentes econômicos envolvidos nessa relação seja excessivamente onerado. (MUCELIN, 2020).

A enormidade dos efeitos a serem sentidos nas diversas relações de consumo em consequência da pandemia de COVID-19, muito embora já possa ser sentida, ainda terá diversos meandros e variáveis a serem consideradas, de modo que a prudência e a negociação sempre serão os melhores caminhos a serem percorridos por todos os afetados.

## **Conclusão**

Os direitos do consumidor estão previstos na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental a ser observado, estando elencado no rol do seu artigo 5º, decorrendo da própria dignidade humana.

É regulado pelo Código de Defesa do Consumidor, um grande marco como legislação consumerista sem precedentes no país, que tem por objetivo tutelar as relações de consumo e garantir seu equilíbrio, para que a parte mais

fraca seja legalmente protegida, dispondo sobre suas diversas particularidades.

A relação de consumo é bi polarizada, estando de um lado o fornecedor, parte mais forte e privilegiada, que naturalmente já leva vantagem por seu poderio econômico superior e ao seu poder sobre a produção e oferta. Já no lado oposto encontra-se o consumidor, parte mais vulnerável que foi objeto de proteção pela legislação consumerista, cujo objeto é o próprio produto ou serviço que serão ofertados e adquiridos.

A vulnerabilidade do consumidor é a alma de todo o sistema legal consumerista, tendo seu reconhecimento por texto de lei como uma medida indispensável para a verificação da isonomia.

Com o advento da pandemia mundial de COVID-19, diversas medidas foram recomendadas pela OMS, e sido adotadas pelo mundo todo, especialmente o isolamento social e a restrição de atividades econômicas, com recomendação de que a população fique em casa caso possa.

Tais medidas, não obstante necessárias sob o ponto de vista da saúde, impactaram demasiadamente na economia e nas relações de consumo, tendo diminuído a cadeia produtiva e, por consequência, no consumo em si. Vários setores sofreram impactos econômicos sem precedentes, correndo risco até mesmo de encerramento de suas atividades e, conseqüentemente, de inadimplir obrigações com os consumidores.

A globalização da economia e do consumo agravam ainda mais o quadro de suspensão de atividades de diversos setores em relação ao consumo, atingindo uma escala tamanha que beira o colapso.

Mesmo que o CDC tenha diversas medidas de proteção ao consumidor, não conseguiu prever um cenário econômico global da forma que está, de modo que a proteção das vulnerabilidades e da harmonia nas relações de consumo dependem de negociação, prudência e bom senso.

## Referências

ABBERGER, K. et al. The Global Economic Barometers: Composite indicators for the world economy. **Pappers, KOF Working**, Zurich, v. 471. Disponível em: [https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-04/bar\\_metros-globais-kof-fgv\\_press-release\\_04\\_2020.pdf](https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-04/bar_metros-globais-kof-fgv_press-release_04_2020.pdf). Acesso em: 21 jun. 2020.

ALMEIDA, J. B. D. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALVIM, A. et al. **Código do Consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BARLETTA, F. R. **A revisão construtual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMIM, A. H. D. V. O Código brasileiro de proteção ao consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, 7, jul-set 1993. 269-292.

BRASIL. AgRg no AREsp 837.871/SP. Rel. Ministro Marco

Aurélio Belliz. Terceira Turma. Dje 29/04/2016. **STJ**, 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=837871&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BROTERO, M. Mais de 600 mil pequenas empresas fecharam as portas com coronavírus. **CNN Brasil**, 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/04/09/mais-de-600-mil-pequenas-empresas-fecharam-as-portas-com-coronavirus>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CALIXTO, M. J. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CRUZ, G. F. D. **Teoria Geral das relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUCOLO, E. **Folha de S. Paulo**, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/crise-do-coronavirus-pode-tirar-ate-r-500-bi-do-consumo.shtml>. Acesso em: 21 jun. 2020.

DAHINTEIN, A. F.; DAHINTEIN, B. F. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, 106, jul-ago 2016. 135-165.

EFING, A. C. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de Dureito do Consumidor: doutrina, jurisprudência e aspectos práticos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, A. P. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2011.

LISBOA, R. S. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2013.

MARTINS, J. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993.

MENDONÇA, G. M.; KOZICKI, K.; COELHO, S. R. O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida. **SCIENTIA IURIS**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 135-152, jul 2014.

MUCELIN, G. Covid19 e as Relações de Consumo. **PROCON/RS**, 06 abr. 2020. Disponível em: <https://www.procon.rs.gov.br/covid19-e-as-relacoes-de-consumo>. Acesso em: 22 jun. 2020.

NUNES, L. A. R. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)**. São Paulo. 2000.

RAGAZZI, J. L. **Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

SOUZA, O. D.; OLIVEIRA, L. J. D. Globalização e relações de consumo: servidão moderna e degradação ambiental. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, 6, n. 2, 2016. 156-178. Acesso em: 22 jun. 2020.

UN, U. N. **United Nations Guidelines for Consumer Protection**. New York. 2003.

WESENDONCK, T. **O regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código Civil sob a perspectiva do direito comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

WHO, W. H. O. **Q&A on coronaviruses (COVID-19)**, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses>. Acesso em: 21 jun. 2020.

# **AS TÉCNICAS PROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS DE TUTELA DA COLETIVIDADE COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19: A IMPORTÂNCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA PARA O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA**

**Patricia Miranda Pizzol**

Livre docente, doutora e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Palestrante em diversas instituições. Autora de artigos e livros

**Gilson Delgado Miranda**

Doutor e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da mesma instituição. Professor do Curso de Especialização da Escola Paulista da Magistratura – EPM. Autor de artigos e livros. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## **Resumo:**

O presente artigo trata das técnicas processuais e extraprocessuais de tutela dos direitos fundamentais da coletividade. Analisa o cabimento de tais instrumentos, como, por exemplo, a ação civil pública, a ação popular, o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta para a efetivação dos direitos fundamentais lesados ou ameaçados de lesão em decorrência da pandemia da COVID-19, como o direito à saúde, à educação, à moradia. Além do cabimento, examina a viabilidade e a utilidade das referidas técnicas para o cumprimento desse objetivo, com destaque para a tutela de urgência nos casos em que a judicialização dos conflitos se faz necessária. Trata, portanto, de tema atual, de extrema importância para a sociedade e para os operadores do direito em geral, por estar intimamente ligado à efetividade dos direitos fundamentais, à preocupação com a adequação e a qualidade da prestação jurisdicional, com o acesso efetivo (e não meramente formal) à justiça. O estudo foi feito a partir da legislação pertinente à matéria, da doutrina e da jurisprudência.

dência.

**Palavras-chave:** Técnicas extraprocessuais; Ação coletiva; Direitos fundamentais; Pandemia de COVID-19; Efetividade da tutela da coletividade.

## **A pandemia da COVID-19 e as possíveis soluções para os conflitos dela decorrentes**

A pandemia da COVID-19 produziu e continua produzindo uma série de lesões e ameaças de lesão a direitos fundamentais, comprometendo a vida digna garantida constitucionalmente. Podemos dar alguns exemplos: direito à saúde (falta de testes, subnotificação de casos, falta de leitos e respiradores mecânicos, falta ou deficiência de informação), direito à saúde do trabalhador (falta de desinfecção dos espaços, equipamentos e logradouros públicos, falta de máscaras, luvas e outros equipamentos de proteção individuais e coletivos), direito à educação (falta de estrutura e metodologia para as aulas remotas), direito à moradia (locatários e mutuários do sistema financeiro de habitação que não conseguem manter seus contratos), direito ao crédito (negativação de devedores em razão do inadimplemento, suspensão de débitos de empréstimos consignados para aposentados) e outros.

O momento é delicado, estamos vivendo uma situação inimaginável e todos devemos agir com equilíbrio, sob pena de haver uma judicialização em massa, com resultado incerto e demorado. É imprescindível que haja transparência, bom senso, razoabilidade, boa-fé, para que os negócios jurídicos sejam conservados e não haja enriquecimento sem causa.

Desse modo, é preciso refletir sobre as possíveis soluções para os problemas decorrentes da pandemia da COVID-19.

A **solução** que parece ser a mais adequada, num primeiro momento, é a **extraprocessual**, adotada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Pensamos em uma solução com medidas estruturantes que auxiliarão o sistema de saúde também após a pandemia, que seja o resultado da ação coordenada e colaborativa dos Poderes Executivo e Legislativo e da sociedade civil organizada, que pode ser representada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, por associações civis, com a possibilidade de participação de pessoas e entidades especializadas<sup>1</sup>.

Não sendo tal solução possível ou sendo ela manifestamente errônea, inadequada ou insuficiente (até mesmo pela falta de espírito de cooperação e colaboração), podem o Ministério Público e os demais órgãos públicos legitimados à propositura das ações coletivas, buscar uma outra **solução extraprocessual – o compromisso de ajustamento de conduta** (artigo 5º, § 6º, da

<sup>1</sup> Registre-se que, de acordo com o disposto na LINDB acerca da atuação dos administradores públicos (artigos 20 e seguintes), as suas decisões devem ser motivadas e a motivação deve abranger valores jurídicos abstratos, além das consequências práticas das decisões tomadas.

LACP). Também nesse caso deve haver um amplo debate, com observância ao contraditório e à publicidade para que a solução adotada seja de qualidade, adequada, útil, tempestiva, viável.

Entendemos que a judicialização do conflito deve ser evitada, especialmente em situações extremas de crise e pressão. Entretanto, não havendo uma solução administrativa adequada e não sendo alcançada a solução consensual por aqueles têm legitimidade para buscá-la, não resta outra opção senão o **acesso ao Poder Judiciário**. Nesse caso, o ideal é que haja uma **demanda coletiva** e não várias demandas individuais, pois a ação coletiva pode propiciar isonomia, segurança jurídica, otimização do trabalho, acesso efetivo à justiça. Como já afirmado, muitos são os direitos fundamentais violados e ameaçados de violação em razão da pandemia, como saúde, moradia, educação, urbanismo, trabalho etc.

O processo estrutural, embora ainda não muito bem desenhado e delimitado no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser entendido como um ambiente propício à solução dos conflitos que envolvem políticas públicas e situações de interesse público. Ainda que não se fale em processo estrutural ou medidas estruturantes, de todo modo, no processo coletivo, se admite a participação da sociedade, se pode buscar uma solução construída de modo democrático e legítimo. O processo estrutural vem sendo apontado pela doutrina como o modelo mais adequado à tutela dos direitos coletivos, especialmente nos casos de ações propostas em face do Poder Público para a concretização de direitos fundamentais, a implementação ou a correção de políticas públicas<sup>2</sup>.

Pode-se afirmar que o CPC/2015 contribuiu para a evolução do direito processual e também para a utilização das chamadas medidas estruturais – adoção expressa do modelo constitucional de processo; interpretação das normas processuais à luz dos princípios constitucionais; função social do processo; deveres de boa-fé e cooperação dos sujeitos do processo (arts. 5º e 6º); prestígio à instrumentalidade (art. 139, IX); planejamento processual (negócio jurídico processual e calendário - arts. 190 e 191); esclarecimento sobre fatos e provas (art. 357); interpretação do pedido conforme o conjunto da postulação (art. 322, par. 2º); cumulação de pedidos pelo procedimen-

2 Ver Projeto de lei 8058/2014 (institui processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário – Patricia Miranda Pizzol. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 652, nota 93). Sobre o processo estrutural, ver: VIOLINI, Jordão. **Protagonismo judiciário**: fundamentos processuais. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 268-269). E mais: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: **Civil Procedure Review**, v.8, n.1: 46-64, jan.- apr., 2017. Disponível em: [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017\\_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf). Acesso em: 13 out. 2018; LIMA, Edilson Vitorrelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Repercussões do novo CPC** – processo coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 97-98.

to comum sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais (art. 327, par. 2º); estímulo à auto-composição (arts. 3º, 139, V)<sup>3</sup>.

O processo estrutural ganha relevo diante da insuficiência do processo bipolarizado (partes antagonicas), da lógica individualista do processo tradicional. Ele permite uma alteração para o futuro de determinada prática ou instituição.

O processo estrutural exige uma amplitude maior que a lógica bipolar dos processos, exige a participação da sociedade e a ampliação da cognição para que o juiz tome contato com todo o problema sob suas várias perspectivas; a relação processual deve se desenvolver de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos.

São instrumentos do processo estrutural, em síntese: diálogo produtivo e cooperação dos sujeitos do processo na busca de uma solução consensual; participação da sociedade (especialistas e grupos atingidos) com audiências públicas e intervenção do *amicus curiae*); fiscalização com a possibilidade de oposição à solução adotada pelos grupos atingidos; adaptações procedimentais; aparelhamento do Judiciário; mudança de mentalidade dos gestores públicos.

Em último caso, são possíveis as **soluções individuais extraprocessuais ou processuais**. Assim, na hipótese de não haver uma solução coletiva ou individual consensual, sendo propostas várias ações individuais, as técnicas de padronização das decisões (incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos repetitivos, incidente de assunção de competência) podem ser utilizadas.

Nesse sentido, tais técnicas podem se mostrar úteis por também gerar previsibilidade, isonomia, segurança, otimização. São também formas de solução dos conflitos transindividuais, embora não democráticas como o processo coletivo, também úteis em termos de uniformização da jurisprudência para não haja a chamada loteria judiciária que fere a isonomia e a duração razoável do processo.

Desde o início da pandemia várias ações individuais e coletivas foram propostas para a tutela de tais direitos.

Dentre as ações individuais podemos citar algumas:

a) ações para a suspensão da cobrança das parcelas de empréstimos consignados concedidos a aposentados em razão da pandemia de coronavírus (o Tribunal Regional Federal da 1ª Região derrubou a decisão que havia suspenso, por quatro meses, as cobranças das parcelas de empréstimos consignados concedidos a aposentados, em razão da pandemia de coronavírus no país<sup>4</sup>).

3 Ver sobre o tema, – Patricia Miranda Pizzol. **Tutela coletiva:** processo coletivo e técnicas de padronização das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 651-659.

4 O desembargador Carlos Augusto Brandão acolheu recurso do Banco Central (BC): “A intervenção do Poder Judiciário nas demais esferas de Poder, no caso na condução da

b) ações para proibir as instituições financeiras do Sistema Financeiro de Habitação de aumentar as taxas de juros ou intensificar as exigências para a concessão de crédito durante a pandemia do novo coronavírus<sup>5</sup>.

c) ações para suspender pagamentos, isentar juros e multas contratuais e excluir apontamentos em órgãos restritivos de crédito<sup>6</sup>

d) ações para impedir o corte de energia elétrica, gás, água, internet, em razão da pandemia<sup>7</sup>.

---

política monetária, só se justifica quando demonstrada inércia da autoridade competente e a excepcionalidade do contexto fático, não configurada no caso concreto”, considerou. (<https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/04/28/trf-1-derruba-decisao-que-suspendeu-cobrancas-de-emprestimos-consignados.ghtml>. Acesso em 09.07.2020).

5 O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) derrubou a decisão judicial que havia proibido as instituições do Sistema Financeiro Nacional (SFN) de aumentar as taxas de juros ou intensificar as exigências para a concessão de crédito durante a pandemia do novo coronavírus. Na decisão, o desembargador Italo Sabor Mendes, presidente do TRF-1, afirma que a liminar de primeira instância representava risco de “grave lesão à economia pública” (<https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/04/23/trf-1-suspende-decisao-que-proibia-bancos-de-subir-juros-na-crise.ghtml>. Acesso em 09.07.2020).

6 O Tribunal de Justiça de São Paulo deixou de suspender os efeitos de decisão do juízo de primeiro grau que indeferiu o pleito de urgência formulado pelo Autor visando à (i) suspensão de pagamentos devidos aos réus, pelo período de seis meses ou até que fossem superadas as medidas de contenção da COVID-19, (ii) a isenção de juros e multa contratual, pelo mesmo período, e (iii) exclusão de apontamentos em seu nome junto a órgãos restritivos de crédito. Apesar de o Autor ter alegado que sofre com a queda abrupta de seu faturamento mensal e que enfrenta dificuldades para manter seus colaboradores, o Desembargador Relator entendeu que não foram demonstrados os requisitos necessários para suspender os efeitos da decisão de primeira instância. (TJSP, Processo n. 2079803-03.2020.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, 4.5.2020) (<https://www.bmalaw.com.br/conteudo/blog/covid19-no-judiciario-leia-decisoes-civeis-tributarias-e-trabalhistas-mais-recentes-e-relevantes-para-seu-negocio>. Acesso em 09.07.20).

7 Indústrias têm conseguido decisões judiciais para evitar interrupção no fornecimento de energia elétrica e outros serviços essenciais, como água, gás e internet. A alegação é a de que passam por dificuldades financeiras em razão da crise gerada pela pandemia de covid-19. (<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/11/decisoes-impedem-corte-de-energia-eletrica-de-industrias.ghtml>. Acesso em 09.07.20).

O fornecimento de água, gás e telefonia possuem caráter essencial. Assim, a suspensão desses serviços pode agravar a epidemia do novo coronavírus, tornando inviável medidas como o distanciamento social. Segundo a magistrada, corte em serviços essenciais pode agravar pandemia. Foi com base nesse entendimento que a juíza Natalia Luchini, da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo, proibiu que agências reguladoras cortem o fornecimento de serviços de telecomunicações, água e gás canalizado por falta de pagamento durante o estado de calamidade pública. “A suspensão do fornecimento de tais serviços não se apresenta como meio legal e adequado para compelir o pagamento das tarifas em atraso ou a vencer, implicando afronta a diversas garantias constitucionais”, afirma a decisão, proferida em caráter liminar nesta quinta-feira (2/3). A magistrada determinou, ainda, o restabelecimento de cortes anteriormente feitos. A ação foi movida pelo Instituto de Defesa do Consumidor em face da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustível (ANP) e Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Arsesp). A decisão menciona o decreto do governo de São Paulo que impõe quarentena até 7 de abril para conter a propagação da Covid-19. Além disso, cita um projeto de lei em tramitação no Congresso que impede o corte de serviços essenciais. “Não há dúvidas de que o fornecimento de luz, água, telefone e gás dispensa explanação quanto ao seu caráter essencial, inclusive, a suspensão desses serviços pode agravar a pandemia, cabendo aos órgãos competentes assegurar

Quanto às ações coletivas, vale mencionar:

a) ação do Ministério Público do Trabalho proposta em face da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro com diversos pedidos - declaração de que a pandemia tem natureza jurídica de fato do príncipe; condenação da União a suportar todas as verbas indenizatórias que gerem paralisação e extinção das atividades econômicas em razão da COVID-19; condenação da União a abster-se de determinar o retorno ao trabalho; condenação da União a nomear um Ministro de Estado do Trabalho com todos os poderes inerentes ao cargo, que tenha acesso às lideranças sindicais e aos órgãos de fiscalização e jurisdição trabalhista; condenação do Município e do Estado a não incluir outras atividades no rol das atividades liberadas e atividades essenciais (o processo foi extinto sem resolução do mérito);

b) ação civil pública do Ministério Público da União em face da União contra a campanha publicitária “o Brasil não pode parar”;

c) ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo em face do Município de Jundiáí visando ao cumprimento do Decreto Estadual 64.881/2020 e todas as disposições das autoridades sanitárias do Governo do Estado de São Paulo no que se refere à pandemia da COVID, suspendendo-se as atividades não essenciais cujo funcionamento fora autorizado pelo Decreto Municipal 28.970/20.

d) ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Pará em face do Estado do Pará para divulgação dos procedimentos licitatórios e chamamentos públicos relacionados à contratação de serviços e aquisição de produtos durante o enfrentamento à pandemia.

e) ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte para garantir a manutenção dos contratos de planos de saúde durante a pandemia, para que os planos de saúde fiquem proibidos de suspender, rescindir ou cancelar unilateralmente contratos em razão de inadimplência enquanto durar a emergência em saúde pública ocasionada pela pandemia.

f) ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Pará para que as prefeituras cumpram as recomendações da Organização Mundial da Saúde e do Ministério da Saúde para o adequado enfrentamento à pandemia.

g) ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro e pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em face do Estado do Rio de Janeiro, do Município do Rio de Janeiro e da Associação que executa os serviços de saúde na Unidade de Saúde do Sistema Penitenciário visando à obtenção de medidas preventivas e combativas direcionadas aos efeitos da pandemia nas unidades prisionais, sob o argumento de que não há condições físicas para o isolamento dos casos suspeitos, restrição de itens básicos de higiene, falta de atendimento básico em saúde e acesso aos leitos de internação.

---

o seu fornecimento em caráter geral, diante da situação pela qual passa o país”, diz a juíza (<https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/juiza-proibe-corte-servicos-telecomunicacoes-gas-agua>. Acesso em 09.07.20).

Vale registrar que, além das ações civis públicas mencionadas, foram firmados alguns compromissos de ajustamento de conduta pelo Ministério Público relacionados à pandemia: a) para remarcação, cancelamento e reembolso de passagens aéreas; b) para remarcação de eventos culturais adiados ou cancelados por causa da pandemia; c) Ministério Público de Minas Gerais e Ministério Público do Rio Grande do Norte para redução de mensalidades escolares durante a pandemia (há também uma lei do Pará que prevê a redução da mensalidade em 30% – Lei n. 9.065/20). O PROCON/SP também expediu orientação para que as mensalidades continuem sendo pagas com redução em relação a valores complementares (nota técnica de 07/04/20 indicando acordo das instituições de ensino com o PROCON, intermediado pelo Sindicato dos Professores).

## A importância da tutela de urgência em tempos de pandemia

Em tempos de pandemia, as medidas urgentes são fundamentais para a tutela efetiva e adequada dos direitos fundamentais. A tutela de urgência permite que, diante do perigo de dano irreparável, de difícil ou impossível reparação, a prestação jurisdicional seja precipitada no tempo.

Agilizar a prestação jurisdicional, buscando sistemas processuais que representem uma tutela jurisdicional diferenciada<sup>8</sup>, é fundamental, tendo em vista que o *“tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas”*. Não pode ser diferente: *“a decisão proferida dentro de um sistema, mais célere, em que se prescindia de audiência, sem lesão às partes, corresponde à ambição generalizada de uma Justiça mais célere. A demora dos processos é um mal universal (...) Ao lado da desejável aspiração geral à celeridade da Justiça, tornou-se muito mais aguda a necessidade de tutelas de urgência, em nossa civilização (industrializada e de massa, com autêntica multiplicação de situações de emergência), pelos multiformes danos que podem ocorrer (...)”*<sup>10</sup>

É certo que o processo demanda tempo. O tempo no processo é um mal necessário. Não há como o juiz proferir uma sentença adequada imediatamente. Isto porque todas as garantias constitucionais devem ser observadas, dando-se cumprimento ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, igualdade das partes etc. Por vezes, o autor não tem a possibilidade de aguardar o trâmite normal do processo e, por isso, a tutela provisória se mostra indispensável à utilidade da prestação jurisdicional. Trata-se, portanto, de uma tutela diferenciada.<sup>11</sup>

8 SALVADOR, Antônio Raphael da Silva. **Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 49.

9 CARNELLUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, Pádua: cedam, 1936, *apud* Cândido Rangel Dinamarco. **A Reforma do CPC**. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 1995, p. 138.

10 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Tutela Antecipatória**. In *Reforma do Código de Processo Civil* [coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira]. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 83-85.

11 Atuais as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque: “Aliás a preocupação com o tempo do processo, e com a possibilidade de a demora gerar dano a direito passível de prote-

É importante lembrar que as partes têm direito ao devido processo legal, com todos os seus consectários lógicos, entre os quais se inclui a garantia de razoável duração do processo com todos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Sem dúvida, o acesso à justiça não enquadra apenas a ideia de se garantir a inafastabilidade do controle jurisdicional a partir da provocação. Pode-se dizer, em outras palavras, que o acesso à justiça, no ideal da CF e no cumprimento do mister do Poder Judiciário, pressupõe tempestividade, adequação e efetividade.

Por tais motivos, é corrente a afirmação de que a tutela de urgência encontra fundamento no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF (princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e da duração razoável do processo).<sup>12</sup> Conforme o disposto no art. 5º, XXXV, da CF, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Judiciário, sendo assegurado a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII).

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional assegura a todos o direito de acionar o Poder Judiciário, para pedir o afastamento de uma ameaça (evitar a lesão a determinado bem da vida, tutelado pela ordem jurídica), a aplicação do direito ao caso concreto (processo de conhecimento) ou a realização dele na prática (processo de execução).

A Constituição, certamente, garante o acesso à justiça, não apenas o

---

ção, constitui apenas um dos aspectos inerentes à efetividade da tutela jurisdicional, tema central do processo civil moderno. Tentar eliminar o dano emergente da demora normal do processo é o grande desafio lançado ao processualista. A ele cabe formular mecanismos destinados a possibilitar que o processo alcance seus escopos institucionais e não se transforme em nova fonte de insatisfações. A duração do processo cognitivo ou executivo, muitas vezes exagerada e inexplicável, representa obstáculo sério à plena satisfação do direito. Aqui nos deparamos com circunstâncias inerentes ao próprio sistema processual, às vezes ligadas a deficiências desse mesmo sistema, que acabam por constituir obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional. É preciso buscar meios para afastá-los” (BEDAQUE, José Roberto dos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21).

- 12 “Uma coisa, porém, é a *tutela* e outra a *técnica* de que se serve o Poder Judiciário para realizar, nas diversas situações litigiosas, a *tutela* adequada (...). Mas há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como esta, uma situação injusta, em que a demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. Criam-se, então, *técnicas de sumarização*, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça. Fala-se, então, em *tutelas diferenciadas*, comparativamente às *tutelas comuns*. Enquanto estas, em seus diferentes feitos, caracterizam-se sempre pela *definitividade* da solução dada ao conflito jurídico, as diferenciadas apresentam-se, invariavelmente, como meios de *regulação provisória* da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, n. 636, p. 614).

acesso formal à justiça, mas o acesso efetivo à justiça ou o acesso à ordem jurídica justa. Aquele que sofre lesão ou ameaça a direito deve receber do Estado exatamente aquilo a que tem direito, em tempo hábil, ou seja, a prestação jurisdicional efetiva, célere e tempestiva.

Assim, pode-se dizer que a tutela de urgência se destina a tornar a prestação jurisdicional útil e, por conseguinte, se coaduna muito bem com a preocupação atual com a solução dos conflitos decorrentes da pandemia da COVID-19.

Aquele que precisa receber um tratamento médico e não consegue obtê-lo pela via administrativa precisa recorrer ao Judiciário para buscar um provimento jurisdicional imediato. O estudante que não dispõe de recursos tecnológicos (computador, internet) e não pode perder o ano escolar, caso não obtenha da instituição de ensino ou do Estado o material necessário para a realização das atividades escolares no ambiente virtual, terá que se socorrer do Judiciário e buscar uma decisão imediata que solucione o seu problema. O locatário que não tem condições de pagar a integralidade do aluguel porque foi demitido ou porque tem um comércio que está fechado em razão da pandemia e não consegue negociar com o seu locador um desconto, precisa buscar no Judiciário uma resposta que permita a manutenção do seu status quo durante alguns meses. O trabalhador que não consegue pagar todas as contas relacionadas a serviços essenciais como energia, água e gás precisa obter uma prestação jurisdicional que resolva, imediatamente, o seu problema.

São situações em que o jurisdicionado não pode aguardar todo o desenvolvimento do processo para que o seu direito seja tutelado, pois, ainda que o resultado do processo seja o mais adequado e justo, após o cumprimento do devido processo legal, não será suficiente para garantir a dignidade sua e de sua família.

## **A tutela de urgência em tempos de pandemia, à luz da jurisprudência**

Como não poderia ser diferente, inexistente acerto extrajudicial das partes em conflito<sup>13</sup>, o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir nas relações privadas nesse momento excepcional.

Há diversos exemplos que merecem atenção.

### **a) Direito à tutela antecipada para impedir a interrupção do fornecimento de energia por 90 dias e a anotação do nome da autora nos**

<sup>13</sup> “O dever de renegociar não é, como se vê, o dever de obter um certo resultado, mas sim um *dever de comportamento*. Desdobra-se em dois aspectos fundamentais: (a) para quem sofre o desequilíbrio, o dever de renegociar impõe informar prontamente o desequilíbrio contratual ao outro contratante, formulando um pleito de revisão do contrato; (b) para quem se beneficia do desequilíbrio, o dever de renegociar impõe analisar, com seriedade, o pleito eventualmente apresentado pelo outro contratante e respondê-lo, ainda que para negá-lo – o que, ao menos, indicará ao contratante que sofre a excessiva onerosidade qual o caminho a adotar” (Anderson Schreiber. Dever de Renegociar. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/01/16/dever-de-renegociar/>> acesso em 17-07-2020).

**cadastros de inadimplentes.** Realmente, nesse caso o TJSP entendeu que estavam mesmo demonstrados os requisitos necessários ao deferimento da aludida medida: “Com efeito, conforme se depreende da cópia do contrato social a fls. 16/71 dos autos principais, a autora desenvolve atividade empresarial na **área** de fornecimento de alimentação, a qual teve sua demanda fortemente impactada pela atual pandemia, além de ser considerada essencial, nos termos do art. 3º, § 1º, XLIV, do Decreto Federal nº 10.282/2020. Desse modo, em análise perfunctória da controvérsia, **está demonstrada a verossimilhança das alegações, que consiste na probabilidade do direito alegado.** Além disso, a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia e de inclusão do no nome da autora em cadastros de inadimplentes **evidencia, em sede de cognição sumária, o periculum in mora.** Tais medidas podem inviabilizar o desenvolvimento da atividade da autora, tanto por ser a energia imprescindível para o funcionamento de seu estabelecimento quanto pelo fato de a inscrição de seu nome em **órgãos** de proteção crédito dificultar de sobremaneira o acesso ao crédito” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2102347-82.2020.8.26.0000, 22º Câmara de Direito Privado, j. 17-07-2020, rel. Des. Campos Mello).

b) **Direito à tutela antecipada para impedir a prática de qualquer ato de cobrança do débito não pago pela concessionária de energia elétrica.** De fato, “a concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada **tem como requisitos a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, caput, do CPC),** além da inexistência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º, do CPC). Trata-se de um juízo de probabilidade, não de certeza, razão pela qual a cognição é sumária. Devem estar presentes (i) a **verossimilhança fática** - há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor, independentemente da produção de prova; e (ii) a **plausibilidade jurídica** - verificação de que é provável a subsunção dos fatos narrados à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. Além disso, deve-se verificar a **ausência do perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.** No caso, tais requisitos encontram-se presentes. Com efeito, são inegáveis os graves efeitos que a epidemia SARS-COV-2 tem causado à sociedade e economia brasileiras, com a imposição de isolamento social, alteração nos hábitos de consumo e queda vertiginosa na produção e aquisição de bens e serviços. Com efeito, a manutenção do pagamento da demanda contratada, em oposição à efetivamente utilizada pela parte, ocasiona uma onerosidade excessiva no momento pandêmico, aparentemente autorizando a excepcional revisão do contrato firmado entre as partes, com base nos artigos 317 e 478 do Código Civil.” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2125303-92.2020.8.26.0000, 22º Câmara de Direito Privado, j. 16-07-2020, rel. Des. Edgard Rosa).

c) **Direito à tutela antecipada para suspender a cobrança do valor previsto em contrato de fornecimento de energia elétrica para que**

**o consumidor pague apenas o que efetivamente consumiu.** Com efeito, “destaca-se que os elementos concretos presentes nos autos, nesta fase processual, **demonstram de forma suficiente o periculum in mora**, comportando manutenção a r. decisão de deferimento o pedido de antecipação de tutela, até porque **a medida, quando na análise do mérito do processo principal, é reversível.** Com efeito, tendo em vista a atual e excepcional conjuntura fático-econômica decorrente da pandemia de Covid-19, que foi objeto de ato normativo que suspendeu diversas atividades empresariais (Decreto Estadual nº 64.881/2020), tudo aliado **à probabilidade do direito alegado pela agravada**, a r. decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. A desaceleração da economia é pública e notória e patente a possível redução da renda e do consumo em muitos setores. Nesse passo, a r. decisão ora vergastada, revela-se extremamente razoável e proporcional quanto à sua fundamentação, inexistindo razões para sua alteração, ao menos nesta sede de medida de urgência, que busca, em última análise, a preservação da atividade empresarial. De fato, há que se ver com bons olhos o esforço do empresário que, a despeito das dificuldades financeiras e operacionais enfrentadas para dar continuidade ao pleno emprego, ainda busca, mesmo que com parcelamento da dívida, quitar os débitos de energia de seu estabelecimento, garantindo que a empresa possa, tão logo seja permitido pelas autoridades, restabelecer suas atividades e acolher os empregados que dependem da sua atividade empresarial para a garantia de seus sustentos e de suas famílias. Note-se que a pretensão da agravada deverá ser oportunamente ponderada ante as eventuais alegações que farão parte dos debates no processo principal. O reequilíbrio do contrato precisa, para tanto, considerar a situação fática de ambos os contratantes, aplicando-se, o quanto possível e quando for permitido, a cláusula geral do dever de solidariedade, decorrente da positivada função social dos contratos. A essa lógica não escapam os contratos de fornecimento de energia, item essencial para a continuidade da atividade empresarial. Em virtude da excepcional situação vivenciada, natural também se considerar, lado outro, que as questões contratuais deverão ser verificadas por uma ótica diferenciada, admitindo-se certa ponderação temporária e que possa promover, na medida do possível, um equilíbrio relativo entre interesses que são, por natureza, antagônicos” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2121630-91.2020.8.26.0000, 35º Câmara de Direito Privado, j. 06-07-2020, rel. Des. Artur Marques).

d) **Direito à tutela antecipada para impor desconto de 30% no preço das mensalidades vincendas enquanto perdurarem as aulas on-line em substituição às aulas presenciais.** “Não se pode desconsiderar que o sistema online imposto à aluna para integrar o formato de ensino que passou a ser fornecido pela escola na circunstância, onerou-a no aparelhamento e custos que não se sabe e nem está a aqui a ser detalhado, mas que está na vida das famílias, onde o trabalho remoto também exercido, impôs aos demais membros dos lares divisão de espaço, material e horário, sem dizer da neces-

sidade de equipamentos individuais para tudo compatibilizar. E pelo lado da instituição de ensino, sem precisar descer a qualquer raciocínio de redução de quadros, que toda a estruturação funcional de prédio e pessoas, custos naturais de um funcionamento regular e manutenção não estão a ocorrer para a escola. Logo, com redução drástica e significativa de despesas. Então, vem a calhar à situação a teoria da imprevisão para a agravante reclamar a intervenção judicial para reduzir a prestação mensal de seu compromisso de estudo neste período emergencial que vige desde meados de março de 2020. Portanto, à vista destas considerações, reforma-se a r. decisão agravada, para que seja deferida a tutela provisória pleiteada para que seja concedido o desconto de 30% no preço das mensalidades vincendas, enquanto perdurarem as aulas online em substituição às aulas presenciais.” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2134831-53.2020.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 03-07-2020, rel. Des. Hélio Nogueira).

e) **Impor a distribuição de água a população de baixa renda em razão da pandemia.** “O cenário que se apresenta exige cautela. A norma processual tem como requisitos para a concessão da tutela de urgência a **comprovação de elementos de informação que conduzam à plausibilidade de suas alegações (fumus boni iuris), assim como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação oriundo da demora na prestação jurisdicional (periculum in mora), além da reversibilidade dos efeitos da medida (artigo 300, § 3º, do CPC/15).** Ora, não cabe dúvida sobre a imprevisibilidade do fato nessa magnitude, bem como das consequências que vem provocando. A discussão posta envolve a distribuição de água à população, ou seja, serviço dos mais essenciais à higiene pessoal, sem considerar o consumo direto, restando inequívoco que a escassez no fornecimento influenciará de forma direta na disseminação do vírus. É fato notório a dificuldade experimentada pelos moradores de comunidades de baixa renda no enfrentamento da pandemia, uma vez que desguarnecidas dos equipamentos urbanos básicos à existência digna, anotado o aumento progressivo de casos de contaminação e vítimas fatais. A questão é de tamanha relevância que houve deferimento de liminar na Ação Civil Pública nº 5004662-32.2020.4.03.6100, em trâmite na 12ª Vara Cível Federal de São Paulo, movida pelo Instituto de Defesa do Consumidor IDECON contra as agências reguladoras responsáveis por serviços essenciais, ‘... determinando que se abstenham de suspender ou interromper o fornecimento de serviços essenciais de telefonia, água e gás, respectivamente, aos consumidores residenciais ao longo do período de emergência de saúde relativa ao COVID-19, e obrigação de fazer no sentido de restabelecer o fornecimento de energia elétrica para os consumidores residenciais que tiverem sofrido corte por inadimplência, sob pena de multa pecuniária a ser fixada por este juízo pelo descumprimento da ordem’. Não se ignora o impacto econômico a ser suportado pelas concessionárias, contudo, diante dos valores ponderados, deverá prevalecer, na hipótese, a supremacia do direito à vida. Em outras palavras, diante da crise sanitária acarretada pela pandemia de co-

ronavírus e a fim de preservar o direito à vida, bem como à existência digna” (TJSP, Agravo Interno n. 2102703-77.2020.8.26.0000/50000, 32º Câmara de Direito Privado, j. 26-06-2020, rel. Kioitsi Chicuta).

## Conclusão

Muitas e graves são as lesões aos direitos fundamentais decorrentes da pandemia da COVID-19.

A solução para tais problemas deveria se dar pela via extraprocessual, sem a interferência do Judiciário. As técnicas extraprocessuais de solução dos conflitos, especialmente aquelas baseadas no diálogo e na busca de soluções construídas pelos partícipes da relação de direito material e/ou seus representantes (adequados) devem ser prestigiadas em relação à utilização das ações individuais e coletivas.

Entretanto, em muitos casos, isso não tem ocorrido, surgindo conflitos, que perturbam a paz social e devem ser eliminados. Desse modo, fazendo-se necessária a judicialização dos conflitos, cabe aos julgadores prestar a tutela jurisdicional de modo célere para que a jurisdição cumpra a sua função de pacificação social com justiça.

Nesse contexto, a tutela de urgência se apresenta como importante instrumento de acesso à justiça. O CPC busca, ao regular o instituto, garantir que o Estado consiga prestar uma tutela jurisdicional **útil**, em tempo hábil. Em outras palavras, a tutela de urgência cumpre satisfatoriamente a função de eliminar o perigo de dano em razão da delonga natural do processo à espera de um provimento definitivo.

A tutela de urgência, inspirada nos princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo, **é** instrumento relevantíssimo, sem o qual não seria possível, especialmente em momentos de crise como o que estamos vivendo, a obtenção de prestação jurisdicional tempestiva, **útil**, efetiva.

## Referências

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARNELLUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**, Pádua: cedam, 1936.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: **Civil Procedure Review**,

v.8, n.1: 46-64, jan.- apr., 2017.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETTI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Repercussões do novo CPC – processo coletivo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, nota 93.

SALVADOR, Antônio Raphael da Silva. **Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SCHREIBER, Anderson. **Dever de Renegociar**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/01/16/dever-de-renegociar/>> acesso em 17-07-2020).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário: fundamentos processuais**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

# A APLICAÇÃO DA MEDICINA “DE CATÁSTROFE” EM TEMPOS PANDEMIA DE COVID-19 E A PROTEÇÃO DO IDOSO NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

**Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco**

Advogada, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, U.E. Lorena – SP

**Ana Maria Viola Sousa**

Professora-Doutora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de S. Paulo – UNISAL/Lorena (Brasil)

## **Resumo:**

O objeto do estudo é compreender como a saúde do idoso, pessoa vulnerável, vem sendo tratada, em tempos de pandemia. Apurar a situação dos hospitais brasileiros, a assistência médica, leitos disponíveis, funcionamento e número de equipamentos ao adequado atendimento dos idosos, acometidos pelo vírus COVID-19. Sob o foco da bioética “Escolha de Sofia”, aponta a difícil escolha preferencial utilizada no atendimento de pacientes em estado crítico, que leva em conta a chance de sucesso de tratamento, considerando a idade, as doenças preexistentes, a gravidade do seu estado e a possibilidade de reversão do quadro de saúde. No Brasil, a “medicina de catástrofe” ocorre em razão da escassez de recursos humanos e materiais à disposição imediata daqueles que deles necessitam. A catástrofe implica um meio-ambiente com prejuízo do abastecimento, da comunicação, dos transportes e do acesso ao local. O estudo se vale do método documental de pesquisa, utilizando-se de doutrina e legislação pertinentes.

**Palavras-chave:** Idoso; Proteção Legal; COVID-19; Sistema Único de Saúde; Medicina de Catástrofe.

## **Introdução**

Desde os primeiros informes de infecção pelo novo coronavírus, os casos têm-se espalhado por todos os países, demonstrando números exponenciais de contaminação, noticiando-se que na data de 14 de julho de 2020,

a nível global haviam sido registrados 12,9 milhões de casos, sendo 570 mil mortes e 7,81 milhões de pessoas recuperadas. Só no Brasil, os números também são bastante expressivos: 1,89 milhões de infectados, 73 mil mortes e 1,21 milhões de pessoas que se recuperaram (WHO, 2020).

Diante dessa situação de pandemia da covid-19 os países adotaram diversas medidas para frear a disseminação do vírus, ou no mínimo, para retardar a contaminação em massa da população, o que, fatalmente colocaria em colapso os sistemas de saúde.

No Brasil o Sistema único de Saúde atende, pelo menos, 62% de toda a população (RACHE et al, 2020). Em épocas normais a infraestrutura de saúde é considerada insuficiente, conforme nota divulgada por Rache et al. (2020), contando, em média, com apenas 7,2 leitos hospitalares a cada 100 mil habitantes. Nessa nota, os autores analisaram diferentes hipóteses, tais como casos críticos, tempo de permanência dos enfermos em hospitais, a necessidade de respiradores, considerando a quantidade desses aparelhos e leitos hospitalares disponíveis, concluindo-se que o Brasil, em tempos normais possui aparelhos e disponibiliza leitos em números insuficientes para o atendimento da população, especialmente, considerando a existência de regiões mais vulneráveis como as periferias das grandes metrópoles e a região norte-nordeste. Assim, de acordo com esses estudos, se 20% da população for infectada ao longo de 12 meses, dos quais, 5% necessitem de internação em UTI, por cinco dias, e um aparelho respirador a cada dois leitos, haveria lotação de 100% dos leitos e falta de respiradores; na hipótese de a infecção ocorrer em período mais curto, por exemplo, seis meses, haveria uma superlotação, sendo então necessário dobrar o número de leitos e respiradores disponíveis para atendimento à população.

Com o propósito de retardar a disseminação do vírus, cada Estado e até mesmo cada município implantou medidas diferenciadas, dentre as quais, a adoção do distanciamento social foi a que provocou mais efeitos danosos em grupos vulneráveis como o dos idosos. Diversos discursos de ódio dirigidos a idosos são relatados pela ONU nesse período de confinamento (UNITED NATIONS, 2020, p.9) Ainda de acordo com esse documento o índice de letalidade entre idosos tem sido muito alto: na Europa esse índice é de 95% para pessoas acima de 60 anos; na China é de 80% e nos Estados Unidos, para pessoas acima de 65 anos também é de 80%. O relatório ressalta ainda a existência do risco da concentração de recursos no combate ao Covid-19, marginalizando pessoas e criando barreiras na obtenção de recursos para outros serviços de saúde, o que pode agravar condições adjacentes aumentando a vulnerabilidade de idosos. Além disso, a escassez da força de trabalho pode interromper prestação de serviços básicos de apoio e assistência que eram prestados aos idosos, impactando ainda mais a saúde dos idosos.

Diante disso, este estudo tem por objetivo compreender o modo pelo qual a saúde do idoso vem sendo tratado em tempos de pandemia, com análise da legislação protetiva dos idosos bem como as implicações das questões

de escolha preferencial, ou “escolha trágica”, que coloca em xeque a opção entre a preservação da vida ou não do idoso, sob o foco da bioética “Escolha de Sofia”, num estado de “medicina de catástrofe” e o atendimento eficiente à saúde. Utiliza-se como metodologia a pesquisa documental e bibliográfica, cujas análises, em face das ocorrências atuais, têm como supedâneo o respaldo teórico doutrinário à luz da tutela jurídica individual e coletiva.

## **A evolução legislativa dos direitos fundamentais do idoso**

Pode-se afirmar que o marco legal da consolidação dos direitos dos idosos foi a promulgação da Lei 10.741/03, conhecida como Estatuto do Idoso. Evidentemente até que houvesse essa consolidação muitas lutas foram necessárias, tanto nacional quanto internacionalmente a fim de que os direitos básicos dos idosos fossem reconhecidos.

A seara internacional, em geral, constitui inspiração para que a legislação local se efetive. Essa situação foi observada quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, considerada por muitos analistas como texto que consagra a cidadania como norte principal, em consonância com as premissas vigentes na época. Assim também foi com os idosos. Embora ainda de forma tímida, a Constituição procurou estabelecer direitos fundamentais principalmente à crescente população de idosos.

Mas, os detalhamentos desses direitos foram estabelecidos de forma mais abrangente no Estatuto do Idoso. Aliás, nota-se que este diploma legal, até trouxe inovações, como por exemplo, considerando como crime os atos de violência contra essa parcela da população, que ainda hoje é vitimada por tais atitudes.

Assim, evolução legislativa, sem dúvida, proporcionou aos idosos o reconhecimento ao tratamento digno. Contudo, é também reconhecido na doutrina de que a sua concretização depende do papel mais ativo do Estado, sendo também relevante o papel reservado às famílias e à sociedade em geral.

Considera-se que todos os direitos fundamentais previstos na Constituição têm como respaldo a dignidade da pessoa humana. É esse atributo humano que serve de fundamento para o Estado Democrático de Direito, sendo vetor não só para critério e parâmetro de valoração das atitudes de forma geral, como também é a base orientadora da interpretação do sistema constitucional, cujos efeitos se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro (GROTTI; MOCCIA, 2020, p.28). O respeito à dignidade humana é, portanto, o espelho convergente a que todos estão sujeitos na execução de suas ações.

## **A pandemia do coronavírus e a “velhofobia” no Brasil**

Em tempos de pandemia, tem-se observado mais atitudes exacerbadas em relação ao idoso consubstanciado em violência à sua dignidade.

Há relatos de que jê em 2017, um em cada seis idosos sofriam de abu-

sos, violências ou negligência, cujos números aumentaram principalmente em razão das medidas de isolamento social, e as vítimas vêm reduzidos os meios de acesso à assistência e aos serviços (UNITED NATIONS, 2020, p. 7). No Brasil, em tempos de pandemia da Covid-19 houve um aumento da expressão “idosofobia”<sup>1</sup> (BAHIA, 2016), ou ainda “velhofobia”<sup>2</sup> (GOLDEMBERG, 2020). Existem fobias, ou seja, aversão ou medo em relação a diversas coisas, como a xenofobia (aversão a estrangeiros), homofobia (homossexuais), entre outras e agora contra os idosos. E note-se que, desde a inauguração do Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003 – que a violência contra idosos é considerada crime e, portanto, uma afronta à dignidade humana, subjacente à uma visão depreciativa do idoso, preconceito e crueldade (SOUSA & AQUINO, 2015, p. 416). Assim, qualquer ação ou omissão que prejudique a integridade física, emocional ou social dos idosos deve ser considerada violência.

Apesar dessa previsão legal, o fato é que o afastamento do idoso dos contatos sociais diurnas, face à implantação das medidas de isolamento, segundo hipótese levantada por Klein (2020, p. 132) constitui um verdadeiro abandono ou desserviço, de atendimento aos idosos, deixando-os à mercê de uma situação de ambiguidade – entre a aparente proteção e o desamparo – que revela uma decisão política cultural de “tanatopolítica”, ou seja, uma política cuja decisão de estratégias, prioridades e distribuições, implica transformá-la num dispositivo social e político “e uma arma sanitariamente impiedosa de a quem é possível atender e a quem não é” (p. 136).

Segundo Brooks (2020, p. 918) o prolongamento do tempo de duração do isolamento entre os idosos, aumenta proporcionalmente a exposição ao risco de agravamento da saúde, sendo necessário fornecer o máximo de informações possível, já que a falta de informação ou informação distorcida exacerba os níveis de medo e estresse. É importante a compreensão exata da doença, as causas para o isolamento e a fim garantir que todos tenham os bens necessários em tempo útil.

Sabe-se que os idosos possuem imunidade biológica mais baixa, levando-os a serem mais suscetíveis ao Covid-19. Além disso, têm os riscos aumentados em razão de apresentarem comorbidades, cujos fatores que mais contribuem para isso são as doenças cardíacas e pulmonares, diabetes e demência. Risco que torna ainda maior quando associado ao modo de vida, seja daqueles que estão internados em instituições de longa permanência, seja daqueles que vivem sozinhos, sendo fundamental sua proteção (NIKOLICH-ZUGICH et al, 2020, p. 509).

Do ponto de vista dos direitos humanos, no entendimento de Klein (2020, p. 128), o cenário político-sanitário do Covid-19 traz situação de desamparo e abandono social do idoso, acentuando os casos de violência. E nessa situação, os tempos de oportunidades, de perspectivas e novos estilos de vida que estavam sendo consolidados, de repente mudam para uma situa-

1 Termo utilizado por Lígia Bahia.

2 Termo utilizado por Mirian Goldemberg.

ção de medo e pânico; “morre a figura social do idoso, transformando-o num pária, excluído e isolado; perde-se a cidadania”. Será que está retornando o tempo em que os idosos eram considerados velhos, frágeis e incapazes?

Mas, ainda é tempo de mudar essa situação. No entanto, será necessário adotar políticas públicas equilibradas: de um lado há restrição do direito de liberdade, mas há também o dever de proteção aos mais vulneráveis. Garantir os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana é fundamental. Para tanto é necessária a preservação da vida, considerando-se que o direito à saúde, com atendimento imediato e tratamento digno, é um direito de todos e um dever do Estado previsto constitucionalmente.

## **“Escolha de Sofia” e a garantia de acesso à saúde do idoso no Brasil**

No romance do escritor americano William Styron, publicado em 1979, a polonesa Sofia Zawistowka, sobrevivente do campo de concentração de Auschwitz, é forçada a escolher entre seus dois filhos, Jen e Eva, qual deles seria exterminado pelos nazistas na câmara de gás. “A escolha de Sofia”, que dá nome a obra, se tornou um exemplo clássico que está sendo utilizado na medicina neste momento de caos provocado pela pandemia de Covid-19, onde os médicos estão tendo que decidir entre a vida e morte (LAVIERI, 2020, p.1).

O termo pandemia é utilizado, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), para se referir a uma enfermidade epidêmica amplamente disseminada. Assim, o termo é utilizado para descrever uma situação em que determinada doença apresenta uma distribuição em grande escala, espalhando-se por diversos países ou continentes.

Os profissionais da saúde se deparam diariamente nos hospitais com complexidades de tratamento e cuidados específicos de pacientes em situação de emergência. Em virtude disso, muitas entidades médicas estão criando protocolos para que os profissionais da saúde resolvam o impasse, sem quebrar a ética que exige que todos os pacientes precisam ser tratados em condições de igualdade, independentemente de sua situação social ou de seu estado geral de saúde. As normas técnicas estabelecidas nesse tipo de parâmetro existem também para evitar que as escolhas sejam subjetivas ou econômicas e se sobreponham na hora do profissional decidir quem e como será realizado o atendimento.

A Covid-19 evidenciou os problemas crônicos existentes no campo da saúde, como por exemplo, a árdua tarefa dos médicos em viabilizar aos pacientes o acesso aos recursos escassos- leitos de UTIs; insumos; ausência de estrutura e funcionamento adequado dos hospitais; falta de remuneração digna dos médicos e demais profissionais de saúde. De outro lado, a pandemia apresentou ainda mais a fragilidade na harmonia entre os poderes e a dificuldade de medidas conjuntas e dialógicas para o enfrentamento dos efeitos

deletérios do vírus (SOUZA, 2020. p.10602).

O governo brasileiro, por meio do Ministério da Saúde, vem se deparando com diversas dificuldades em relação aos esclarecimentos das normas de assepsia, medidas de segurança, abastecimento do mercado nacional no que se refere aos Equipamentos de Proteção Individual (EPI) para os profissionais da saúde e aqueles que trabalham na linha de frente no combate à doença. Somam-se a isto outras dificuldades, como a aquisição de respiradores e produtos de higienização pessoal como o álcool em gel com concentração alcoólica de 70%. Diante das dificuldades enfrentadas, sobretudo pelos profissionais da saúde, várias universidades públicas brasileiras, distribuídas pelas cinco regiões geográficas, ganharam destaque no combate à pandemia causada pela COVID-19. (SILVA; MASCARENHAS; DUTRA, 2020, p. 3625).

Todo dilema envolve um mecanismo de escolha dentre duas opções contraditórias que implica em uma exclusão. As teorias utilizadas como justificativas no processo de tomada de decisão na moldura apresentada pela pandemia esbarrou no espectro jurídico (SOUZA, 2020, p.10605).

A relação do envelhecimento e acesso pode representar uma situação preocupante. Características inerentes ao envelhecimento apresentam, como consequência, menor disposição física do idoso em procurar os serviços de saúde e deslocar-se nos diferentes níveis de atenção.

No Brasil, a população idosa cresce a cada dia diante do aumento da expectativa de vida e queda nos índices de mortalidade infantil.

Com base nesse paradigma do envelhecer surge a necessidade de adaptações do sistema de saúde para garantir qualidade de acesso e utilização dos serviços de saúde. As adequações indicam reformulação de políticas de saúde que contemplem novas formas de cuidado, pautadas na melhoria na qualidade de vida, manutenção da habilidade funcional e prevenção às condições crônicas em saúde (CRUZ et al. 2020, p.2).

Não obstante o atendimento prioritário ao idoso, há um plexo de segmentos sociais que demandam atenção detida. À criança e ao adolescente, por exemplo, o art. 227 da Constituição Federal de 1988 também determina prioridade absoluta no atendimento do direito à vida e à saúde.

Diante dessa celeuma, pragmaticamente, como escolher entre um idoso e uma criança infectados por COVID-19, ambos em estado grave?

Caso o profissional de saúde opte por atender qualquer deles, ante a falta de leitos suficientes para acomodar ambos, a situação se encaixa com perfeição na excludente de ilicitude de estado de necessidade, nos termos do art. 24 do Código Penal, pois praticou fato para salvar de perigo atual (Síndrome Respiratória Aguda Grave provocada por COVID-19), que não provocou por sua vontade, nem podia evitar, direito de outrem, qual seja, a saúde, a vida daquele que vai obter tratamento adequado (JUNIOR LEITÃO; MOUSINHO, 2020, p.1).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece a igualdade de todos no acesso à saúde no artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do

Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

O Estatuto do Idoso, Lei Federal 10.741 de 2003, no Título II, Capítulo IV, reforça o direito à Saúde da pessoa com mais de 60 anos: “Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos” (BRASIL, 2003).

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro veda a mencionada “Escolha de Sofia’ como opção de critérios destinados a empregar os recursos finitos em saúde nos casos de pacientes que dependam de internação em terapia intensiva infectados pelo Covid-19, sobretudo quanto às pessoas idosas.

## **O estado de “Medicina de Catástrofe” em tempos de pandemia de COVID-19**

Em tempos de pandemia, como a medicina poderá escolher quem vive e quem morre?

As recomendações éticas para a tomada de decisão na situação excepcional de crise por pandemia COVID-19 nas unidades de cuidados intensivos podem ser alocadas na denominada Medicina de Catástrofe (JUNIOR LEITÃO; MOUSINHO, 2020, p.1).

A definição da Organização Mundial de Saúde (OMS) é clara: catástrofe é qualquer acontecimento que cause estragos, desestabilização econômica, perda de vidas humanas e deterioração de saúde e dos serviços de saúde, a uma escala tal, que justifique uma mobilização excepcional de auxílios vindos de fora da comunidade ou da zona atingida (SILVA et al., 2015, p.250).

Os Códigos Deontológicos Médicos ditam as regras éticas sobre a obrigatoriedade da intervenção médica em situações de catástrofe. É necessário que os interventores saibam como proceder, tenham capacidade física e psicológica, elaborem um plano prático, objetivo, e rápido, com uma triagem eficaz, um espaço para prestação de cuidados médicos/ cirúrgicos imediatos e uma evacuação previamente delineada. Isto só é conseguido em contexto de simulação, com a complexidade que lhe é inerente, e formação subespecializada, como por exemplo, pós-graduações ou formações intra-hospitalares para todos os profissionais que lá trabalham, e que infelizmente ainda é muito escassa no nosso país. Com a telemedicina (uma área com grande margem de progressão no nosso país), a triagem, o diagnóstico e o tratamento passam a ser feitos local-independente, reforçando a noção de intervenção global (SILVA et al, 2015, p.20).

O Covid-19 apenas trouxe à tona uma situação que a saúde no Brasil já

enfrenta há algum tempo, diariamente.

O Sistema Único de Saúde no Brasil representa um dos maiores planos de saúde pública do mundo, com regras avançadas quanto ao atendimento médico da população em geral, contudo, na prática, passa por situação de caos por falta de médicos e profissionais da área da saúde em número insuficiente para atender a todos, falta de leitos, falta de material e que, em tempos de pandemia de covid-19 vem se reinventando.

A vulnerabilidade é outro fator inerente ao atendimento de catástrofes. Nestas situações todos estão vulneráveis, sejam pacientes, profissionais ou outras pessoas da população em geral. A vulnerabilidade gera um dever de proteção adicional, que neste caso não obrigatoriamente implica em atender o paciente em todas as suas necessidades, mas em nunca o abandonar sem algum cuidado, pelo menos sintomático e de que ele possa estar acompanhado. De acordo com as possibilidades, a presença de acompanhantes em unidades de internação de pacientes em cuidados paliativos deve ser preservada, desde que haja segurança para a presença deste. Todos estes quatro princípios também podem ser utilizados para os profissionais de saúde. A dignidade, a autodeterminação, a integridade e a vulnerabilidade dos profissionais devem ser igualmente levadas em consideração. Independentemente da situação, todas as pessoas são dignas. A dignidade é inerente ao ser humano. Não é possível tolerar qualquer forma de discriminação. A discriminação ocorre quando uma diferença entre pessoas se torna uma desigualdade (AMIB, 2020, p.1).

A dignidade não se desenvolve, nem se perde, ela é uma característica humana.

## **Conclusão**

Vivencia-se uma situação atípica de pandemia de Covid-19 desde dezembro de 2019 e sem previsão de término. Não há cura, nem vacina, o que obriga a população em geral a manter-se em isolamento social para que não haja caos no sistema público de saúde.

Adequando para a realidade brasileira, deparamos com uma medicina de catástrofe que evidenciou um sistema de saúde deficitário que não atende as necessidades da população, sobretudo as pessoas idosas.

Em relação à esta faixa da população, importante ressaltar que o número de idosos é cada vez mais crescente devido ao aumento da expectativa de vida da população e de ausência de políticas públicas adequadas que viabilizam o disposto na Constituição Federal de 1988 e demais dispositivos legais. Sem esquecer que sofrem discriminação só pelo fato de serem “velhos”, “inúteis” à sociedade.

Ante a esta deficiência, o risco de aplicação da chamada “Escolha de Sofia”, escolher entre a vida de um idoso e de um jovem, torna-se cada vez mais real, embora haja restrições legais quanto a isso.

Certo é que o idoso não vem sendo tratado como merece nestes tempos

de pandemia de Covid-19.

## Referências

AMIB. Associação de Medicina Intensiva Brasileira. **Princípios de triagem em situações de catástrofes e as particularidades da pandemia covid-19.** Disponível em: [https://www.amib.org.br/fileadmin/user\\_upload/amib/2020/marco/26/2603\\_PRINCIPIOS\\_DE\\_TRIAGEM\\_EM\\_SITUACOES\\_DE\\_CATASTROFES\\_E\\_AS\\_PARTICULARIDADES\\_DA\\_PANDEMIA\\_COVID-19\\_\\_10\\_\\_1\\_.pdf](https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/marco/26/2603_PRINCIPIOS_DE_TRIAGEM_EM_SITUACOES_DE_CATASTROFES_E_AS_PARTICULARIDADES_DA_PANDEMIA_COVID-19__10__1_.pdf). Acesso em: 17 nov.2020.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 17 jun.2020.

\_\_\_\_\_. (1982). **Plano de Ação Internacional de Viena sobre o envelhecimento.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em 17 jun.2020.

\_\_\_\_\_. (1991). **Princípios das Nações Unidas em favor das pessoas idosas.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/#:~:text=Em%201991%2C%20a%20Assembleia%20Geral,%2C%20cuidado%2C%20autorrealiza%C3%A7%C3%A3o%20e%20dignidade>>. Acesso em: 17 jun.2020.

\_\_\_\_\_. (1999). **Decretação do ano internacional do idoso.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 17 jun.2020.

BAHIA, Lígia. **A idosofobia e os planos de saúde.** Disponível em <https://www.viomundo.com.br/voce-escreve/ligia-bahia-idosofobia-alastrante-e-os-planos-de-saude.html> Acesso em 12 maio 2020.

BARRUCHO, Luis. **A pandemia de coronavírus evidencia a “velhofobia” no Brasil, diz antropóloga.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52425735>>. Acesso em 17 jun.2020.

BEAUVOIR, Simone de. **A velhice:** realidade incômoda. (2a ed.). São Paulo: DIFEL, 1976.

BRANCO, Mariana. **Pandemia revelou que os idosos são esquecidos pela sociedade, diz sobrevivente da COVID-19.** Disponível em: <https://www.sabado.pt/mundo/detalhe/pandemia-revelou-que-os-idosos-sao-esquecidos-pela-sociedade-diz-sobrevivente-da-covid-19>>. Acesso em: 17 jun.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 17 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3561/97.** Transformado na Lei Ordinária 10741/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19849>>. Acesso em: 17 jun.2020.

\_\_\_\_\_. **Política Nacional do Idoso.** Lei nº 8842/94, de 04 de janeiro de 1994.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm)>. Acesso em: 17 jun.2020.

\_\_\_\_\_. **Estatuto do Idoso. Lei nº 10.741/03**, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 17 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Lei 12.461/11 **Altera o artigo 19 do Estatuto do Idoso**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12461.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12461.htm)>. Acesso em 17 jun.2020.

\_\_\_\_\_. Lei 13.466/17 **Altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13466.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13466.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 818/20**. Torna obrigatória a internação hospitalar de pessoas com mais de 79 (setenta e nove) anos de idade infectadas com coronavírus e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241677>>. Acesso em: 17 jun.2020.

BROOKS, S. K. et al. (2020). The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence. **Lancet**, 395(10227) p. 912-920 Abr. 2020. Disponível em: [https://www.doi.org/10.1016/s0140-6736\(20\)30460-8](https://www.doi.org/10.1016/s0140-6736(20)30460-8) Acesso em 10 maio 2020.

CRUZ, Priscila Karolline Rodrigues et al. Dificuldades de acesso aos serviços de saúde entre idosos não institucionalizados: prevalência e fatores associados. **Rev. bras. geriatr. gerontol.** Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, e190113, 2020. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809-98232020000600201&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-98232020000600201&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 17 de novembro de 2020. Epub 13 de janeiro de 2020. <https://doi.org/10.1590/1981-22562020023.190113>.

JÚNIOR LEITÃO, Joaquim; MOUSINHO, Paulo Reyner Camargo. O coronavírus, o direito penal e a escolha de Sofia: medicina de catástrofe. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6110, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80394>. Acesso em: 17 nov. 2020

GOLDENBERG, Miriam. **Pandemia do coronavírus evidencia velhofobia” no Brasil**. Disponível em <https://lifestyle.r7.com/pandemia-de-coronavirus-evidencia-velhofobia-no-brasil-diz-antropologa-02052020> Acesso em 12 maio 2020.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; MOCCIA, Maria Herinia Penteado Pacheco e Silva. O significado jurídico de “saúde como direito de todos e dever do Estado”. **Revista do Advogado**, Ano XL, n. 146, p. 19-33. São Paulo, AASP, junho 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

KLEIN, Alejandro. Covid-19: los adultos mayores entre La “revolución” gerontologica y La “expiación” gerontologica. **Research on Ageing and Social Policy**, v. 8, n. 2, p. 110-141, julho 2020. Disponível em <https://www.doi.org/10.447/rasp.2020.5408>. Acesso em 10 maio 2020.

MANDETTA, Luiz Henrique. **Um paciente chamado Brasil: os bastidores da luta contra o coronavírus**. 1a. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020, p.162-164.

MANZARO, Simone de Cássia Freitas. **Envelhecimento:** idoso, velhice ou terceira idade? Disponível em: <https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/envelhecimento-idoso-velhice-ou-terceira-idade/#:~:text=Pelo%20termo%20idoso%2C%20podemos%20entender,em%20documentos%20oficiais%20logo%20depois.>>. Acesso em 17 jun.2020.

NIKOLICH-ZUGICH, Janko et al. Sars-CoV-2 and Covid-19 in older adults: what we may expect regarding pathogenesis, immune responses, and outcomes. **GeoScience**, n. 42, p. 505-5014. American Agin Association, 10 April 2020. Disponível em <HTTPS://doi.org/10.1007/s11357-020-00186-0> Acesso em 26 maio 2020.

RACHE, Beatriz et al. **Necessidades de infraestrutura do SUS em preparo ao Covid-19:** leitos de UTI, respiradores e ocupação hospitalar. Nota técnica n.3. Instituto de Estudos para Políticas de Saúde. Mar. 2020. Disponível em <http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/NT3%20vFinal.pdf> Acesso em 26 maio 2020.

SILVA, Luna Rodrigues Freitas. **Da velhice à terceira idade:** o percurso histórico das identidades atreladas ao processo de envelhecimento. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702008000100009&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702008000100009&lng=pt&tlng=pt)>. Acesso em 17 jun.2020.

SILVA, Maria Regina Farias da; MASCARENHAS, Anne Lizabelle Leite Duarte; DUTRA, Maria da Conceição Farias da Silva Gurgel; SILVA, Carlos Aldemir Farias da; DIAS, Nildo da Silva. Reflexões sobre as ações extensionistas e de pesquisa no combate à COVID-19 na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. **Braz. J. Hea. Rev.**, Curitiba, v. 3, n. 2, p.3622-3646 mar./apr. 2020. ISSN 2595-6825.

SILVA, Rita Marques da; REIS, Ana Mafalda; CAMPOS, Paulo; BANDEIRA, Romero. PRINCÍPIOS DE MEDICINA DE CATÁSTROFE EM REVISÃO A PARTIR DE FUKUSHIMA. **Territorium 22**, 2015, 249-266 journal homepage: [http://www.uc.pt/fluc/nicif/riscos/Territorium/numeros\\_publicados](http://www.uc.pt/fluc/nicif/riscos/Territorium/numeros_publicados) DOI: [http://dx.doi.org/10.14195/1647-7723\\_22\\_19](http://dx.doi.org/10.14195/1647-7723_22_19)

SOUSA, Ana Maria Viola de; AQUINO, Rodolfo Bueno de. Dos crimes em espécie (art. 95 a 198), p. 416-482. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan; PINTO FILHO, Ariovaldo de Souza (Ogs.). **Comentários ao estatuto do idoso**. Osasco: Edifício, 2015.

SOUZA, Elaine Alves Lacerda. A constituição federal de 1988 e a vedação a “ escolha da sofia” na covid-19. **Brazilian Journal of health Review.**, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 10600-10610 jul./aug. 2020. ISSN 2595-6825

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro nega ação que pedia utilização de leitos de UTIs privadas pelo SUS**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440821>>. Acesso em: 17 jun.2020.

UNITED NATIONS. **Policy brief: the impact of Covid-19 on older persons**. 1º Maio 2020. Disponível em <https://www.un.org/development/desa/ageing/wp-content/uploads/sites/24/2020/05/COVID-Older-persons.pdf> Acesso em 10 maio 2020.

WHO. **Coronavirus disease (Covid-19). Situation Report n. 176**, 14 July 2020. Disponível em [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200714-covid-19-sitrep-176.pdf?sfvrsn=d01ce263\\_2](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200714-covid-19-sitrep-176.pdf?sfvrsn=d01ce263_2) Acesso em 15 jul. 2020.

# A SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ENCARCERADOS VULNERÁVEIS EM TEMPOS DA PANDEMIA DE COVID-19<sup>1</sup>

**Tereza Serrate de Campos**

Mestranda e pesquisadora em Direito pelo Centro Universitário Salesiano - UNISAL/SP- Lorena (Brasil). Pós-graduada em Seguridade Social pela Faculdade Legale

**Leandro Abdalla Ferrer**

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Elpídio Donizetti. Especialista em Direito Processual Aplicado pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Faculdade de São Lourenço. Sócio-proprietário na Ferrer, Aon e Vianna Sociedade de Advogados. Professor do Jurismestre Cursos

## **Resumo:**

O presente estudo tem como principal foco abordar a saúde dos encarcerados no sistema prisional brasileiro que é direito fundamental inerente ao cidadão brasileiro, extensivamente previsto na vigente Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei de Execução Penal. A pesquisa tem como objetivo geral elaborar conceito de saúde de maneira que ela (saúde) possa ser, de fato, compreendida como um direito fundamental do homem, notadamente do encarcerado, anotando que apesar do amplo rol normativo ofertado, existem inúmeros obstáculos ao cumprimento das políticas que tratam da matéria. Nesse sentido, objetiva avaliar a importância e o abrangência das normas e dos princípios que tratam do direito à saúde, trazendo ao cenário das reflexões as principais ferramentas jurídicas destinadas ao exercício efetivo deste direito no atual cenário pandêmico, apontando a grave condição em que se encontram as pessoas privadas de liberdade.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Direito Fundamental à Saúde; Sistema Penitenciário; COVID 19.

---

1 Artigo desenvolvido no âmbito dos GP “Minorias, vulnerabilidade e tutela dos direitos individuais e coletivos”, do PP “Direitos Humanos e direitos fundamentais: vulnerabilidade e Instrumentos de concretização (UNISAL/Lorena); e do PP “Efetividade, Fundamentos, Tutela e Contemporaneidade dos Direitos Humanos, Direitos Fundamentais Sociais, Difusos e Coletivos: Diálogos das Fontes” (PUC/SP).

## Introdução

Apesar do direito a saúde ser garantido a todos na Constituição Federal de 1988, e garantido a todos de maneira universal e gratuita para toda a população, temos uma grande dificuldade da efetivação à população carcerária, principalmente em tempos da pandemia da COVID-19.

Para melhor entendimento da temática, será debatido o direito a saúde na Carta Magna de 1988, o funcionamento do sistema prisional brasileiro, passando pelo poder punitivo do Estado.

Por fim será trazido como o impacto da pandemia da COVID-19 afeta a precária saúde dos presos no Brasil.

## Direito à Saúde na Carta Magna de 1988

O direito a saúde está prescrito na Carta Magna de 1988 no artigo 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.”

A Constituição Federal traz também uma seção destinada a prescrever sobre este importante direito fundamental, indo artigo 196 ao artigo 200 do referido diploma legal:

### Seção II DA SAÚDE

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

- I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

De acordo com Schwartz (2011, p.42) pode-se definir saúde como:

Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e como pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado e de bem-estar.

Segundo Cury (2005, p. 17) “o direito a saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial”.

Nesse diapasão a Carta Magna de 1988 prescreve o direito a saúde como um dos direitos fundamentais, e cabe ao Poder Público trabalhar em conjunto com a sociedade para efetivação de tal direito social para toda a população, por meio de políticas públicas.

## **O Sistema Prisional Brasileiro**

A instituição prisional como instrumento da sanção se deu pelo Código Penal Francês no ano de 1791 e se estendeu de modo geral.

A elaboração de uma nova diretriz para instituir o controle de aplicar a justiça como encargo geral do corpo social, operado da forma igualitária sobre todos os seus membros.

Assim, Foucault (2011) expõe que a prisão se justifica na “privação de liberdade”, frisando que independência total e legal de uma pessoa é um bem inerente a todos igualmente, perdê-la tem, a mesma importância para todo mundo, “melhor que a multa, ela é o castigo”, autorizando a medida da sanção segundo os fatores do tempo: “Retirando tempo do condenado, a prisão

parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima a sociedade inteira” (Foucault, 2011, p. 196).

O cárcere, subsiste na sociedade capitalista, precipuamente no Brasil, que é assustadoramente desumano, não só pelo aprisionamento, mas porque desfaz a emocionalidade, a subjetividade do indivíduo, por não ofertar nenhuma chance de ao controle da razão do cenário em que se encontra.

Ainda de acordo Foucault (2011), a prisão também se justifica pelo papel de “aparelho para transformar os indivíduos”, servindo desde os primórdios como uma detenção legal incumbida de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em resumo, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduo.

Contudo, o Estado encarrega-se da responsabilidade de conter as infrações penais, separando o infrator da sociedade, por meio da prisão, o delinquente é privado da sua liberdade de ir e vir, que em tese deixaria de ser um risco para a sociedade.

Sobre esta colocação, Foucault (2011, p.79) dispõe que:

[...] a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.

O sistema prisional brasileiro deve executar a juridicidade, visto que a debilidade e as condições subumanas que os apenados vivem nas unidades são realidade. Partindo deste princípio, os presídios se tornaram imensos e aglomerados onde indivíduos ficam depositados. Desta forma com o excesso de pessoas, e a falta de assistência médica e também de higiene pessoal, propiciam enfermidades graves e incuráveis, sendo que ainda, a maioria das unidades não possuem atendimento médico e os detentos quando necessitam dos serviços médicos precisam ser transportados até mesmo, em alguns casos, para outro município para atendimento.

Mirabete (2008, p. 89) diz que:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que

o conduziu ao cárcere.

No mesmo diapasão, dispõe D'urso (1999, p. 54):

A nação reclama reformas profundas no sistema; portanto, caberá às autoridades observar os reclamos da população e com esta dividir a responsabilidade do ônus social do homem preso e do sucesso de sua recuperação, o que, até hoje, lamentavelmente, se tem mostrado como uma grande utopia.

Assim, o Estado detém o controle, podendo prender o indivíduo, sob a fundamentação de proteção para assegurar a pacificação social.

Por isso, foi criado o direito penal, para normalizar o comportamento dos indivíduos, impondo sanções àqueles que infringirem o regramento incluso no Código Penal e em Leis Penais esparsas.

Entretanto, o artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, prevê que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Afinal o zelo à pessoa é algo imprescindível, sendo de responsabilidade do Estado, salvaguardar a garantia fundamental aos cidadãos.

## **Direito Penal e Poder Punitivo**

É através do Direito Penal que se aplica as penalidades do Estado. Ele pune o comportamento humano tido como inadequadas, que geram rejeição da sociedade, que colocam em xeque a convivência harmônica no meio social.

No entanto, é vedado ao Estado aplicar as punições penais abusivamente, no regulamento penal estão elencadas as ocorrências mais graves, que tornam ilícitos penais (crimes e contravenções), determinando as sanções e as medidas de segurança cabíveis aos transgressores das leis.

O direito penal é incompleto, não é um sistema pormenorizado de acolhimento aos bens jurídicos, que são aqueles que são protegidos pelo ordenamento jurídico, porém, seleciona, de acordo com o critério do “mérito da pena”, estabelecendo pontos essenciais.

O conjunto de normas jurídicas que o governo designa para demandar o crime, por meio das penas e medidas de segurança, encontra-se inserido no direito penal.

Deve-se dizer, em caráter complementar, que o direito penal tem influência moral, tenciona atravancar o cometimento de delitos que abalam de maneira abominável os bens jurídicos penalmente protegidos.

Na obra de Loic Wacquant (2003), Punir os Pobres, foi refletida a passagem do “quase Estado Providência” para o Estado penal e policial. Segundo o autor, a prostração do Estado keynesiano influenciou no controle punitivo enquanto estratégia de governo da pobreza radicalizada. Desse modo, a tendência disciplinar se conduz as origens da população, da qual a hostilidade é consequência da fragmentação do trabalho assalariado, declínio em políticas

sociais e estigma territorial. Desta forma, para Wacquant (2003) há um processo de criminalização das sequelas da miséria de Estado.

Assim, o aprisionamento vira instrumento para definir a miséria e os rebotalhos do mercado ocupacional trabalhista, portanto, o destino dos cidadãos sem moradia, da penúria urbana, minorias étnicas e indivíduos com problemas de saúde mental rejeitados.

Nessa sequência, a expansão do Estado Penal não deve ser limitada à “ansiedade ontológica” da sociedade global desenvolvidas de hoje, afinal, o aumento do “punho de ferro” está unido ao reinado da “mão invisível”. Explana-se, pelo motivo do monopólio do mercado nas políticas econômicas e sociais, bem como ao seu impacto no esgarçamento da política social, na desigualdade de classe, na marginalidade urbana, no ressentimento étnico e na legitimidade dos formuladores de políticas (WACQUANT, 2012).

O presídio é meta só dos “malfeitores” e “criminosos”, mas do malfeitor/inimigo e criminoso/inimigo. Na norma Penal, a diferença entre cidadão e inimigo nega ao último a sua condição de pessoa. A diferença informa que o cidadão privado de certos direitos tem a sua condição de pessoa furtada, suprimida, com a personalidade de indivíduo perigoso. Assim, o inimigo (não -pessoa) é cerceado de direitos instituído pela doutrina dos direitos humanos internacional e regionalmente. Tal criação achega-se do Estado absoluto, impondo tratamento supressivo ao considerado “ente danoso” e suprimindo os direitos ligados à personalidade humana (ZAFFARONI, 2007).

## **Saúde no Sistema Prisional em Tempos de Covid-19**

A Organização Mundial da Saúde (OMS) relaciona uma crise pandêmica como a ocorrência em uma comunidade ou região de casos de uma doença ou outros eventos relacionados à saúde claramente em excesso à expectativa normal.

Segundo pesquisa publicado na revista Lancet citou o aumento da tuberculose no Brasil, principalmente com os indivíduos mais carentes, mais vulneráveis.

Ademais, para os que atuam no ramo da saúde, a falta de condição mínima de higiene, conduz os encarcerados a diversas infecções principalmente a tuberculose, e atualmente o risco iminente de contaminação com a Covid-19.

O aglomerado de pessoas num único lugar, bem como as celas superlotadas, torna propício a contaminação em massa.

As unidades carcerárias brasileira não têm atendimento médico nas unidades, assim, após influência do povo, ministro do STF conjecturou que os apenados portadores de tuberculose pudessem cumprir suas penas em regime domiciliar.

A terceira maior população carcerária, é a brasileira, que devido a superlotação, os condenados vivem em condição subumanas, pois, as unidades prisionais, não contam com chuveiros aquecidos, a água do banho é fria, com

isso tende a alastrar o número de presos que contraem problemas respiratórios.

As recomendações de nº 62/2020 da CNJ, publicada internacionalmente pelas ONU, encoraja os tribunais e magistrados a aderirem as medidas no sistema de justiça penal e socioeducativo.

Diante disso, torna-se evidente a necessidade de soltura ou conversão em prisão domiciliar dos presos. Nesse sentido destaca-se o artigo 4º da recomendação do Conselho Nacional de Justiça supracitada:

Art. 4o Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior a capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça a pessoa.

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Para Greco (2008, p.11):

A magistratura, segundo a concepção garantista de Ferrajoli, exerce papel fundamental, principalmente no que diz respeito ao critério de interpretação da lei conforme a Constituição. O juiz não é mero aplicador da lei, mero executor da vontade do legislador ordinário. Antes de tudo, é o guardião de nossos direitos fundamentais. Ante a contrariedade da norma com a Constituição, deverá o magistrado, sempre, optar por esta última, fonte verdadeira de validade da primeira.

Em outro angulo, pode-se notar que a Recomendação do CNJ veio para assegurar os direitos fundamentais constitucionais, que tiveram destaque frente a pandemia da COVID-19 com intuito de evitar que ocorresse uma tragédia nas unidades prisionais.

Sendo certo, portanto, que nem todos os casos foram aceitos pelos ma-

gistrados, dependendo do caso fático levado ao judiciário.

Assim, Ferrajoli (2006, p.786) afirma que:

Uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas, ou seja, de garantias, que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.

Destarte, a pandemia requereu do Estado e suas instituições ações instantâneas e eficazes no tocante as medidas sanitárias e de afastamento social.

No sistema prisional, há uma especificidade considerando o Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, (ADPF) n. 347:

no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais.

Desse modo, o intuito da Recomendação foi trazer amparo aos presos diante da pandemia, fundamentada em várias normas ela prevê a aplicação de direitos fundamentais aos detentos. O Conselho Nacional de Justiça apenas recomenda o que já está consubstanciado, pois, fato é que são os magistrados quem devem velar contra transgressões ou ameaças a direitos fundamentais, a fim de alcançar o real Estado.

## **Conclusão**

O presente trabalho teve o escopo de analisar a saúde no sistema prisional e situação da população carcerária no Brasil em face da pandemia da COVID-19.

Assim conclui-se que devido a superlotação das celas e a falta de condição mínima de higiene, conduz os encarcerados a diversas infecções e o risco iminente de contaminação com a Covid-19. Diante disso, torna-se evidente e necessária a soltura ou conversão em prisão domiciliar dos presos, sob pena de “ferir” o núcleo axiológico da Carta Magna de 1988 – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

## Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **RECOMENDAÇÃO 62**, de 17 de março de 2020. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>> Acesso em : 12 out. 2020.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal; prefácio da 1ª ed. Italiana, Noberto Bobbio. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.**

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.**

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte geral. vol.1. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.**

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.**

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.**

WACQUANT, Loïc. **Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente. Caderno CRH, v. 25, n. 66, p. 505-518, 2012.**

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. trad. Sérgio Lamarão, v. 3, 2003.**

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal. Revan, 2007.**

# O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO JOGADOR DE FUTEBOL: SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE EM TEMPOS DE COVID-19

**Higor Marcelo Maffei Bellini**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Advogado, Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Gestão Integrada Saúde e Meio Ambiente do Trabalho, SENAC/SP; Mestrando em Direito Esportivo PUC/SP, Master of Laws (LL.M.) em Direito Americano, Washington University of St. Louis; Especialista em Direito do Trabalho, Uni Fmu; Especialista em Direito Ambiental Cogea PUC/SP; Especialista em Educação do Ensino Superior Cogea PUC/SP, Gestor do Futebol pela CBF Confederação Brasileira de futebol, Programa Executivo – Aperfeiçoamento em Gestão de Esportes, Fundação Getúlio Vargas, Fédération Internationale de Football Association e The International Centre for Sports Studies

## **Resumo:**

O nosso objeto é refletir sobre a ambiência do trabalho dos esportistas, com destaque no jogador de futebol, no cenário criado pela pandemia de COVID-19. Anota os riscos enfrentados pelos atletas, entre outros, os que se relacionam aos inúmeros contatos realizados no local de treinamento, jogos oficiais praticados, às viagens para participarem de campeonatos e todas as atividades incluídas nos seus contratos de trabalhos, como treinos, jogos profissionais, procurando, referidos atletas do futebol, realizar os seus compromissos da melhor maneira possível, inclusive trazendo títulos importantes para o seu Clube. A pesquisa revela, também, as razões pelas quais os jogadores de futebol profissionais poderem se recusar a continuar nos seus labores, em tempos de pandemia de COVID-19, caso os Clubes-empregadores, não oferecerem condições satisfatórias de prevenção da contaminação.

**Palavras-chave:** Saúde e Segurança do Jogador de Futebol; Vulnerabilidade; Greve Ambiental; COVID-19.

## **Introdução**

Aos jogadores de futebol, assim como a todos os seres humanos é garantido o direito à saúde, não sendo permitido a ninguém exigir que os profissionais da bola, desempenhem as suas funções com risco à sua saúde, até porque a atividade futebolística, não expõe os seus praticantes a riscos de morte,

simplesmente, pela sua prática.

E este direito a saúde abrange também o direito de não serem expostos a riscos que extrapolam aqueles inerentes a atividade esperada dos jogadores de futebol, de modo geral, lesões físicas acontecidas durante os treinamentos e jogos. O que traz por consequência o direito de não serem expostos a riscos de natureza biológica, como aqueles trazidos pela COVID-19, que infelizmente assolou o mundo, no ano de 2020.

A COVID-19 como não poderia deixar de acontecer, atingiu também o futebol, em todo o mundo causando as vezes, a suspensão de partidas em razão do número de atletas infectados (REDAÇÃO DO GE, 2020) (NEGRÃO, 2020) em especial quando se contatou o elevado número de atletas, positivados para a COVID-19, quando a equipe visitante já encontrava na cidade onde aconteceria o jogo, como no caso entre Imperatriz, equipe do Estado do Maranhão e a equipe do Treze de Campina Grande na Paraíba.

Em outras vezes, não havendo o adiamento da partida, com a aplicação da penalidade à equipe que não pode jogar em razão do elevado número de atletas contaminados (COCCETRONE, 2020) como foi o caso da equipe feminina do Santos Futebol Clube em partida válida pelo campeonato paulista de 2020 e o mesmo acontecendo no futebol italiano (REDAÇÃO DO ESPORTE INTERATIVO 2020) no jogo entre Juventus e Napoli onde está equipe sequer pode fazer a viagem até Turim, em razão de ter em razão de ter dois atletas contaminados, a autoridade de saúde de Nápoles, impediu a viagens dos demais para os colocar em quarentena. .

Para a garantia da preservação da saúde dos jogadores estes podem, enquanto indivíduos com base principalmente no direito à saúde e, de maneira auxiliar, apoiados no princípio ambiental da prevenção, exercerem os seus direitos de resistência, recusando-se a trabalharem, em condições que possam agravar suas exposições a riscos de contaminação pelo coronavírus, paralisando, assim, as atividades por meio da ocorrência da greve ambiental.

É necessário deixar claro, desde o início, que a dura realidade do futebol não é a de contratos com salários milionários, essa é a exceção, salário acima de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) representam apenas 10% (dez por cento) dos jogadores Uol (2020). A regra, no Brasil, é a de trabalhadores que recebem entre um e três salários-mínimos Uol (2020), os quais necessitam trabalhar constantemente para fazer frente às necessidades de suas residências, por meio de contratos de trabalhos de curtos prazos e, geralmente, pelos períodos das competições que irão disputar.

Sabe-se que uma pessoa pode ser considerada como pertencente à população vulnerável, quando enfrenta dificuldades financeiras (CARMO; GUIZARDI, 2018:2-3), porque a vulnerabilidade, também, inclui a pobreza, sem, todavia, se limitar a ela (PERONA; ROCCHI, 2016). Essa situação de vulnerabilidade, qual seja, a de ordem financeira, acaba agregando à pessoa, nesta condição, outras fragilidades, como àquelas relativas às condições de moradia (JANCZURA 2012:304) que sendo fornecidas pelo clube, enquanto empre-

gador, para serem mantidas dependem de ser cumpridas as ordens do empregador, posto que sem o contrato de trabalho acaba o direito à moradia, fornecida pela agremiação.

Recorda-se que os jogadores de futebol, independentemente do gênero a que pertencem, podem ser considerados como vulneráveis em relação aos seus salários, e os demais benefícios que na verdade são uma forma de salário *in natura* fornecido pelo clube. Já que os salários milionários designam uma exceção, que não descaracteriza a precariedade da categoria profissional.

## Desenvolvimento

Todos os jogadores de futebol que recebem mais do que gastam para poder jogar futebol são considerados como jogadores profissionais, conforme o disposto no §2º, do artigo 1º do Regulamento Nacional de Registro e Transferência de Atletas de Futebol (CBF 2020), que assim prescreve

É considerado não profissional o atleta de futebol que o pratica sem receber ou auferir remuneração, ou sem tirar proveito material em montante superior aos gastos efetuados com sua atividade futebolística, com exceção de eventual valor recebido a título de bolsa de aprendizagem avençada em um contrato de formação desportiva, sendo facultado, ainda, receber incentivos materiais e patrocínios.

Quando se tratar de futebol feminino, séries “A1” e “A2”, do campeonato brasileiro, ou então, do masculino, séries “C” e “D”, a regra não escrita a seguida no momento da contratação afirma que os clubes devem pagar o salário mensal e fornecerem a alimentação e a moradia aos atletas, fazendo com que eles não tenham gastos para desenvolverem a sua atividade.

Todavia, estes jogadores por receberem recursos financeiros são considerados como profissionais, já que recebem valores dos clubes, maiores do que aqueles para desenvolver a atividade, mesmo que não estejam registrados como tal, junto a entidade que organiza o torneio a ser disputado, pelo empregador.

Logo, referida característica, peculiar do futebol, nas divisões inferiores do campeonato brasileiro masculino e em especial nas equipes femininas, importa serem eles considerados como jogadores profissionais e, conseqüentemente, empregados dos clubes, mesmo que recebam apenas um salário-mínimo, uma vez que, para jogarem, recebem além do que gastam, para desenvolverem as suas atividades.

Revelando assim a prática que, infelizmente, ainda existem em alguns clubes que mantém equipes femininas, de não registrar as atletas como empregada, sabendo que efetivamente o são as colocam em uma posição de elevada vulnerabilidade. Já que não tem o direito de serem reconhecidas como empregadas, com todos os direitos vindos do registro do contrato de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Além do baixo valor do salário e de por vezes não serem formalmente registradas como empregados dos clubes na função de atletas, em especial as jogadoras - que coloca os jogadores de futebol como pessoas vulneráveis -, outro fator relevante é aquele que impõe aos atletas uma dependência dos seus Clubes, no tocante ao acesso à alimentação e à moradia, já que estes são ofertados como salário *in natura*.

Os atletas que se negam a cumprir determinações dos seus empregadores, simultaneamente, de receber valores que lhe permitam o efetivo acesso à alimentação e à residência - em especial os atletas que jogam em estados distintos daqueles em que as suas bases familiares estão firmadas - e ao seu salário, fatos estes que dificultam o retorno dos jogadores à sua residência fixa.

As constantes ameaças sofridas pelos atletas, de terem os seus contratos de trabalho rescindidos, antes do final do prazo e, por consequência, perderem, também, as suas remunerações, alimentações e moradias, tornam cada um deles e suas respectivas famílias, vulneráveis.

As fragilidades dos atletas aumentaram, desde o momento em que se viram expostos ao COVID-19, tendo em vista que suas obrigações foram dispensadas pelos clubes, que determinaram a volta dos atletas às suas residências, para ficarem próximos às famílias e para cuidarem da saúde - suas e de seus familiares -, afastando, assim, o dever dos clubes de arcarem com as despesas ordinárias da alimentação e da manutenção dos alojamentos e/ou imóveis cedidos às suas famílias.

Referida fragilidade é latente, apontando a necessidade de proteção das vidas dos atletas e de suas famílias, que enfrentam situações de risco, em razão da possibilidade de contaminação, neste momento em que todos sofrem com a pandemia de COVID-19.

O perigo inerente à própria atividade desenvolvida pelos atletas, e a qual ficam eles expostos, pode ser considerado como sendo motivação à interrupção de suas atividades profissionais, não podendo, contudo, ser associado às atividades comuns desenvolvidas pelos empregados (RUSSOMANO 1982:564), notadamente nas situações enfrentadas pelos atletas, expostos à pandemia de COVID-19.

Reflete-se sobre a saúde, direito fundamental social, que pode e deve ser exercido por todos, sendo, também, um dever do Estado. A efetividade do direito à saúde repercute nos demais direitos sociais, reforçando a sua importância à concretude dos demais direitos fundamentais.

O fator que possibilita a ocorrência da greve ambiental pelos jogadores de futebol é a aplicação do princípio da prevenção ambiental, que possibilita a paralisação dos serviços por parte dos trabalhadores, objetivando a inoportunidade de possíveis acidentes do trabalho (MELO, 2008), inclusive do COVID-19 - que pode ocorrer como um acidente de trabalho, plenamente aplicável na defesa dos direitos do trabalhadores.

O princípio da prevenção se refere às consequências ambientais que já são conhecidas e sobre as quais se pode estabelecer um conjunto de nexos de

causalidades, que pode trazer a possibilidade de serem identificados impactos futuros de ocorrências possíveis (ANTUNES 2009).

Contudo como os jogadores de futebol integram uma categoria profissional fragilizada, que trabalha em constante estado de vulnerabilidade, pode-se admitir que a melhor maneira de se defender a saúde do trabalhador, seja por meio de medidas adotadas pelos sindicatos, como a deflagração de um movimento grevista, seja com a apresentação de medidas judiciais, visando a obtenção de uma decisão da justiça do trabalho, para impedir que o atleta seja obrigado a trabalhar com a sua saúde em risco, por fatores externos aos aceitos no momento da celebração do contrato de trabalho.

Lembra-se, por derradeiro, que referidas medidas devem ser consideradas como reclamações trabalhistas, com pedido de tutela de urgência e não como ações civis públicas, para não acontecer de terem suas eficácias limitadas ao estado em que foram emitidas as decisões, como no caso do jogo entre Palmeiras e Flamengo, em que foi revogada a liminar, diante de questão processual não relacionada à saúde dos atletas (ALMEIDA; LOPES, 2020).

## **Considerações finais**

O mito existente em torno da carreira dos jogadores profissionais de futebol, como sendo uma maneira de fugir da pobreza, não passa de uma imagem criada no imaginário popular pela imprensa, que enfoca apenas a exceção dos jogadores profissionais de futebol, aqueles que trabalham para os grandes times nas grandes ligas, no Brasil ou na Europa, deixando de noticiar a grande maioria que é composta dos atletas que estão nas menores ligas ou nas divisões inferiores, levando em considerações as equipes masculinas.

A realidade nas equipes femininas é de uma distância ainda maior entre as realidades das atletas que estão em ligas menores, ou ainda divisões inferiores dos campeonatos, posto que ainda existem atletas, que são encaradas como sendo amadoras, recebendo apenas uma simbólica ajuda de custo, quando não recebem apenas alimentação, para jogarem pelas suas equipes enquanto outra já recebem uma remuneração, que apesar de serem maiores, que a da média da população brasileira, ainda são inferiores as pagas par aos jogadores das categorias de base, masculinos, das grandes equipes de futebol.

Por ser a profissão de jogador de futebol, uma profissão que não permite ao trabalhador ter uma remuneração elevada, o vínculo entre pagar as suas obrigações cotidianas e acumular bens de consumo, revela que o trabalhador pode ser perfeitamente enquadrado como pertencente a um grupo de elevada vulnerabilidade.

Os operários da bola, como todos os demais obreiros, têm garantido, enquanto ser humano, o direito à vida saudável, além do direito fundamental à saúde, que devem ser protegidos e mantidos pelos clubes que os empregam, os quais não podem exigir dos atletas a prestação de serviços os exponha a situações de riscos, existentes no ambiente de trabalho, desnecessárias, no exer-

cício de suas atividades.

Por existir um meio ambiente do trabalho, derivado do meio ambiente artificial. no futebol, como em todas as demais ocupações podem ser aplicados todos os princípios do direito ambiental, para zelar por este ambiente e pela saúde dos trabalhadores, que nela prestam os seus serviços, evitando que este ambiente de trabalho passe a ser um meio de potencial risco de ofensa a saúde dos trabalhadores.

E, se o empregador solicitar dos atletas, determinados serviços, como o de treinar ou jogar com pessoas que estejam contaminadas pela COVID-19, para cumprirem compromissos com patrocinadores ou com a entidade organizadora da competição que está disputando, referidos atletas poderão se recusar a prestar os serviços, utilizando-se do seu direito de resistência, que se baseia na possibilidade de não cumprir uma ordem manifestamente ilegal, por extrapolar o limite das obrigações contratuais, quando se tratar de um único atleta, ou até mesmo pela deflagração de uma greve de cunho ambiental/sanitário, quando todo o elenco for atingido por esta determinação.

## Referências

ALMEIDA, Pedro Ivo; LOPES, Pedro. **TST aceita recurso da CBF e confirma realização de Palmeiras x Flamengo**. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2020/09/27/tst-aceita-recurso-da-cbf-e-confirma-realizacao-de-palmeiras-x-flamengo.htm>. Acesso em: 02 nov. 2020

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12ª Edição Amplamente Reformulada, Rio de Janeiro, Lúmen Júris 2009

BELLINI, Higor Marcelo Maffei. **O jogador de Futebol pode usar a Justiça Do Trabalho para não ser obrigado a jogar contra times com jogadores diagnosticados com COVID?** 2020. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/o-jogador-de-futebol-pode-usar-a-justica-do-trabalho-para-nao-ser-obrigado-a-jogar-contra-times-com-jogadores-diagnosticados-com-covid/>. Acesso em: 20 out. 2020.

BELLINI, Higor Marcelo Maffei. **O que a pandemia já alterou no mundo do esporte e do direito esportivo**. 2020. Disponível em: <https://escolainvictus.com.br/o-que-a-pandemia-ja-alterou-no-mundo-do-esporte-e-do-direito-esportivo/>. Acesso em: 20 out. 2020

CARMO, Michelly Eustáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 3, e00101417, 2018. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2018000303001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2018000303001&lng=en&nrm=iso)>. access on 01 Nov. 2020. Epub Mar 26, 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00101417>.

COCETRONE, Gabriel. **Surto no Santos pode gerar novo ‘caso Palmeiras x Flamengo’, afirmam especialistas**. 2020. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/surto-no-santos-pode-gerar-novo-caso-palmeiras-x-flamengo-afirmam-especialistas/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, Feb. 1988. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso)>. access on 02 Nov. 2020.<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>.

JANCZURA, R. Risco ou vulnerabilidade social? **Textos & Contextos** (Porto Alegre), v. 11, n. 2, p. 301 - 308, 28 dez. 2012.

MELO, Raimundo Simão de A greve no direito brasileiro: Ações judiciais cabíveis - Ec n. 45/04 Cap. 3 - Atuação do Ministério Público do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NEGRÃO, Ivana. **Brasileirão começou com jogos suspensos e quebra de protocolo sanitário**. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/colunas/lei-em-campo/2020/08/10/brasileirao-comecou-com-jogos-suspensos-e-quebra-de-protocolo-sanitario.htm>. Acesso em: 01 nov. 2020.

PERONA, Nélida B.; ROCCHI, Graciela I. Vulnerabilidad y Exclusión social.: una propuesta metodológica para el estudio de las condiciones de vida de los hogares. **Kairos: Revista de Temas Sociales**, San Luis, v. 8, dez. 2016. Semestral. Disponível em: <https://www.revistakairos.org/vulnerabilidad-y-exclusion-social-una-propuesta-metodologica-para-el-estudio-de-las-condiciones-de-vida-de-los-hogares/#:~:text=Vulnerabilidad%20no%20es%20exactamente%20lo,se%20constatan%20en%20el%20presente..> Acesso em: 31 out. 2020.

REDAÇÃO DO ESPORTE INTERATIVO. **Justiça desportiva italiana define W.O para Juventus e pune Napoli por ausência em jogo**: partida entre as duas equipes não ocorreu porque clube napolitano não tinha segurança para viajar para Turim por conta da covid-19. Partida entre as duas equipes não ocorreu porque clube napolitano não tinha segurança para viajar para Turim por conta da COVID-19. 2020. Disponível em: <https://www.esporteinterativo.com.br/melhorfuteboldomundo/Justia-desportiva-italiana-define-W.O-para-Juventus-e-pune-Napoli-por-ausncia-em-jogo-20201014-0009.html>. Acesso em: 02 nov. 2020.

REDAÇÃO DO GE. **Treze lamenta adiamento de jogo pela Série C e cobra mais agilidade da CBF nos exames para Covid-19**: galo iria enfrentar o Imperatriz nesse domingo, em campina grande, mas devido a 12 dos 19 jogadores do cavalo de aço terem testado positivo para coronavírus, partida foi suspensa. Galo iria enfrentar o Imperatriz nesse domingo, em Campina Grande, mas devido a 12 dos 19 jogadores do Cavalo de Aço terem testado positivo para coronavírus, partida foi suspensa. 2020. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/pb/futebol/times/treze/noticia/treze-lamenta-adiamento-de-jogo-pela-serie-c-e-cobra-mais-agilidade-da-cbf-nos-exames-para-covid-19.ghtml>. Acesso em: 01 nov. 2020

RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à consolidação das leis do trabalho: revista e atualizada. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

UOL (Brasil). **Pesquisa: 75% dos jogadores do Brasil ganham menos de R\$ 7 mil mensais**. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/de-primeira/2020/05/28/pesquisa-75-dos-jogadores-do-brasil-ganham-menos-de-r-7-mil-mensais.htm>. Acesso em: 31 out. 2020.

# A INTERDISCIPLINARIEDADE E A TRANSDISCIPLINARIEDADE COMO FERRAMENTAS DE COMBATE AS VULNERABILIDADES DA JUVENTUDE

**Marlisa Ramos de Oliveira**

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).  
Pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior da Advocacia (ESA-RJ).  
Graduado em Direito pelo Centro Universitário Fundação Instituto de Ensino  
para Osasco-SP (UNIFIEO). Procuradora Jurídica no Município de Resende/RJ.  
ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3179-3851>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4554773964806257>

**Ludimila Poirier**

Mestre em Direito: Ciências-Jurídico Forenses pela Universidade de Coimbra. Dou-  
toranda em Direito Civil na Universidade de Coimbra. Advogada na EU. ORCID  
<https://orcid.org/0000-0003-0373-2023>. CIÊNCIA VITAE PT ID 2416-676F-7E58

## **Resumo:**

As vulnerabilidades da juventude ocorrem por estarem os jovens em processo de construção e formação de suas identidades. O processo de desenvolvimento natural à que são submetidos os corpos e mentes juvenis, torna-os alvo fácil de exploração e abusos. Diante deste fato, firma-se cada vez mais importante o esforço, em conjunto, de diversos seguimentos da sociedade, na busca de minimizar vulnerabilidades decorrentes do processo de crescimento humano. A interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade tornam-se, então, ferramentas importantes no combate a tais vulnerabilidades; e, a união de diversos ramos do conhecimento pode maximizar os esforços para a concretização da proteção ao indivíduo em formação. Por consequência, o diálogo entre os educadores, juristas, psicólogos, sociólogos e filósofos de modo sinérgico tende a produzir uma maior eficácia na formação, educação e proteção da juventude como forma de concretizar o direito constitucional a dignidade humana.

**Palavras-chave:** Interdisciplinaridade e transdisciplinaridade; Proteção a juventude; Dignidade humana da pessoa humana; Educação; vulnerabilidade.

## Introdução

O presente estudo, é um recorte acerca da importância da interdisciplinaridade e transdisciplinaridade, no combate as vulnerabilidades da juventude e na concretização da proteção aos indivíduos que são denominados jovens.

Tem o objetivo de problematizar a questão com a finalidade de analisar as relações entre os diversos ramos do conhecimento buscando soluções eficazes para concretizar direitos garantidos constitucionalmente aos jovens, sempre em busca da dignidade da pessoa humana.

Com base nos postulados do filósofo e sociólogo Edgar Morin, e nos argumentos da teoria da performatividade da filósofa Judith Butler, assim como nas pesquisas sobre a juventude do educador Juarez Dayrell, apresentar-se-ão considerações relativas as vulnerabilidades e proteção constitucional, sempre com um recorte sobre a juventude.

Nesta esteira, procurar-se-á entender a relação entre juventude e direito a educação, direito este, tido como fundamental na Constituição brasileira. Analisar-se-á a simbiose que estes dois institutos apresentam e como ambos são de essencial importância para o Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, procurar-se-á ainda, entender o papel fundamental do judiciário em definir os contornos de proteção a juventude e a importância das legislações infraconstitucionais na defesa dos jovens e da dignidade humana.

Para alcançar o objetivo do presente trabalho, foram utilizadas a metodologia de análise de textos e teorias acima citadas, por meio de pesquisa bibliográfica e de artigos científicos. As pesquisas bibliográficas incluíram livros, teses, dissertações e outros documentos que auxiliaram a entender o adolescente e sua condição de vulnerabilidade; bem como de exame da legislação existente no Brasil e em Portugal, no intuito de responder qual a efetiva importância da interdisciplinaridade e da transdisciplinaridade na proteção a população jovem.

## Juventude

A juventude é uma fase da vida delimitada, culturalmente, por um espaço temporal entre etapas etárias; é um período em que o indivíduo passa da vida infantil para a vida adulta.

Este período da vida do indivíduo se caracteriza pela consciência do eu, é a fase da individualidade e ao mesmo tempo da tomada de consciência de sua existência em sociedade. Fase de escolhas e de decisões. Fase de afirmação da própria identidade.

É bastante complexo definir a juventude com termos definitivos ou parâmetros preestabelecidos pois esses elementos podem variar em cada indivíduo. A busca da identidade, uma grande quantidade de energia e uma certa angústia são certamente os elementos em comum.

Dessa discussão, entendemos a juventude como parte de um processo mais amplo de constituição de sujeitos, mas que tem especificidades que marcam a vida de cada um. A juventude constitui um momento determinado, mas não se reduz a uma passagem; ela assume uma importância em si mesma. Todo esse processo é influenciado pelo meio social concreto no qual se desenvolve e pela qualidade das trocas que este proporciona. (JUAREZ DAYRELL, 2003)

A juventude é o tempo de vida em que se começa a estabelecer a própria identidade; a identidade que irá acompanhar o indivíduo, pelo resto de sua vida. Não apenas as formas de se mover, se comportar ou agir, mas também todas as projeções, expectativas e sonhos que o indivíduo começa a habituar para sua vida.

A idade não se constituiria, então, como um dado biológico, mas seria um construto processado pela história e pela cultura, conectando-se com, e traduzindo-se como um pertencimento geracional. Os pertencimentos geracionais de raça, de gênero e de classe colaboram de modo importante para ponderações em torno da juventude, no entanto, isso não ocorre de modo unidirecional. E elas não se constituem em si mesmas, mas se atravessam. (ANDRADE, S. S.; MEYER, D. E., 2014)

A vitalidade e energia estão no ápice da plenitude, mas as exigências impostas pela sociedade começam a surgir e a preparação para a vida adulta torna-se uma preocupação recorrente, pois nem todos se encontram com facilidade.

A juventude traz consigo ainda, a tomada de consciência da necessidade de independência da família e o jovem começa a pensar em como manter a si mesmo. Encontrar o equilíbrio não é tarefa fácil e as vulnerabilidades se fazem presente.

## **Vulnerabilidades**

Para melhor compreender o presente estudo temos que inicialmente compreender o significado de vulnerabilidade. A vulnerabilidade é a qualidade de vulnerável (que é susceptível de ser exposto a danos físicos ou morais devido à sua fragilidade). O conceito pode ser aplicado a uma pessoa ou a um grupo social conforme a sua capacidade de prevenir, de resistir e de contornar potenciais impactos. As pessoas vulneráveis são aquelas que, por diversas razões, não têm essa capacidade desenvolvida e que, por conseguinte, se encontram em situação de risco.

Por indivíduo em vulnerabilidade social, de acordo com a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB-SUAS), compreende-se aquele que está com vínculo frágil ou mesmo sem nenhum vínculo relacionado à afetividade no que tange à esfera social ou noção de pertenc-

cimento, vulnerabilidade devido à deficiência, bem como devido à pobreza e etnia.

Os jovens são vulneráveis por diversos motivos. Como já dito neste trabalho, é uma idade em que a identidade está sendo formada, é o momento em ocorrem muitas transformações físicas, momento de dúvidas quanto ao futuro, e momento em que se consideram livres de qualquer perigo ou violência. É a fase em que Margulis & Urresti chamam de moratória vital; noção fática de ser jovem comum a todas as classes sociais, marcada pela energia do corpo, pela distância da morte.

As vulnerabilidades juvenis estão diretamente ligadas a violência a que os jovens estão submetidos em nossa sociedade. Ela pode ser medida por taxa de frequência escolar, escolaridade, mortes por acidentes de trânsito e por homicídios, assim como, por inserção no mercado de trabalho. Esses demarcadores refletem a desigualdade vivenciada pela juventude brasileira e mostra que a posição social que o jovem ocupa na sociedade é determinante de suas oportunidades.

Condições desiguais estabelecem e moldam a qualidade de vida desde a adolescência e criam tipos diferentes de vulnerabilidades limitando o acesso à educação daqueles menos favorecidos.

Abaixo, dados do Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência 2017 (IVJ 2017), desenvolvido pela Secretaria Nacional de Juventude em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

O lançamento do relatório aconteceu dia 11/12/2017, no Auditório da Secretaria Nacional de Juventude, com a apresentação dos dados. Esse índice traz pela primeira vez o recorte de vulnerabilidade à violência sobre a juventude brasileira na de 15 a 29 anos.

TABELA 2: IVJ – VIOLÊNCIA E DESIGUALDADE RACIAL 2017 E SEUS COMPONENTES, ANO BASE 2015

Unidade da Federação	IVJ – Violência e Desigualdade Racial 2015	IVJ – DESIGUALDADE RACIAL					
		Indicador de mortalidade por homicídio – 2015	Indicador de mortalidade por acidentes de trânsito – 2015	Indicador de frequência à escola e situação de emprego – 2015	Indicador de pobreza – 2015	Indicador de desigualdade – 2015	Risco relativo, homicídios de negros e brancos – 2015
Alagoas	0,489	0,795	0,170	0,643	0,687	0,192	12,68
Ceará	0,487	0,537	0,370	0,778	0,610	0,196	4,46
Pará	0,471	0,445	0,190	0,657	0,602	0,536	4,21
Pernambuco	0,455	0,452	0,180	0,772	0,548	0,416	3,85
Roraima	0,454	0,438	0,600	0,541	0,399	0,276	-
Maranhão	0,450	0,294	0,370	0,787	0,710	0,192	2,02
Amapá	0,448	0,512	0,050	0,634	0,481	0,626	11,94
Paraíba	0,442	0,497	0,230	0,749	0,567	0,238	8,87
Sergipe	0,440	0,660	0,180	0,601	0,626	0,178	5,85
Amazonas	0,435	0,369	0,190	0,686	0,529	0,479	4,40
Piauí	0,427	0,153	0,550	0,663	0,659	0,188	3,33
Bahia	0,400	0,474	0,080	0,708	0,552	0,275	3,61
Mato Grosso	0,399	0,256	0,580	0,628	0,295	0,244	2,63
Rio Grande do Norte	0,394	0,592	0,020	0,712	0,551	0,180	6,90
Tocantins	0,386	0,231	0,550	0,563	0,434	0,182	1,08
Rondônia	0,375	0,210	0,350	0,695	0,467	0,226	1,82
Espírito Santo	0,365	0,450	0,200	0,518	0,287	0,389	5,48
Acre	0,358	0,184	0,140	0,655	0,640	0,295	2,44
Goiás	0,328	0,449	0,270	0,431	0,285	0,206	2,04
Rio de Janeiro	0,308	0,325	0,040	0,403	0,146	0,647	2,44
Paraná	0,275	0,179	0,250	0,427	0,242	0,303	0,76
Minas Gerais	0,248	0,159	0,080	0,481	0,368	0,224	2,12
Mato Grosso do Sul	0,236	0,111	0,120	0,484	0,310	0,229	2,09
Distrito Federal	0,225	0,198	0,000	0,181	0,119	0,632	3,37
Rio Grande do Sul	0,216	0,188	0,030	0,397	0,230	0,290	1,34
São Paulo	0,209	0,028	0,030	0,427	0,154	0,467	1,65
Santa Catarina	0,209	0,028	0,310	0,277	0,158	0,278	1,78

Fonte: IVJ – Violência e Desigualdade Racial 2017, Ano base 2015; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

A juventude, convencionada como uma etapa da vida humana, não deve ser vista como apenas natural e/ou biológica. Ela está inerentemente vinculada a vida material e social do indivíduo. A puberdade sim está relacionada

diretamente com o desenvolvimento biológico, acontece naturalmente, apesar de também estar correlacionada ao social, por exemplo, com o tipo de alimentação e atividade que o “pré-adolescente” ingere e realiza, respectivamente. A classe social que ocupa na sociedade dita o tipo e a qualidade de nutrientes necessários ao bom desenvolvimento físico e mental que o jovem poderá se apropriar ou não.

## Inter e Transdisciplinaridade

As questões sobre valores são de natureza transversais pois cortam todas as disciplinas transversalmente. Assim também são as questões relacionadas as vulnerabilidades.

A interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade são uma reação ao pensamento fragmentado e ao conhecimento individualizado. Significa que o conhecimento não deve ser olhado com individualização e sim como um todo. Significa que um corte transversal deve ser feito em todas as disciplinas unindo-as, dessa forma, em um só pensamento.

No mundo da educação quem se opõe a fragmentação do conhecimento é o filósofo Edgar Morin, autor de mais de meia centena de livros que englobam principalmente teorias sobre a educação.

Falando em nosso sistema de educação, um paradigma que chamaremos de simplificação que domina o ensino e para conhecer, nós separamos, e reduzimos o que é complexo em simples. Tal visão mutila, inevitavelmente, o conhecimento. O problema então é conseguirmos obedecer a um paradigma que nos permita diferenciar e, ao mesmo tempo, relacionar. É justamente o paradigma que domina o conhecimento na nossa sociedade é um paradigma que impede o conhecimento complexo, o conhecimento da era planetária. (MORIN, E., 1999)

Segundo Morin, a visão do todo é necessária para que a educação se torne uma ferramenta de inclusão da juventude na sociedade moderna. A visão fragmentada do conhecimento, ou seja, produzir especializações de áreas complexas, gera uma falha na educação.

## Performatividade

A teoria *queer* é um campo de pesquisa que problematiza todas as áreas do saber, partindo de experiências de sexualidade de gênero dissidente, como as homossexuais, transexuais, bissexuais entre outras. Baseando-se numa linguagem dos atos de fala, ou seja, quando digo algo, significa que eu estou fazendo, e numa linguagem de performance, onde a construção se dá por uma repetição da discursividade, nesse sentido os teóricos *queer* atacam a discursividade heterossexual.

Já a heteronormatividade, diz respeito ao comportamento e a forma de

organizar a vida das pessoas segundo o modelo heterossexual, mantendo uma linearidade entre o sexo e gênero, assim uma pessoa se define de acordo com o seu sexo biológico. Isso que os *queer* buscam atacar, dizendo que não existe essa linearidade entre sexo e gênero, isso se dá através de uma construção da maneira que se a pessoa quiser, e uma das defensoras dessa teoria é Judith Butler. A partir do momento em que a heterossexualidade compulsória vem perdendo espaço em alguns países, a teoria *queer* vem ganhando espaço.

A teoria da performatividade acredita na construção do sujeito e do gênero a partir da vivência, e a juventude nos parece ser a época em que a personalidade e tudo mais que ela engloba é verdadeiramente firmada.

## Direitos e Legislação

Para discorrer acerca do tema, é importante entender como a adolescência e a juventude se configuram na sociedade brasileira no que se refere a legislação, políticas públicas de assistência e ensino. Estes olhares auxiliam a contextualizar onde está o adolescente brasileiro. Portanto, estabelece-se como ponto de partida o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), promulgado no ano de 1990, que define que a adolescência compreende dos 12 aos 18 anos de idade. No que tange à educação, aponta no artigo 53 que “a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho” e, com o objetivo deste pressuposto ser cumprido, em seguida o inciso I defende que haja “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”. (BRASIL, 1990).

## Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é um princípio do Estado Democrático de Direito e pode ser compreendida como o princípio que limita as ações do Estado e obriga este Estado a garantir e aos cidadãos o exercício de seus direitos, assim como, também exige que o Estado atue para que esses direitos não sejam desrespeitados. Desse modo, através de seus governantes, o Estado deve tomar medidas que visem garantir os direitos e bem estar das pessoas e, também, cuidar para que os direitos fundamentais não sejam violados. Ingo Wolff Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a 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 que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres hu-

manos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2003)

A questão da dignidade humana, considerando todas as vertentes que se apresentam, é intrincada e não está dentro do escopo deste estudo o aprofundamento do assunto. Aqui se pretende destacar os desdobramentos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal no regime jurídico dos servidores públicos, e as condições para que a Administração Pública exerça sua atividade com respeito e cuidado com os servidores rechaçando as ações de seus agentes que sejam ensejadoras de assédio moral. Não se escape que o direito administrativo deve sustentar-se nas teorias do “ser” para salvaguardar o Estado Democrático de Direito, também nas relações com os servidores públicos. Dessa forma concluímos que a dignidade da pessoa humana revela-se como fundamento da ordem constitucional nos Estados Democráticos e num diálogo com o presente estudo, em última instância é ela o bem a ser protegido nos casos em que se verifica o assédio moral.

## **Estado de Direito e Direitos Fundamentais – Portugal e a experiência das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens**

Em Portugal, os princípios jurídicos fundamentais que regem as questões sobre a infância e a juventude, decorrem inicialmente da previsão Constitucional. Ou seja: é a Constituição da República Portuguesa que estabelece as diretrizes normativas estruturantes relativas a esta matéria.

O estudo da interdisciplinaridade e da transdisciplinaridade deve contribuir para que, ao fim, no caso concreto, seja alcançado o melhor interesse do menor, que é o que se almeja conquistar.

Ao ter em conta tal princípio, primordialmente tem-se, que se um ambiente positivo pode promover o crescimento e o bem-estar, em claro favorecimento à concretização do potencial genético de cada criança e jovem, ao contrário, um ambiente negativo, nas suas várias vertentes, terá um efeito danoso em muitos aspectos e em vários níveis. Assim considerado, nas palavras de Mário Cordeiro, subsiste “a extrema importância da resiliência e dos fatores protetores”.

Para o presente trabalho, apresenta-se como exemplo paradigmático a criação das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ), que sendo instituições oficiais não judiciárias, com autonomia funcional, apresentam um modelo de proteção de crianças e jovens, em vigor em Portugal desde janeiro de 2001.

As Comissões de Proteção de Menores, criadas na sequência do Decreto - Lei n.º 189/91 de 17/5, foram reformuladas de acordo com a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro. Esta lei teve três alterações: Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro e Lei n.º 23/2017, de 23 de maio.

As Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações suscetíveis de afetar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral.

As Comissões são acompanhadas, apoiadas e avaliadas pela Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, criada pelo Decreto - Lei n.º 159/2015, de 10 de agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 139/2017, de 10 de novembro, a quem, entre outras atribuições, é cometida a missão de contribuir para a planificação da intervenção do Estado e para a coordenação, acompanhamento e avaliação da ação dos organismos públicos e da comunidade na promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens.

Aqui ressaltamos que o movimento para valorização da juventude contou com a contribuição de valorosas aquisições científicas e culturais que resultaram do desenvolvimento de outras ciências como a biologia, a medicina, a psicologia, a antropologia, a sociologia, a pedagogia, a história e o direito.

Portugal segue a tendência da União Europeia no sentido da crescente desjudicialização do sistema de proteção, que teve, e continua a ter, por base a otimização dos recursos. Esta otimização deve combinar a justificação da subsidiariedade e a justificação do reforço do papel da comunidade com o objetivo de reduzir despesa do Estado, partilhando o esforço com milhares de entidades de primeira linha por todo o país. Esse movimento está fortemente consubstanciado pelo envolvimento crescente da comunidade em detrimento da institucionalização.

A multiplicidade dos olhares da sociedade sobre as crianças e o jovem, ao incluírem entidades não especificamente vocacionadas em matérias de infância e juventude, permitiu a participação não apenas dos “peritos”, mas, também, dos detentores de recursos em áreas estratégicas para a estruturação familiar. Um exemplo é o Instituto do Emprego e Formação Profissional (IEFP) que atua concretamente com as autarquias locais, entre outros, e que funciona como uma rede social especificamente focada nas crianças e jovens.

## **Considerações Finais**

Ainda há muito a trilhar no caminho de uma efetiva aplicação da interdisciplinaridade e transdisciplinaridade. Não obstante, este estudo conclui que a sinergia entre as ciências é um meio de concretizar o combate as vulnerabilidades á que estão expostos os jovens. A união do direito, da sociologia, da pedagogia, da psicologia e de tantas outras ciências conduz os jovens para um caminho que leva a educação e consciência crítica da existência humana.

Apenas um discurso que perpassa pela transversalidade é capaz de alertar para uma correta sensibilização e melhor diagnóstico de típicas situações de perigo que uma criança e um adolescente, podem vivenciar. Com vistas à identificação dos sinais de alarme capazes de exigir a imediata e urgente inter-

venção do sistema de proteção em qualquer dos países aqui pesquisados.

Assim, é correto afirmar que a transdisciplinaridade e a interdisciplinaridade são ferramentas eficazes na condução do combate as vulnerabilidades juvenis.

## Referências

ANDRADE, S. S.; MEYER, D. E. Juventudes, moratória social e gênero: flutuações identitárias... **Educar em Revista**, Curitiba, Brasil, Edição Especial n. 1/2014, p. 85-99. Editora UFPR.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Senado Federal, Brasília, DF, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 06/11/2019

BRASIL. **Presidência da República. Secretaria de Governo**. Índice de vulnerabilidade juvenil à violência 2017: desigualdade racial, municípios com mais de 100 mil habitantes / Secretaria de Governo da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260661>. Acesso em 03/12/2019.

MORIN, Edgar. **Complexidade e Interdisciplinaridade**. Disponível em [https://tvcultura.com.br/videos/37663\\_d-07-complexidade-e-interdisciplinaridade-em-morin](https://tvcultura.com.br/videos/37663_d-07-complexidade-e-interdisciplinaridade-em-morin). Acesso em 02/12/2019.

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

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE. Teoria Geral do Direito Civil Relatório, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. **Tratado do Direito Civil Português I**, 4ª Ed., Coimbra: Almedina Editora, 2012.

LINDHOLM, ELENA. **Collective motherliness in Spain: Reception and Reformulation of Ellen Key's ideas (1907–1936)**. Bergen Language and Linguistics Studies, [s. l.], v. 10, n. 1, 2019. DOI 10.15845/bells.v10i1.1388. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=cookie,ip,shib,uid&db=edsdoj&AN=edsdoj.96f9912640eb4385a5dbba8a5ee15320&lang=pt-pt&site=eds-live>. Acesso em: 2 set. 2020.

BOLIEIRO, HELENA E GUERRA, PAULO. **A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)**, Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família, 2ª Ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2014

LEANDRO, ARMANDO GOMES. Protecção dos Direitos da Criança em Portugal, in **Ius Gentium Conimbrigae**, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, (2004), p. 102.

CORDEIRO, MÁRIO. **Crianças e Famílias num Portugal em Mudança**, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2015.

VARELA, ALEXANDRE. **As Comissões de Proteção de crianças e Jovens – A comunidade em ação na promoção e defesa das crianças.** Promoção e Proteção - Direito de Família e das Crianças, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 79 e ss.

**Páginas da Internet Acedidas:**

<http://www.cej.mj.pt> 2-[http://](http://www.dgsi.pt)

[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

# ENEM, PANDEMIA E ACESSO AO ENSINO SUPERIOR: A JUVENTUDE BRASILEIRA EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

**Grasiele Augusta Ferreira Nascimento**

Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Ius Gentium Conimbrigae. Diretora Operacional do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – unidade Lorena. Docente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Docente Assistente Doutora da Universidade Estadual Paulista – unidade Guaratinguetá

**Raíssa Stegemann Rocha Creado**

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – unidade Lorena. Discente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo

## **Resumo:**

O objetivo deste artigo é analisar as condições de estudo remoto dos estudantes brasileiros do ensino médio, identificando as distopias e desigualdades sociais que emergem deste contexto. Trata-se de tema relevante e atual, na medida em que o acesso às universidades está condicionado ao Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e o governo federal, ante a situação pandêmica, apregoa pela normalidade da aplicação do exame sob a justificativa de que os candidatos podem continuar os estudos na modalidade remota, a despeito dos que não têm condições de acesso remoto. Metodologicamente, a pesquisa classifica-se como qualitativa, com estratégias bibliográfica, jurisprudencial e documental. Destacam-se ainda, como pontos relevantes abordados, uma análise sobre o caráter inclusivo do exame e sua importância como ferramenta viabilizadora de correções de parte das desigualdades sociais. Em caráter conclusivo, tem-se que a manutenção do Exame nas condições de estudo remoto o tornam exclusivo, impedindo que a parte mais vulnerável e economicamente fragilizada da população tente o ingresso nas universidades, instituições que devem ser inclusivas, democráticas e disponíveis a toda sociedade.

**Palavras-chave:** Pandemia; Educação; Juventude; Vulneráveis.

## **A educação brasileira e o exame nacional do ensino médio (Enem)**

A educação é um importante primado do desenvolvimento humano e condição básica para o alcance da dignidade plena, pois que é por meio desses processos formativos vivenciados no seio familiar, escolar e social que se adquire as capacidades e compreensões necessárias para o progresso pessoal e profissional, cujos reflexos se estendem também ao campo comunitário.

Isto porque é através da educação que os cidadãos se qualificam para o mercado de trabalho e para a sua participação na sociedade: pode alçar uma maiores patamares de cidadania, condição financeira e realização pessoal, sendo o contrário também uma realidade, já que a pessoa sem estudos não possui plena capacidade de exigir e exercer direitos civis, econômicos, políticos e sociais, o que consequentemente prejudica sua inclusão na meio social.

No Brasil mais especificamente, trata-se de um direito fundamental a compor o rol dos direitos sociais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), direito este que é também dever da família e do Estado e deve ser promovido e incentivado com a colaboração da sociedade em favor do desenvolvimento humano dos educandos, nos termos do artigo 205 da Magna Carta (BRASIL, 1988).

Não obstante, a oferta do ensino formal brasileiro é regido por princípios basilares elencados no artigo 206 da Constituição: apregoa-se a igualdade de condições entre todos para o acesso e permanência na escola, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento com liberdade, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas diversas, a coexistência de instituições de ensino públicas e privadas, bem como a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais do governo (BRASIL, 1988).

Contudo, embora as bases da educação brasileira estejam profundamente esculpidas no texto magno, não somente ali se regula e disciplina a oferta de ensino no país, pois o tratamento legal deste direito se dissipa por outras leis infraconstitucionais prevendo ações e políticas públicas de melhoria e aprimoramento desde o ensino de base até os níveis superiores de graduação e pós-graduação – há, por exemplo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB 9394/96) e mesmo os comandos que permeiam o Estatuto da Criança e do adolescente (ECA).

As normativas e princípios que balizam a educação brasileira tutelam 48,7 milhões de estudantes em toda rede de ensino brasileira e nos mais diversos graus de aprendizagem, segundo dados do último Censo Escolar, que foi realizado no ano de 2019 pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) – 38,7 milhões ocupam vagas da rede pública e 9,1 milhões da rede privada de educação (BRASIL, 2019).

O percurso educacional completo e típico tende a afunilar conforme o estudante progrida as etapas, que se iniciam na fase pré-escolar e infantil, prossegue rumo ao ensino fundamental, desagua no ensino médio e preparatórios pré-vestibular para, por fim, levar à etapa de ingresso no ensino su-

perior, no qual o estudante irá se especializar em um dos ramos do conhecimento técnico-científico para posteriormente integrar o mercado de trabalho qualificado (mão-de-obra direcionada).

Para alcançar o famigerado ingresso em uma instituição de ensino superior no Brasil, seja pública ou privada, uma das principais portas de entrada é o Exame Nacional do Ensino Médio, popularmente conhecido pela sigla ENEM, que é organizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação – MEC (BRASIL, 2020).

O exame tem periodicidade anual, sendo composto por 180 questões objetivas cujos conteúdos contemplam as 4 grandes áreas de conhecimento (línguas, códigos e suas tecnologias; ciências humanas e suas tecnologias; ciências da natureza e suas tecnologias; matemática e suas tecnologias, sendo 45 questões por área) e 1 redação de cunho dissertativo-argumentativo, que o estudante redige a partir de uma situação-problema formulada pela banca avaliadora.

Uma vez feito o ENEM e com o resultado final em mãos, os estudantes de todo país utilizam a nota que obtiveram no exame para concorrer a vagas em universidades públicas e privadas, bem como obter do governo a concessão de bolsas de financiamento estudantil que podem ser na modalidade integral ou parcial (vide o Programa de Financiamento Estudantil – FIES e o Programa Universidade para todos – PROUNI, por exemplo).

O impacto social do exame é latente e visivelmente considerável, bastando mencionar que segundo o levantamento de dados do Censo Escolar 2019, há aproximadamente 6,1 milhões de estudantes brasileiros cursando o ensino médio – evidentemente, uma faixa educacional que está focada no ingresso no ensino superior (BRASIL, 2019).

Não menos importante é que os resultados obtidos no ENEM subsidiaram estudos e indicadores educacionais, apontando áreas satisfatórias e deficitárias do ensino que permitem aos governos federal, estadual e municipal traçar estratégias, ações e políticas públicas de correção, melhoria e fortalecimento do ensino brasileiro.

Dessa forma, mister que a educação é um direito fundamental de primeira ordem, necessário para o exercício de diversos outros direitos e da própria cidadania humana, que no Brasil constitui verdadeira obrigação do estado e deve ser ofertado gratuitamente por este nos estágios iniciais, mas também condiciona o Estado a idealizar e concretizar ações que facilitem o acesso aos estágios mais avançados, como o ensino superior.

## **Educação em tempos de pandemia: necessidades e adaptações**

A rápida e ampla disseminação do vírus Sars-Cov-2, popularmente dito ‘coronavírus’ ou ‘covid-19’ em alusão à família de patógenos da qual faz parte, não apenas alçou a humanidade ao status pandêmico como também afetou

drasticamente diversos setores, à exemplo da economia, turismo, trabalho e, claro, a própria educação.

Como não há, até o momento, fármacos ou vacinas disponíveis, as medidas de contenção do covid-19 se concentram em evitar ao máximo a transmissão do vírus entre pessoas: daí sobreveio a interrupção das cadeias produtivas, a adoção do isolamento social, necessidade de barrar aglomerações humanas e o distanciamento mínimo quando fosse impossível evitar o contato social (OMS, 2020).

Transpostas ao campo educacional, tais recomendações e medidas fizeram com que escolas e universidades fossem fechadas e as aulas presenciais interrompidas, gerando a necessidade de readequação dos calendários letivos e fazendo com que muitas instituições de ensino, notoriamente as privadas, migrassem as aulas presenciais para a modalidade à distância (EAD).

No Brasil, a edição da Portaria nº 343/2020 pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC), publicada em 18 de março deste ano, autorizou a substituição das aulas presenciais por aulas através de ferramentas digitais enquanto durar a pandemia – que, como dito, não se sabe até quando irá, a despeito de vacinas promissoras que começam a iluminar alguma breve esperança (BRASIL, 2020).

O movimento iniciou em meados do mês de março, quando “os estabelecimentos de ensino cessaram as atividades presenciais com base em normativas que impuseram restrição ao seu funcionamento” e, concomitantemente, muitas das instituições particulares iniciaram a “demissão de professores temporários, estagiários e funcionários de limpeza e alimentação contratados por empresas terceirizadas” (ALVES; FARENZENA; SILVEIRA; PINTO, 2020, p. 980).

Obviamente, a educação a distância (EaD) e as Tecnologias Digitais de Informação e de Comunicação (TDICs) se tornaram as grandes alternativas viáveis para a continuidade do ensino, vez que podem conectar alunos e professores, seja em atividades síncronas ou assíncronas, evitando completamente o problemático e arriscado contato presencial diário.

Ocorre que a incerteza quanto ao fim da pandemia suscitou uma grande preocupação quanto aos processos educacionais e afins, afinal, sem qualquer condição de prever quando seria possível retomar o ensino presencial, como não prejudicar a educação de milhões de estudantes dos mais diferentes níveis e graus?

A quantificação numérica da problemática através dos estudos e pesquisas iniciados desde então escancaram um déficit gigantesco e que traz a presente necessidade de ação por parte dos governos: 91% dos alunos do mundo todo, e mais de 95% dos alunos da América Latina, estão temporariamente fora da escola devido à pandemia do coronavírus (UNESCO, 2020; TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2020).

Houve ideias de manutenção de aulas presenciais mediante a adoção de todas as medidas sanitárias indicadas como higienização das mãos, uso de

máscaras, aferição de temperatura corporal entre outros, porém, tal logística se mostrou inviável para a grande maioria das instituições de ensino, em especial as públicas – ilusória pensar em totens com compartimento de álcool gel quando 10 mil escolas públicas brasileiras sequer tem água potável disponível, conforme dados do Censo Escolar realizado ano passado (BRASIL, 2019).

Não obstante, os próprios gestores e professores das instituições se viram sumariamente obrigados a remodelar suas atuações e estratégias em um curto período de tempo, adaptando todo planejamento letivo e pedagógico às pressas e para um modelo que, até então, era usado como meio alternativo ou sequer existia (como no caso das escolas públicas, onde o uso da EaD é bastante restrito pelas dificuldades técnicas e físicas).

De todo modo, é certo que a pandemia afetou consideravelmente o campo educacional e trouxe uma necessidade inadiável de adaptação dos recursos humanos e tecnológicos no escorço de tornar o processo o menos traumático e descontraído o possível.

## **O caso dos jovens socialmente vulneráveis: pandemia e acesso ao ensino superior**

Conforme as medidas de contenção e restrição social alcançavam mais instituições de ensino em todo país, uma dúvida constante passou a surgir entre estudantes e docentes do ensino médio, qual seja, se o ENEM teria seu calendário mantido ou seria adiado para um momento mais favorável.

Tal questão, embora simples, carregava internamente uma série de outras preocupações e receios dos candidatos ao exame: a interrupção dos estudos presenciais, resguardo da saúde, as dificuldades da continuidade do ensino à distância, a logística do exame, incertezas sobre o ingresso em instituições de ensino superior também paralisadas e o abismo gigantesco que se abria entre candidatos da rede pública e da rede privada em razão de desigualdades sociais.

Em um primeiro momento a decisão da pasta governamental foi, espantosamente, a de manter o calendário do exame normalmente, com aplicação das provas para o mês de novembro e tendo como único diferencial a ampliação de candidatos que poderiam prestar o exame na versão digital, contudo, restando também a aplicação presencial (BRASIL, 2020).

Após intensas críticas dos mais diversos setores sociais sobre a postura de se manter o calendário do exame, os responsáveis repensaram a decisão inicial e a edição 2020 do ENEM restou adiada para o começo do ano de 2021 – de todo modo, a polêmica já havia cumprido um importante papel social: escancarar as feridas da desigualdades socioeconômicas, fazendo os cidadãos discutirem abertamente este problema.

Assim como o assunto ganhou destacada visibilidade, os estudos e as pesquisas há muito alarmam para as relações desiguais e as dificuldades que os estudantes encontram quando se trata de acessibilidade aos meios e mídias

digitais (HETKOWSKI, 2008).

Este é um problema de raízes mais profundas do que somente educacional, porque a chamada exclusão digital retira das pessoas às margens do processo tecnológico ferramentas imprescindíveis para o exercício pleno da cidadania, é impensável que em um mundo extremamente conectado e globalizado haja atuação cidadã “sem apropriação crítica e criativa, por todos os cidadãos, das mídias que o progresso técnico coloca à disposição da sociedade” (BÉVORT; BELLONI, 2009, p. 1082).

Em primeiro lugar, é de se considerar que desde a interrupção das aulas presenciais uma parcela considerável dos jovens em fase pré-vestibular não teve como manter seus estudos por falta de recursos tecnológicos próprios ou publicamente disponíveis.

Em uma compilação de dados feita a partir dos dados disponibilizados no site do INEP sobre a edição de 2018 do exame, a rede jornalística CNN Brasil apontou que aproximadamente 42,36% dos mais de 5 milhões de jovens inscritos para o ENEM 2020 sequer possui computador em casa.

A distinção entre regiões do país também resta evidenciada, pois estados mais ao Norte e Nordeste apresentam índices piores (vide Maranhão com 67,6%, Amazonas com 61,42% e Ceará com 60,11% de jovens sem computador) se comparados a estados da região sul e sudeste, à exemplo, Santa Catarina tem apenas 26,05% e São Paulo 27,82% de domicílios sem referido recurso (CNN Brasil, 2020).

Os dados são corroborados pela já tradicional pesquisa denominada TIC Educação, realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI-BR), cuja edição recente de 2019 revela que 39% dos estudantes das escolas públicas urbanas não possuem tablets ou computadores em casa para acompanhar as aulas online, ao passo em que 91% dos estudantes de escolas privadas possuem recursos para dar continuidade aos estudos (CGI-BR, 2019).

Ainda que houvesse condição de acesso a computadores, tablets e outras ferramentas tecnológicas, um segundo problema a ser enfrentado é a conexão à internet, requisito básico para a navegabilidade em aulas EaD: aproximadamente 69,8% da população brasileira possui conexão com a rede de internet, a grande maioria através de smartphones já que este aparelho é usado por 97,9% das pessoas que acessam a internet na área rural e por 98,1% dos que acessam em zona urbana (TOKARNIA, 2020).

Não obstante, um outro óbice aferível é com relação à própria capacidade dos aparelhos aos quais a parte dos estudantes em situação de vulnerabilidade social que consegue navegar na internet tem acesso.

Em primeiro lugar, não raramente trata-se de aparelhos emprestados de familiares ou pessoas próximas e que, por este motivo, só podem ser usados nos períodos de tempo em que o proprietário do aparelho não o esteja usando o que, obviamente, limita sobremaneira o tempo de estudo e a flexibilidade de horários que o jovem estudante dispõe para suas atividades no aparelho (JESUS; OJIMA, 2020).

Um segundo ponto diz respeito à capacidade de processamento destes aparelhos, pois as pessoas em situação de vulnerabilidade, quando acessam a internet, o fazem de telefones celulares e computadores já obsoletos, com hardwares e softwares incompatíveis aos requisitos exigidos pelos sistemas e ambientes de aprendizagem virtual mais modernos – costumam ser aparelhos com pouca memória, sem muitos recursos de processamento, baixa capacidade tecnológica e poucos em ferramentas adicionais (JESUS; OJIMA, 2020).

Se por um lado as dificuldades para continuar os estudos remotamente durante a pandemia são imensas e parecem intransponíveis, na outra ponta da questão estão alunos de instituições privadas de ensino, que também concorrem às vagas em estabelecimentos de ensino superior e bolsas de financiamento através da nota obtida no Enem.

Estes, em sua maioria, continuaram assistindo as aulas preparatórias para Enem normalmente, com professores renomados, em confortáveis cômodos domésticos e com aparelhos modernos, repletos de recursos e ferramentas de processamento de dados, desvelando uma triste fragmentação provocada pela desigualdade social.

Essa realidade, inclusive, foi bem retratada pela propaganda do governo quando foi anunciar a permanência da aplicação do exame mesmo diante da pandemia, propaganda esta que tinha como slogan principal a frase “ENEM 2020: o Brasil não pode parar”.

A peça publicitária, de um gosto bastante duvidoso, mostrava onde um jovem, acomodado em um ambiente de qualidade visível e bem aparatado tecnologicamente, fala sobre ‘continuar a estudar da forma que der e onde der’ rodeado por dois smartphones de última geração presos à um tripé de gravação dos mais caros, um computador na mesa ao fundo, vários livros empilhados sobre a escrivaninha lateral, sentado em uma das cadeiras ergonômicas que está no quarto.

Seja como for, a propaganda parece se esquecer da imensa juventude periférica, às margens dos privilégios sociais dos abastados, dos que não possuem acesso à internet e tampouco um aparelho para acessar vídeoaulas e atividades, uma condição que alcançava 58% dos domicílios brasileiros em 2019 (FIOCRUZ, 2020).

A despeito disso, são jovens que também desejam continuar seus estudos e progredir profissionalmente, um direito legítimo e constitucionalmente esculpido de uma juventude que, apesar das dificuldades postas, anseia mudar suas histórias e reescrever as linhas tão desiguais que ainda ofuscam a plenitude da república brasileira moderna.

Como bem nos recorda Gadelha, as práticas e ideários de traços neoliberais que têm se feito presentes na educação é um dos potenciais fatores a aprofundar as desigualdades, na medida em que a educação perde seu importante papel humano e cidadão para tornar-se mercadológica, reduzida ao alcance de índices e performances que colocam o ensino em posição de subserviência à lógica empresarial (GADELHA, 2017).

Assim, retirando da educação a sua finalidade de formação integral e emancipatória, a segregação social e econômica vai legando a diversos jovens brasileiros o esquecimento e a falta de oportunidades mais igualitárias e democráticas, na contramão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isto, é importante um olhar social atento aos jovens vulneráveis, suas necessidades e os caminhos pelos quais as políticas públicas, em somatório de esforços governamentais, privados e de entidades afins, podem reduzir progressivamente as desigualdades, aproximando mais a educação de suas aspirações democráticas, inclusivas e de seu viés social e humano.

## Conclusão

Conforme aludido em caráter introdutório, a educação constitui um importante direito fundamental e também ferramenta indispensável para o exercício dos direitos civis e da própria cidadania, já que é pelo ensino que o ser humano progride as capacidades e aptidões necessárias ao desenvolvimento pessoal e participação em sociedade.

No Brasil, a educação é de tal modo basilar que sua promoção está atrelada de modo obrigatório aos deveres do estado e da família, sendo um direito fundamental de todos os brasileiros e objetivo constante das políticas e ações públicas que, dentre outros primados externados pelo preâmbulo constitucional, devem assegurar a igualdade entre todos.

Contudo, as dificuldades trazidas pela pandemia de coronavírus expuseram de modo cabal as fragilidades do sistema de ensino, sobretudo na área pública, cujas instituições de ensino foram fechadas sem que houvesse estrutura física e humana para a continuidade adequada das atividades de ensino à distância aos jovens em fase pré-vestibular (embora todos os níveis de escolaridade tenham encontrado problemas).

Em sentido oposto, muitas instituições privadas foram capazes de migrar do sistema presencial para o EaD sem maiores contratemplos, fornecendo aos estudantes vídeoaulas, teleconferências, simulados e atividades online, dentre outras possibilidades de continuação e também aprimoramento dos estudos.

A desigualdade social aprofundou ainda mais o abismo da acessibilidade ao ensino superior, pois, se por um lado, é importante que as instituições consigam ofertar mecanismos de continuidade dos estudos, por outro também é imprescindível que o jovem tenha como usufruir destes mecanismos: como visto, a maioria dos jovens em situação de vulnerabilidade sequer possui meios para acessar a internet.

É certo que o Enem tem por objetivo classificar os candidatos em busca de vagas no ensino superior e subsidiar dados para a construção e avaliação de políticas públicas no Brasil, mas à burlesca afirmação do então ministro da Educação à época de que o ENEM não serve para corrigir injustiças, questiona-se: deveria, então, agravá-las?

Pergunta meramente retórica, é claro: ninguém está acima do interesse social, do bem-estar comum, da legislação educacional, da constante busca pelo aprimoramento do ensino brasileiro, dos professores dos mais variados graus de ensino que diariamente se desdobram em prol do ensino, do direito dos cidadãos terem educação qualitativa, tampouco do primado Constitucional – esta Magna Carta corretamente dita ‘Constituição Cidadã’, por seu viés humano e garantista que desde sua promulgação permitiu avanços e conquistas sociais notáveis.

Educação acessível e de qualidade é dever do Estado, direito dos cidadãos, obrigação cívica de alta importância, pois que o ensino constitui uma das vias indispensáveis para o progresso humano e social de qualquer nação.

Não obstante, a República Federativa do Brasil é regida por Carta Magna que expressamente fixa a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade que se pauta pela fraternidade e pluralidade, predicados incondizente com qualquer insensibilidade no que tange aos socialmente vulneráveis, no caso, jovens sem condição de acesso à internet e ferramentas digitais.

Ainda que a educação não tenha sido a única área atingida pelos efeitos da pandemia, nesta certamente restou a urgência de discutir criticamente o modelo de ensino brasileiro e os impactos que a desigualdade social há muito tem impingindo ao processo educacional, o que precisará de seriedade no repensar das políticas e ações públicas voltadas ao ensino e sua acessibilidade.

Em pleno ano de 2020, com tantos avanços no campo técnico-científico e a incorporação cada vez mais intensa dos meios digitais e virtuais às atividades sociais como um todo, incluso o mercado de trabalho, renegar ou ignorar os vulneráveis e digitalmente excluídos é negar-lhes o direito à educação.

## Referências

ALVES, Thiago; FARENZENA, Nalú; SILVEIRA, Adriana A. Dragone; PINTO, José Marcelino de Rezende. Implicações da pandemia da COVID-19 para o financiamento da educação básica. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 979-993, ago. 2020. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122020000400979&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400979&lng=en&nrm=iso). Acesso em 14 nov. 2020.

BÉVORT, Evelyne; BELLONI, Maria Luiza. Mídia-educação: conceitos, história e perspectivas. In: **Educação & Sociedade**, Campinas, vol. 30, n. 109, p. 1081-1102, set./dez. 2009. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302009000400008&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302009000400008&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituiacao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiacao.htm). Acesso em 04 jul. 2020.

BRASIL. **Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP**. Conheça o ENEM. Disponível em <https://enem.inep.gov.br/antes#conheca-o-enem>. Acesso em 14 nov. 2020.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio **Teixeira – INEP**. Censo Escolar 2019. Disponível em <http://portal.inep.gov.br/censo-escolar>. Acesso em 14 nov. 2020

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. In: **Estudos e pesquisas: informação demográfica e socioeconômica**, n. 41, 2019. ISBN 978-85-240-4513-4. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf). Acesso em 12 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura – MEC. **ENEM 2020 será mantido**. Disponível em: <https://www.gov.br/mec/pt-br/centrais-de-conteudo/audios/galeria-de-audios/enem-2020-sera-mantido-by-ministerio-da-educacao>. Acesso em 07 nov. 2020.

BRASIL. TIC Educação. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros**. 2019. Disponível em <https://cetic.br/pt/pesquisa/educacao/analises/>. Acesso em 17 nov. 2020.

CNN BRASIL. **42% dos candidatos do Enem não têm computador em casa**. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/05/14/42-dos-candidatos-do-enem-nao-tem-computador-em-casa>. Acesso em 12 nov. 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI – BR). **Pesquisa TIC Educação 2019**. Disponível em [https://cetic.br/media/analises/tic\\_educacao\\_2019\\_coletiva\\_imprensa.pdf](https://cetic.br/media/analises/tic_educacao_2019_coletiva_imprensa.pdf). Acesso em 02 nov. 2020.

GADELHA, Sylvio. Desempenho, gestão, visibilidade e tecnologias como vetores estratégicos de regulação e controle de condutas na contemporaneidade. In: **Educar em Revista**, Curitiba, n. 66, p. 113-139, out./dez. 2017. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-40602017000400113&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-40602017000400113&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em 15 nov. 2020.

HETKOWSKI, Tânia Maria. (Org.). **Políticas públicas e inclusão digital**. Salvador, BA: EDUFBA, 2008. 338 p. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ufba/202/1/Políticas%20públicas%20e%20inclusão%20digital.pdf>. Acesso em 10 nov. 2020.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ – FIOCRUZ. **Coronavírus faz educação a distância esbarrar no desafio do acesso à internet e da inexperiência dos alunos**. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41167>. Acesso em 10 nov. 2020.

JESUS, Jordana Cristina de; OJIMA, Ricardo. **ENEM 2020 e injustiças: as condições de estudo remoto de alunos do ensino médio**. Demografia UFRN, 2020 [online]. Disponível em <https://demografiaufrn.net/2020/05/12/o-enem-nao-serve-para-corriger-injusticas-mas-deveria-agrava-las-as-condicoes-de-estudo-remoto-de-alunos-de-ensino-medio/>. Acesso em 04 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. **Folha informativa covid-19**. Disponível em <https://www.paho.org/pt/covid19#:~:text=A%20recomenda%C3%A7%C3%A3o%20da%20OPAS%20eou%20outra%20parte%20do%20corpo>. Acesso em 05 nov. 2020.

TOKARNIA, Mariana. Celular é o principal meio de acesso à internet no país.

**Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 29 de abr. de 2020. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/celular-e-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-pais>. Acesso em 14 nov. 2020.

# A EFETIVA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA ESCOLA: DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS

## **Deborah Regina Lambach Ferreira da Costa**

Formada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutora em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi Procuradora do Município de São Paulo e representante da Secretaria dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo no Conselho Municipal da Criança e do Adolescente. Professora de Direito Civil na graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## **Priscila Lambach Ferreira da Costa**

Doutoranda em Psicologia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Pedagogia e em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Monitora do Mestrado Profissional em Formação de Formadores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora nos cursos de pós-graduação da Faculdade de Conchas. Tutora e apoio pedagógico em espaços privados

### **Resumo:**

Todos têm direito ao acesso às oportunidades educacionais e a uma educação de qualidade, com a participação do Estado, da família e da sociedade para a efetivação do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana. O objetivo do estudo é averiguar se o ensino inclusivo brasileiro tem aparato técnico e jurídico para substancializar um trabalho articulado. A metodologia realizada foi uma revisão bibliográfica (integrativa) envolvendo o Direito e a Educação. Sendo a escola um poderoso *locus* de formação moral, ética, estética e política, a lei brasileira prega o atendimento dos alunos com deficiência em classes comuns. Como resultado, verificou-se que a inclusão é um processo, sendo necessárias adaptações físicas, curriculares e o desenvolvimento de uma nova dinâmica educativa e uma formação de professores efetiva. A Lei 13.146/15, embora tenha por finalidade a inclusão social, infelizmente não alcançou esse desiderato. Faz-se necessária uma maior dedicação aos aspectos educativos envolvidos na legislação, e intenso acompanhamento da efetivação desses direitos na prática.

**Palavras-chave:** Educação; Direito; Inclusão; Efetividade.

A educação igualitária leva as pessoas ao empoderamento, mas a educação desigual faz o contrário. De todos os instrumentos alienantes usados para marginalizar, a educação desigual é o mais danoso e duradouro. A não ser que haja um esforço explícito para incluir todo mundo, as escolas jamais serão um remédio para a exclusão; serão o motivo.

Melinda Gates (p. 91)

## **Breves considerações sobre inclusão**

A inclusão é mais do que o ato de incluir. É um processo de transformação do sistema social que visa acolher a diversidade humana (SASSAKI, 2014). A inclusão da pessoa com deficiência em classes comuns é um grande desafio enfrentado pelas escolas. Porém, as questões relacionadas a esse tema perpassam outras esferas como família, sociedade e poder público. Dito de outra forma, uma escola pode ser considerada inclusiva, mas se os outros agentes envolvidos no processo educativo não estiverem na mesma sintonia, o trabalho a ser realizado será muito frágil. Logo, ao falarmos de inclusão, acreditamos que precisamos tocar em aspectos relacionados a valores e a constituição da sociedade. Ao longo de muitos anos, grande parte das pessoas adotou o posicionamento médico de que deficiência era um problema a ser tratado, curado, reabilitado, ou até mesmo esquecido, afinal, por vezes entendia-se que nada poderia ser feito.

Podemos notar o espírito dessa época claramente expresso na maneira de se referir à pessoa com deficiência. Até chegarmos a usar essa terminologia, passamos por diversas outras, carregadas de preconceitos e julgamentos. Antes dos anos 60, os termos usados eram: incapaz, incapacitado. Entre 60 e 80, era comum escutar defeituoso, deficiente, excepcional. Nos anos 80, pessoas deficientes; entre 88 e 93, portadores de deficiência; de 90 a 2000, pessoas com necessidades especiais, ou simplesmente especiais. É a partir dos anos 2000 que a terminologia “pessoa com deficiência” passa a ser adotada. O termo faz parte do texto da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (ONU, 2006). Essas mudanças estão intimamente relacionadas com os eventos mundiais ligados ao tema como a Declaração de Salamanca (1994), por exemplo, que defendia o empoderamento das pessoas com deficiência e as mudanças sociais, rumo a inclusão de modo geral, seja de pessoas com ou sem deficiência.

Os princípios fundantes desses movimentos são o de não camuflar a deficiência, e sim mostrar com dignidade a sua realidade. Valorizar as diferenças, defender a igualdade de direitos e oportunidades, e encontrar medidas para o Estado e sociedade diminuírem ou eliminarem as restrições de participação dos mais diversos grupos.

Foram muitos os encontros, conferências, declarações, ou seja, mobilizações para que se pudesse refletir e mudar a maneira de encarar a deficiência. Desde a Declaração mundial sobre educação para todos (Unesco, 1990),

Normas sobre a equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência (ONU, 1993), Declaração de Salamanca, que trouxe linhas de ação sobre educação para necessidades especiais (Unesco, 1994), Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (ONU, 2006), dentre outras. Além disso, mais de 22 declarações, cartas, alianças e convenções ocorreram em diversos países ao redor do mundo, nos anos 80, 90 e 2000.

No Brasil esse movimento também ocorre há algum tempo. Vamos começar trazendo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN, n. 4.024/1961) que na época apresentava em seu texto de que a educação de excepcionais deveria, no que fosse possível, enquadrar-se no sistema geral de Educação. Em seguida, a LDBEN (n.5.692/1971) pregava que a escola especial deveria ser o destino daqueles que com deficiência física ou mental, com atraso considerável à idade regular de matrícula ou superdotados.

A Constituição Federal (1988) vem alguns anos depois, reforçando que é dever do Estado garantir atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência na rede regular de ensino. Em 1989, a Lei n. 7.853 passa a obrigar a oferta da Educação Especial no estabelecimento público, e a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares. Um ano após, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) garante o atendimento educacional especializado às crianças com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino. A Política Nacional de Educação Especial (1994) propõe a integração institucional, ou seja, um processo que permite o ingresso nas classes regulares de ensino apenas as crianças com deficiência que “possuem condições de acompanhar e desenvolver as atividades curriculares programados do ensino comum, no mesmo ritmo”, o que evidentemente é uma política de exclusão.

Um pouco depois, a LDBEN (Lei n.9.394/1996), revogando as Leis n.4.024/61 e 5.692/71, avança regulando a questão da formação dos professores, de currículos, métodos e técnicas para atender esses alunos. E a Lei n.10.172/2001, aprovando o Plano Nacional de Educação, também segue trazendo a Educação Especial como uma modalidade de Educação escolar a ser promovida em todos os níveis de ensino. No mesmo ano, a Resolução CNE/CEB n. 2/2001 coloca a possibilidade de substituição do ensino regular pelo atendimento especializado. Em 2002, a Lei n. 10.436/02 reconhece a Língua Brasileira de Sinais (Libras), uma grande conquista.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (2006) trouxe algo importante: a inclusão de temas relacionados às pessoas com deficiência nos currículos das escolas. O Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE/2007) também contribui abordando a acessibilidade, formação docente e salas de recursos, aspectos muito importantes para serem contemplados. Outro salto significativo se deu em 2008 com o Decreto n. 6.571, que regulamentando o par. único do artigo 6o, da Lei 9394/96, dispôs sobre o atendimento educacional especializado (AEE), ou seja, um conjunto de atividades e recursos para complementar ou suplementar à formação dos alunos.

Com o Decreto n. 7.480 (2011), a pasta da Educação Especial que era de responsabilidade da Secretaria de Educação Especial (Seesp), passa a ser vinculada à Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (Secadi). A Secadi passa a ser extinta em 2019, quando é criada a Secretaria de Modalidades Especializadas de Educação (Decreto n. 9.465, 2019). Mais próximo dos dias atuais, o Plano Nacional de Educação de 2014, instituído pela Lei 13.004/2014, tem como meta “universalizar para a população de 4 a 17 anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados”.

Apenas de observar todas as transformações que nossas leis, planos e decretos foram sofrendo, é evidente o quanto a temática da inclusão é complexa e possui uma imensa variedade de interpretações que transparecem os valores de quem elabora as políticas públicas. Em alguns momentos percebemos avanços, em outros, nem tanto. É claro que isso tem um impacto muito grande nas escolas. Num intervalo de poucos anos, alterações importantes no modo de ser e fazer são exigidas do profissional de educação.

## **Educação para todos**

Sabemos que as escolas ao redor do mundo estão há muitos anos implementando a proposta de educação para todos. Porém, compreendendo o tamanho desse desafio, questionamos a qualidade desse atendimento. Apesar de nosso país ter leis em consonância com o que se prega em boa parte do mundo, de que a classe comum abarque todos os alunos, é fundamental investir na formação dos profissionais, na estrutura dos ambientes educativos, nas possíveis adaptações curriculares, num diálogo mais próximo e cuidadoso entre família e escola, parcerias com profissionais de áreas afins e muito mais. A nossa realidade escolar parece não vivenciar essas questões em sua plenitude. Muitas vezes o aluno com deficiência está inserido na escola, mas não incluído. Ele faz parte do corpo discente daquela escola, porém pouco interage com seus pares, fica isolado em sala de aula, e às vezes passa muito tempo sem aprender.

Cada aluno é único. Numa sala de aula temos ritmos, comportamentos, diferentes maneiras de resolver problemas. Por mais que haja uma média ou uma expectativa padrão, um mínimo a ser atingido, precisamos ter total clareza de que os alunos lidam com as situações conforme sua identidade e características. É imprescindível que a escola seja flexível para acolher essas questões.

O mundo de hoje exige que saibamos lidar com a diferença e com a diversidade. É uma questão de sobrevivência. A escola pode ser um *locus* importante para que isso seja desenvolvido desde a infância. Aprender com os seus

pares a conviver, ser cidadão, ético e consciente. A formação do ser humano contemporâneo não pode carecer de respeito ao próximo, aceitação, tolerância e boa convivência.

Sabemos que a escola não muda se os professores, os pais, o entorno e a sociedade não mudarem. E vice-versa. Pode ocorrer de dentro para fora também. Um processo inclusivo precisa envolver a comunidade, mobilizar, engajar, incentivar. Vimos que o que não faltam são documentos, convenções, declarações, leis que abordam o tema da educação inclusiva. Os movimentos que reivindicam direitos humanos e fundamentais são necessários, evidentemente. Como exemplo, a Conferência Educação para Todos (UNESCO, 1990) e sua proposta de universalização do acesso à educação e promoção de equidade, em que os grupos excluídos -pobres, em situação de rua, indígenas, minorias étnicas, raciais e linguísticas, bem como refugiados e alunos com necessidades educativas especiais- não devem sofrer qualquer tipo de discriminação no acesso às oportunidades educacionais é brilhante. Mas, mais de 20 anos se passaram, e ainda nos deparamos com questões desconformes acontecendo sistematicamente.

A inclusão precisa ocorrer de forma gradativa, contínua, sistemática e planejada (BUENO, 2001, apud SAMPAIO, 2009). Como apontam Cristiane e Sônia Sampaio (SAMPAlO, 2009) o modelo educacional inclusivo pressupõe uma decisão política pela construção de uma sociedade inclusiva. Isso passa por reconhecimento e respeito das diferenças; visão de educação que admite que as dificuldades de alguns alunos resultam do ensino e de como a aprendizagem é concebida e avaliada; e que a deficiência não pode ser resumida a um perfil clínico.

A inclusão é esforço. Precisa haver uma nova dinâmica, que compreenda as dificuldades, as trabalhe de forma conjunta, escute o professor, dê condições para que ele reflita sobre sua prática, tenha uma rede de apoio para exercer sua função, e sinta que todos remam na mesma direção. Questões políticas são muito importantes, mas para que a efetivação da proposta inclusiva aconteça é necessário mais do que isso. Precisamos sair urgentemente daquela postura mencionada no começo do texto, do peso que se dá para que o aluno venha acompanhado de um diagnóstico para sabermos o que fazer com ele. É necessário cautela, pois a visão da deficiência como algo limitante, pode servir como uma justificativa para o não avanço daquele aluno. Se não considerarmos suas próprias características e ficarmos focados no quadro clínico, muito pode ser perdido. Agindo de forma estigmatizante, corremos o risco de não investir adequadamente em sua aprendizagem. O aluno precisa estar em primeiro lugar em todo e qualquer processo educativo. Sua singularidade e sua potencialidade merecem nosso respeito.

## **Educação como direito humano e fundamental**

A educação é um direito fundamental garantido a todas as crianças e

adolescentes (art. 53 do ECA), independente do fato de possuírem ou não necessidades especiais. Em contrapartida, nessas situações, o Estado assume o dever de prestar atendimento especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 54, III do ECA), com a obrigação dos pais matricularem seus filhos ou pupilos (art. 55 do ECA). No processo educativo, é máxima o respeito aos valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, com acesso às fontes de cultura e garantindo-lhes a liberdade de criação (art. 58 do ECA)

Alinhadas com a Constituição Federal, que no seu artigo 205 elenca a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, as normas infraconstitucionais acima citadas revelam como imperativo para uma sociedade justa e democrática, que realmente respeite a dignidade da pessoa humana, o compromisso ético e solidário de erradicar toda forma de discriminação, distinção, restrição e exclusão, garantindo o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência.

O legislador constituinte preocupou-se com o acesso universal à educação, apontando as diretrizes para a sua efetivação (art. 208 e inciso III da CF). Dos principais objetivos da educação, destacam-se a universalização e o aprimoramento de sua qualidade, com o desenvolvimento pleno do educando, preparando-o para a cidadania e qualificando-o para o trabalho, sendo o ensino prestado em igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; com liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, como estampa o artigo 206 da CF.

Esses postulados, alguns erigidos à princípios constitucionais, por si só são incompatíveis com a ideia de preconceito.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 6/7/2015), fruto desse amadurecimento, impõe ao Estado, à sociedade e à família o dever de assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à habilitação e reabilitação, à moradia, ao trabalho, à assistência social, à previdência, à cultura, esporte, turismo, lazer, transporte e à mobilidade, reconhecendo, ao lado desses direitos, a educação como Direito Fundamental, dedicando-lhe um Capítulo destacado nos artigos 27, 28 e 30. Descortina o propósito da concretização de um sistema educacional de qualidade, inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida da pessoa com deficiência, de forma a alcançar o máximo de desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. (art. 27)

Deixa claro sua finalidade de não só assegurar, como ainda promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, visando a inclusão social e cidadania da pessoa com deficiência, protegendo-a das mais variadas formas de negligência, violência e discriminação. As medidas trazidas pela Lei 13.146/2015 constituem, por certo, mecanismos de inclusão de uma parcela da sociedade que estava excluída das salas de aula.

A lei, a par de definir a pessoa com deficiência como sendo aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2o), firma o compromisso de garantir-lhe o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, salvaguardando-lhe de discriminação (art. 4o e parágrafo 2o) e procurando eliminar, numa via de mão dupla, as barreiras enfrentadas pela pessoa com deficiência, não somente as barreiras urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações e na informação, e tecnológicas (art. 3o), mas principalmente as barreiras atitudinais que tanto atrasam o nosso desenvolvimento enquanto sociedade.

## **Efetivação dos direitos humanos e fundamentais**

Como forma de efetivação dos direitos fundamentais, de modo a englobar a educação, cujas normas que tratam da matéria estão inseridas prioritariamente nos artigos 58 a 60 da Lei 9.394/96, o Estatuto da Pessoa do Deficiência cria o Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência, com informações georreferenciadas que permitem a identificação e a caracterização socioeconômica da pessoa com deficiência (art. 92); o apoio econômico com o auxílio-inclusão (art. 94); amplia a legitimidade ativa para adotar as medidas jurisdicionais destinadas à proteção dos interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência para além dos entes já investidos, contando com a atuação da Defensoria Pública (art. 3o); mas, sobretudo, retira as pessoas com deficiência da categoria de absolutamente incapaz ao revogar os incisos do artigo 3o do Código Civil, ampliando a ideia de capacidade civil, promovendo sua participação plena e efetiva na condução de seus interesses. A segunda alteração, nesse regime, trata dos “que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”, que passam para a categoria de relativamente incapazes (redação dada pelo Estatuto ao artigo 4o, III, do CC).

Assim, a incapacidade da pessoa com necessidades especiais não se apresenta mais estanque, sendo analisada caso a caso, *não havendo mais uma categoria abstrata e apriorística que vincule à incapacidade os maiores que não tenham discernimento para os atos da vida civil*, como asseguram Ana Luíza Maia Nevares e Anderson Schreiber. (NEVARES e SCHREIBER, 2016)

Essa, sem dúvida, a grande mudança de paradigma, libertatória de um grupo que há muito foi tratado como cidadão de segunda classe.

Por fim, há que se considerar o arcabouço legislativo e o compromisso do Estado com as Convenções Internacionais com o ensino inclusivo em todos os níveis de educação, compromisso esse ético e solidário com o respeito à inerente dignidade da pessoa com deficiência e ao princípio da igualdade, não está só inserido de modo formal no nosso ordenamento jurídico, mas como efetivação concreta.

E para que o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais promotores da vida digna da pessoa com deficiência, há que se fazer valer, pela família, pela sociedade, *pela comunidade escolar* e pelo Estado, nas suas esferas de poder, os princípios constitucionais (par único do art. 27). Ademais, ao interpretar e aplicar a legislação, o Poder Judiciário deve considerar os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade humana e do bem-estar (art. 1o par 1o da Lei 7.853/89), ou seja, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5o da LINDB)

Nessa toada, expressou-se o Ministro Edson Fachin, em voto proferido na ADI 5357 MC-Ref/DF, de que *o enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente*. Para o Ministro, somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento é que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação.

A exclusão da escola é a forma mais perversa e irremediável de exclusão social, pois nega o direito elementar de cidadania, reproduzindo o círculo da pobreza e da marginalidade, alienando a pessoa de qualquer perspectiva de futuro (Lei 10.172/2001 que aprova o Plano Nacional de Educação p. 13).

Entretanto, na contramão dos avanços sociais alcançados por esse grupo de pessoas, o Decreto n. 10.502 de 30 de setembro de 2020, instituiu a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida, implementando programas e ações na garantia dos direitos à educação e ao atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. A nova política, na verdade, é um retrocesso, pois parte do equívoco de tratar a deficiência como patologia.

A deficiência é um conceito relacional, não sendo sinônimo de impedimento. O Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo, que tramita na Câmara dos Deputados (PDL 427/2020), pugna pela inconstitucionalidade do referido Decreto Presidencial. O pleito de revogação, verdadeiro manifesto em favor da educação inclusiva das pessoas com deficiência em salas comuns, se alicerça em 8 (oito) fundamentos, denunciando a volta de práticas educacionais outrora fracassadas e que trazem ideias ultrapassadas há mais de 20 anos, quando era ofertada uma educação em separado para alunos com deficiência.

A bandeira de uma educação inclusiva não pode ficar a meio-mastro ou meia-adriça, em sinal de luto, mas tremulante, hasteada por uma Nação que cumpre seus tratados internacionais, concretizando o compromisso assumido no artigo 24 da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e assegurado no artigo 28 da Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015).

O Estado Democrático de Direito deve honrar o compromisso e reconhecer o direito das pessoas com deficiência à educação, num sistema educa-

cional inclusivo em todos os níveis, bem como ao longo da vida, efetivando esse direito, fundamental e humano, sem discriminação e com igualdade de oportunidades.

## Considerações

A escola possui um papel fundamental na concretização de valores como o respeito às diferenças, construção de uma sociedade inclusiva, e uma visão não limitante da deficiência. É um poderoso *locus* de formação moral, ética, estética e política. Compreende-se que é essencial ensinar cidadania para as crianças, o direito de pertencer e celebrar as diferenças. Como resultado do estudo, até o presente momento, verificou-se que a inclusão é um processo que não se dá de imediato. É necessário tanto adaptações físicas e curriculares quanto o desenvolvimento de uma nova dinâmica educativa e uma formação de professores efetiva que interrompa a construção de novas barreiras e que vislumbre um novo cenário mais integrativo e equânime.

A Lei 13.146/15, ao instituir a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) que em seus artigos 27 a 30 disciplina o direito à educação e, embora tenha por finalidade a inclusão social, infelizmente ainda não alcançou esse desiderato. Compreendemos que se faz necessária uma maior dedicação aos aspectos educativos envolvidos na legislação, e um mais intenso acompanhamento da concretização desses direitos na prática. Afinal, são as barreiras que vão excluir as pessoas com deficiência. O Estado precisa agir na eliminação dessas barreiras em conjunto com a sociedade, trabalhando principalmente para romper aquelas de caráter atitudinal, pois os comportamentos que impedem ou prejudicam a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas é um dos motivos que impossibilita a plena efetivação da inclusão.

## Referências

BRASIL. **Decreto-lei 4.657 de 04/09/1942**. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm) Acesso em: 20/01/2020

BRASIL. **Lei 4.024 de 20/12/1961** - Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4024.htm) Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Lei 5.692 de 11/08/1971**. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15692.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15692.htm) Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06/01/2020.

BRASIL. **Lei 7853 de 24/10/1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm) Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Lei 8.069 de 13/07/1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 03/03/2020

BRASIL. **Lei 9.394 de 20/12/1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm#art92](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm#art92) Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Política Nacional de Educação Especial – 1994**. Disponível em: <https://inclusaoja.files.wordpress.com/2019/09/polc3adtica-nacional-de-educacao-especial-1994.pdf> Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **RESOLUÇÃO CNE/CEB Nº 2, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001**. Institui Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf> Acesso em: 07/09/2020 BRASIL Lei 10.172 de 09/01/2001 Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm) Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Lei 10.406 de 10/01/2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Lei 10.436 de 24/04/2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10436.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20L%C3%ADngua%20Brasileira,Art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10436.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20L%C3%ADngua%20Brasileira,Art.) Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Plano de Desenvolvimento da Educação**. 24/04/2007 Disponível em: <https://www.todospelaeducacao.org.br/conteudo/saiba-o-que-e-e-como-funciona-o-plano-de-desenvolvimento-da-educacao/> Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file> Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Decreto 6.571 de 17/09/2008** - Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto no 6.253, de 13 de novembro de 2007. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/93163/decreto-6571-08> Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Decreto 7.480 de 16/05/2011**. Aprova a Estrutura Regimental e Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão do Ministério da Educação e dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7480.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7480.htm) Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Lei 13.004 de 24/06/2014**. Estende aos servidores públicos civis do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/124801247/lei-13004-14>. Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Lei 13.146 de 06/07/2015**. 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/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm) Acesso em: 20/02/2020

BRASIL. **Decreto 9.465 de 02/01/2019** - Estrutura regimental do ministério da educação Disponível em: [https://socepel.com.br/LIVRES/LEGISLACAO/DECRETOS/DECRETO\\_9.465\\_DE\\_02\\_01\\_2019\\_resumo.pdf](https://socepel.com.br/LIVRES/LEGISLACAO/DECRETOS/DECRETO_9.465_DE_02_01_2019_resumo.pdf) Acesso em: 07/09/2020

BRASIL. **Decreto n. 10.502 de 30/9/2020**. Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida, implementando programas e ações na garantia dos direitos à educação e ao atendimento educacional especializado aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10502.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10502.htm); <Acesso em 24/10/2020>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 5357- MC – Ref. DF. Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 6/6/2016, DJe 11/11/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em: 06/09/2020.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo (PDL 427/2020)**. Susta, nos termos do artigo 49, V, da Constituição, a aplicação do Decreto 10.502 de 30/9/2020, que cria a Política Nacional de Educação Especial. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263684> <Acesso em 24/10/2020>

EDUCAÇÃO INCLUSIVA: **conheça o histórico da legislação sobre inclusão**. Acesso em 20/07/20 <<https://www.todospelaeducacao.org.br/conteudo/conheca-o-historico-da-legislacao-sobre-inclusao>>

GATES, Melinda. **O momento de voar**. São Paulo: Sextante, 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia e SCHREIBER, Anderson. **Revista Quaestio Iuris vol. 09**, no. 03, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1545-1558 DOI: 10.12957/rqi.2016 p. 1553.

ONU – **Convenção sobre os Direitos das pessoas com deficiência de 13/12/2006**. Disponível em: [http://www.pcdlegal.com.br/convencaoonu/wp-content/themes/convencaoonu/downloads/ONU\\_Cartilha.pdf](http://www.pcdlegal.com.br/convencaoonu/wp-content/themes/convencaoonu/downloads/ONU_Cartilha.pdf). Acesso em 07/09/2020

ONU – **Normas sobre equiparação de oportunidade para pessoas com deficiência**. 1993. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139394\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139394_por) Acesso em: 07/09/2020

SAMPAIO, Cristiane; SAMPAIO, Sônia. **Educação inclusiva: o professor mediando para a vida.** Salvador: EDUFBA, 2009.

SASSAKI, Romeu. **Como chamar as pessoas que têm deficiência?** Disponível em: <https://diversa.org.br/artigos/como-chamar-pessoas-que-tem-deficiencia/> Acesso em: 13/07//2020

UNESCO. **Declaração de Salamanca – 1994** Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139394\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139394_por) Acesso em: 07/09/2020

UNESCO. **Declaração mundial sobre educação para todos.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990>. Acesso em: 09/09/2020.

# A SUBJETIVA EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA BRASILEIRA

**Carolina Pavese Barbosa Machado**

Pós-Graduanda em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá

## **Resumo:**

O presente artigo visa questionar a efetividade prática dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal do Brasil, e demonstrar que o acesso à educação de qualidade no Brasil está diretamente relacionado com a classe social do estudante. A metodologia de pesquisa utilizada é a explicativa e bibliográfica, e foi procedida uma análise histórica dos parâmetros educacionais no mundo e no Brasil, e foi realizado o exame das normas constitucionais brasileiras e as normas de tratados internacionais no tocante aos direitos humanos e à educação, com a fito de verificar a influência de fatores históricos na desigualdade sob a qual paira educação brasileira, e a efetividade das normas de direito interno e externo que possuem a finalidade de combatê-la. Os resultados demonstram que a educação brasileira possui um histórico de desigualdade desde à época colonial, que se perpetua até a atualidade. Há um extenso conjunto normativo, que assegura o direito à educação de forma isonômica e de qualidade. Porém, vislumbra-se a falta de políticas públicas que assegurem a efetivação deste direito, principalmente no tocante ao acesso à educação da população de baixa renda brasileira.

**Palavras-chave:** Educação; Constituição; Direito; Sociedade; Desigualdade.

## **Introdução**

A capacidade de aprendizado e a curiosidade pelo novo diferenciam o homem de todas as outras espécies de animais. Sem dúvida, a necessidade de adaptar-se e desenvolver-se intelectualmente trouxe a humanidade à realidade que vivemos nos dias atuais. A educação sempre foi fator de fundamental importância para o desenvolvimento humano, não somente pelo intelecto, mas também enquanto cidadão.

O presente artigo aborda a subjetiva efetividade do direito humano à educação da população de baixa renda brasileira. Para tanto, queda-se dividido

da seguinte forma:

Primeiramente, foi feita uma análise histórica da evolução da educação no mundo e de sua importância para a formação da sociedade atual. Posteriormente, foi estudada a origem histórica da desigualdade educacional brasileira, desde o período colonial até a atualidade. Por último, foi realizado o exame da relação entre o direito à educação nos tratados internacionais e no ordenamento jurídico brasileiro e a sua subjetiva efetividade no que tange à população de baixa renda brasileira.

## **A educação nas sociedades: uma análise histórica da evolução educacional através dos tempos**

Precipualemente, para chegarmos ao conceito de educação, é mister fazer uma primeira análise do ponto de vista etimológico. A palavra “educação” tem origem nos termos em latim “*educere*”, que significa conduzir (à força) para fora; e “*educare*”, que tem por definição “amamentar, criar ou alimentar”. Desta forma, conclui-se que a educação é a conquista de um ser humano enquanto indivíduo, construída através de sua natural aptidão à descoberta do novo.

Os primórdios da educação moderna ocorreram no período antigo da filosofia ocidental, onde desencadearam-se as primeiras tentativas do ser humano em compreender e explicar os fenômenos naturais e, até mesmo, a origem da humanidade. Ao passo que o homem começou a questionar a legitimidade do conhecimento extraído tão somente de contos míticos, o pensamento racional foi ganhando forma e, aos poucos, ocupando o espaço que anteriormente era preenchido somente pela religião e pela mitologia. Neste momento, surgem na Grécia Antiga os filósofos que seriam conhecidos como “pré-socráticos”, que perceberam que o a origem de todas as coisas encontrava-se em sua própria e intrínseca natureza. Neste mesmo período histórico, por volta do século V a. C, a educação foi amplamente democratizada, por influência dos sofistas, de Platão e Isócrates. Porém, só homens e não escravos tinham acesso ao sistema educacional.

Posteriormente, o período clássico da filosofia clássica teve em Sócrates (469-399 a.C.), Platão (427-347 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.) os seus maiores expoentes. Neste período, vislumbrou-se a superação da educação de conteúdo mítico, que tornou a ter seus padrões voltados para a busca racional da origem das coisas e o compromisso com a verdade. Valorizando, assim o homem como principal sujeito da sociedade e responsável pelas consequências de suas ações e seus respectivos efeitos, ciente de sua natureza, considerada imutável e perfeita. A evolução de tal raciocínio deu origem aos movimentos iluministas europeus, muitos séculos depois.

Durante a toda a era medieval, a educação se manteve fortemente influenciada pela Igreja Católica, que assumiu o papel de instituição responsável pela disseminação educacional, moldada pelos seus valores morais. Somente

na segunda parte da era medieval é surgido a escolástica, advinda dos mosteiros cristãos, como uma forma de trazer uma base mais racional às ideias e ao conhecimento cristãos, e se tornou o método crítico dominante nas universidades medievais europeias, entre os séculos IX ao XVI. O legado da filosofia escolástica consiste na base para o ulterior desenvolvimento das ciências naturais. Diferentemente da antiguidade, na idade média, as escolas podiam ser frequentadas por mulheres, que já assumiam outros papéis na sociedade, além da ocupação com o lar.

O renascimento, movimento que originou-se em meados do século XIV, surge com a ideia de prezar pelo individualismo, em face da autoridade nos aspectos sociais e intelectuais, e desvinculam-se dos valores religiosos da Igreja Católica, muito comuns na sociedade até então. Caracterizando-se por um grande marco social e cultural de transição de sociedades feudalistas para capitalistas, ou seja, da idade média para a idade moderna. No renascimento, a burguesia começa a buscar por educação e, aquilo que era até então um privilégio da nobreza e do clero, passa a se tornar uma exigência social, haja vista a nova concepção de ser humano que ascendia na sociedade. Neste contexto, surgem os primeiros colégios, humanistas e católicos, ambos voltados tão somente para a educação infantil. Enquanto os colégios religiosos ainda disseminavam a educação conforme os moldes da Igreja, havia também os humanistas, que visavam por difundir a educação sem que houvesse vínculos aos ideais católicos.

A educação humanista do renascimento torna-se científica, na idade moderna, ao passo que emergem o realismo e o naturalismo. Como plano de fundo, a idade moderna tem a ocorrência da Guerra dos Trinta Anos, na Alemanha, da Revolução Inglesa de 1688, como principais fatos históricos do período. Visava-se por uma educação que independesse à autoridade eclesiástica, sendo construída a partir do estudo experimental da natureza e da observação.

As mudanças no paradigma educacional ocorridas no século 19 foram sedimentadas e lapidadas durante o século 20. Os eventos sociais ocorridos no mundo nesta época tiveram papéis relevantes em tais mudanças educacionais, sendo a primeira e segunda guerras mundiais os mais significativos deles. Enquanto, na América do Norte, as políticas educacionais de Theodor Roosevelt e William T. Taft buscavam estimular o crescimento do interesse e do envolvimento da população com a política, na América do Sul os países ainda passavam por um processo de decolonização e, desta forma, de valorização da cultura local. Na Europa, destacam-se os sistemas educacionais da Alemanha e da França. Na Alemanha, a finalidade do partido nazista era formar indivíduos que tivessem o seu pensamento moldado pelos ideais do regime, estando de acordo com os interesses da nação. Para isso, houve a democratização da educação, cujo acesso era permitido a qualquer estudante, independentemente de sua classe social. Na França, um movimento chamado “Escola Única”, em francês *L'École Unique*, almejava por mudanças no siste-

ma educacional. As conquistas do movimento foram, entre outras, a criação de uma grade curricular comum para as escolas primárias e secundárias, além da abolição da cobrança de taxas na escola secundária. Desta forma, as escolas francesas se tornaram inclusivas e acessíveis à um número muito maior de estudantes.

## **A origem histórica da desigualdade educacional brasileira: da colônia à atualidade**

O período jesuítico, cujo início é datado segunda metade do século XVI, pode ser considerado aquele onde encontra-se o primeiro resquício da educação no Brasil. Mais especificamente, no ano de 1549, a Companhia de Jesus desembarcou em terras brasileiras, a fim de converter os índios à fé católica e, com isso, introduzi-los aos moldes de cultura e comportamento europeus. A cultura indígena começa a ser ignorada e destruída, ao passo que se mostra incompatível com a cultura do povo dominante. Nesta esteira, ocorre o surgimento da catequese, como primeira educação brasileira, que tinha por objetivo estabelecer a comunicação entre os povos português e indígena, de modo a facilitar a introdução cultural portuguesa, bem como facilitar o alcance dos objetivos do colonizador. Porém, a Companhia de Jesus ensinava apenas a alfabetização para os não-brancos, que faziam parte da maioria da população. Escravos, mulheres e filhos ilegítimos, *ad exemplum*, não eram alfabetizados pela Companhia. A configuração de uma elite agrária, com o monopólio do solo nas mãos de uma minoria, deu base à organização política e social na época, que refletiu-se na educação, a qual era dominada pelos interesses econômicos, políticos e sociais deste pequeno grupo. A educação longa e formal, preparatória para a vida eclesiástica, era destinada apenas à elite branca e portuguesa e ministrada em colégios, seminários e na Universidade de Coimbra.

Com o passar dos anos, o dogmatismo religioso deu lugar às ideias iluministas advindas da Revolução Francesa, principalmente de filósofos como Jean Jacques Rousseau e René Descartes, e avançaram pela Europa, consequentemente, chegando à Portugal. Neste contexto, a escolástica e a visão teocêntrica de mundo deram lugar à visão racional e antropocêntrica de mundo, com pensadores como Thomas Hobbes sobre a o estado de natureza e organização da sociedade civil, René Descartes e Francis Bacon, que promovia uma racionalidade humana que independesse à fé. Assim, a educação Portuguesa encontrava-se em descompasso com a do resto da Europa. Nesta circunstância, Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal e secretário de Estado do Reino durante o reinado de D. José I, propunha uma reforma que tinha como base o despotismo esclarecido, prevendo o desenvolvimento geral. Dentre as diversas medidas adotadas, estavam o fechamento de todos os colégios jesuíticos, determinando que as aulas seriam mantidas e administradas pelo Estado, o fechamento de universidades jesuíticas, como a Universidade de Évora, e o ensino primário e secundário voltado para o estu-

do de humanidades. Neste momento, Portugal laicizou o seu sistema educacional, e retirou-o do monopólio do Igreja Católica.

Com trezentos anos de existência, alcançados no ano 1800, no Brasil ainda não existe um sistema educacional. Há algumas raras escolas primárias e secundárias, sem que haja nenhuma universidade. No ano de 1807, após o bloqueio continental realizado por Napoleão Bonaparte, as inúmeras pressões do mesmo ao governo Português, e uma inerente invasão à Portugal prestes à acontecer, a família real, após a assinatura de uma convenção secreta, transfere a sede do governo português para o Brasil, embarcando em esquadras com, e trazem consigo, pelo menos, mil pessoas que compunham o aparelho burocrático português. A partir da instalação deste aparelho burocrático em solo brasileiro, Portugal passa a ter um novo olhar sobre o Brasil: o que antes era uma colônia de exploração, passa a ser o novo lar da família real, a sede do reino e, conseqüentemente, um lugar com muitas perspectivas de crescimento. Nesta esteira, após o descolamento da sede do governo português, de Salvador para o Rio de Janeiro, foram fundadas diversas entidades que possuem importância para o Brasil até a atualidade, como o Banco do Brasil, a Biblioteca Pública e a Imprensa Régia. Para tanto, sentiu-se cada vez mais a necessidade do estabelecimento de um sistema educacional nas terras brasileiras, dada a necessidade cada vez maior de médicos, engenheiros, oficiais, dentre outros profissionais. E é diante desta necessidade que o sistema educacional brasileiro vai se formando, através do surgimento dos primeiros cursos superiores. Apesar dos decretos que criavam escolas, academias, tipografias, cadeiras e provimentos, muito pouco se fez pela educação do povo. O privilégio educacional de ingressar em instituições superiores de ensino eram destinadas à elite e a sua manutenção, que era atraída pelos títulos de “bacharel” e “doutor” que eram oferecidos.

No período imperial, durante a Assembleia Constituinte, que originaria a Constituição de 1824, amplamente conhecia pela integração do poder moderador como quarto poder estatal, além do legislativo, executivo e judiciário, como previstos por *Montesquieu*, emergiam debates entre os deputados, onde vislumbrava-se a importância da expansão educacional e a formação de homens livres e hábeis a assumirem empregos no Estado, como aspectos importantes para o crescimento do país. Desta forma, houve destaque para a educação na Constituição Brasileira de 1824, em seu artigo 179, incisos 32, no qual versa que: “A instrução primária é gratuita para todos os cidadãos”, e o inciso 33, que dispunha “sobre os colégios e universidades, aonde serão ensinados os elementos das Ciências, Belas Letras e Artes [...]”. A Carta Magna de 1824 foi a primeira a conter o princípio da gratuidade da instrução primária e o ensino das ciências e das artes nos colégios e nas universidades. Porém, a sua regulamentação deveria acontecer por meio legislação ordinária, o que fez com que fosse atribuída à Assembleia Geral a competência para legislar sobre todas as modalidades e níveis educacionais. Todavia, apenas em 1827 foi criada, pela Comissão de Instrução Pública, uma lei que determinou que “em

todas as cidades, vilas e lugares populosos haverá escolas de primeiras letras que forem necessárias”, além de estabelecer parâmetros para a formação de professores, cujas responsabilidades eram dos presidentes de cada província que, na realidade, não tinham condições estruturais e financeiras para realizarem a implementação do sistema educacional pretendido, o que fez com que a presença do Estado fosse de pouca significação para a educação nesta época. A situação era de precariedade do ensino e de lentidão quanto aos procedimentos de instrução pública.

Durante a Primeira República, ocorreram uma série de transformações sociais, tais como a expansão da lavoura cafeeira, o fim da escravidão e o conseqüente início do trabalho assalariado, o princípio do crescimento industrial, urbanização e construção de portos, ferrovias e o melhoramento das cidades. As pressões contra a monarquia, advindas de movimentos liderados por militares positivistas, origina este novo regime político no país. O final da Primeira República se deu com o rompimento entre São Paulo e Minas Gerais, Estados de grande influência econômica no país, que colocou na presidência Getúlio Vargas. O setor social é caracterizado pela industrialização e urbanização, que eclodem em inúmeros movimentos sociais com ideais diversos, desde socialistas e anarquistas, até tenentistas e catolicistas. Tais transformações sociais se refletiram na educação, onde acreditava-se que o país só alcançaria o crescimento desejado se extinguisse o analfabetismo. Entretanto, mantinha-se a estrutura educacional do império, com escolas secundárias acadêmicas e ensino superior para a classe dominante, e escola primária e profissionalizante para o povo, que dividia-se em escolas técnicas para meninos, e escolas normais para meninas.

A ascensão dos grupos sociais na década de 1920 e a queda da bolsa de Nova Iorque em 1929, sendo uma década de crescente industrialização e urbanização, e, ao mesmo tempo, de crise econômica, foram o plano de fundo que culminou na eleição de Getúlio Vargas, que assumiu o poder com a tarefa e intenção de organizar os antagonismos regionais e, após 10 anos no poder, em 1937, instaurou o Estado Novo, que perdurou até o final da segunda guerra mundial, em 1945. As características nacionalistas e autoritaristas do regime deram origem à uma reforma no sistema educacional, que acompanha os preceitos da Constituição do regime, e volta-se totalmente para o ensino e capacitação profissional, com a criação do SESC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, do SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, além da obrigatoriedade do ensino religioso nas escolas, após pressão da Igreja, e da implementação da educação cívica, difundida nas disciplinas de história e geografia do Brasil, evocando dos alunos o sentimento patriótico e nacionalista, característico do regime político. Entre 1937 até 1955 ocorreu o crescimento acelerado de atividades urbanas e industriais, vindo a consolidar o modelo nacional-desenvolvimentista baseado na industrialização, que acentua ainda mais a dicotomia entre a educação geral e a profissional.

A partir do ano de 1955, o modelo nacional-desenvolvimentista entra

em crise em todos os seus setores, inclusive o educacional. Tal crise, junto à volta das tensões sociais, deram origem à ditadura militar, que perdurou de 1964 à 1985. Em meio à uma economia abalada por inúmeras greves, os militares assumem o poder, justificando-se favoráveis à restauração da economia, pela definição de um padrão de desenvolvimento que tenha a livre imprensa e iniciativa como base, e pela proteção em face de ameaças comunistas de tomada de poder. Os presidentes do regime passam a governar por meio de atos institucionais, dentre os quais foram exercidas medidas como a suspensão de garantias constitucionais (AI nº 1), a intervenção do governo federal nos estados e municípios (AI nº 2), o reconhecimento de apenas dois partidos políticos: o ARENA e o MDB (AI nº 2), dentre outras. Os militares aperfeiçoaram os órgãos de repressão, com a criação do Departamento de Ordem Social e Política – DOPS, o Departamento de Operações Internas e o Centro de Operações de Defesa Interna – DOI-Codi. Na economia, o milagre econômico mostrava-se em grandes obras, como a Ponte Rio-Niterói, a rodovia Transamazônica, e a Usina Hidrelétrica de Itaipú. A política educacional deste período moldou-se pelas orientações políticas, econômicas e sociais do período, onde sociologia e filosofia foram substituídas, na grade curricular, por educação moral e cívica, e organização social e política brasileira. A intenção era formar cidadãos, desde o ensino fundamental, com os ideais moldados pelo regime.

A redemocratização do país, após o fim do regime militar, exigia a revogação das leis autoritárias e a retomada das eleições diretas para Presidente da República, a liberdade partidária, e a concessão do direito ao voto aos analfabetos. Neste contexto, em 1º de fevereiro de 1987, Ulysses Guimarães presidiu a Assembleia Constituinte, que originou a Constituição Brasileira atual, promulgada em 5 de outubro de 1988. Dentre as conquistas mais significativas, estão a consolidação do direito ao voto aos analfabetos, a proteção dos direitos trabalhistas – como o direito à greve, liberdade sindical e 13º salário, o mandato do Presidente da República de quatro anos, e a proteção do direito à educação, previsto no artigo 6º da Carta Magna, como um direito fundamental e social.

Após o processo de redemocratização, foram criados pelo governo brasileiro programas de inclusão educacional, a fim de trazer igualdade de acesso à educação aos jovens, profissionalizando os jovens e preparando-os para o mercado de trabalho, assim como oportunizando o seu ingresso no ensino superior. Dentre os programas educacionais mais notórios estão o ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio, um vestibular unificado, que permite o acesso à universidades federais e particulares, o SISU – Sistema de Seleção Unificada, sistema que permite o ingresso ao ensino superior em universidades públicas, de acordo com a pontuação do candidato, PROUNI – Programa Universidade Para Todos – programa que permite o acesso à universidades particulares à pessoas de baixa renda, através de bolsas de 50% e 100%, pagas pelo Governo Federal através do Ministério da Educação e Cultura, FIES –

Programa de Financiamento Estudantil, que garante o acesso à universidades por financiamento com juros mais baixos, e as Escolas Técnicas Federais e Estaduais – com o ingresso feito através de provas específicas, são instituições responsáveis pelo ensino técnico e profissionalizante gratuito.

Na prática, observa-se na atualidade brasileira que, ainda que haja políticas públicas de inclusão da população de baixa renda no tocante à educação, fatores históricos, geográficos e sociais se tornam um empecilho que impede a efetivação desse direito, como veremos a seguir.

## **O direito à educação nos tratados internacionais e no ordenamento jurídico brasileiro, e a sua subjetiva efetividade no tocante à população de baixa renda brasileira**

Inicialmente, é imperioso explicarmos que um direito fundamental é um direito humano, previsto em normas de direito internacional, como tratados ou convenções, e que se positiva no direito interno de um determinado país através da inclusão em seu ordenamento jurídico, como norma constitucional.

No âmbito internacional, a primeira norma de direito internacional a prever a proteção ao direito à educação - mais precisamente das gerações vindouras da guerra, é a Carta das Nações Unidas. Datada de 1945, a Carta faz menções ao tema nos artigos 13, 55, 57, 62, 73, 83 e 88. Posteriormente, outras normas surgiram a fim de ratificar o direito à educação como um direito humano, e que seria dever dos Estados a sua promoção e efetivação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 26º, afirma que a educação deve ser gratuita e de qualidade, que o ensino profissionalizante deve ser generalizado, e que o acesso ao ensino superior deve ser promovido pelos Estados em condição de igualdade à todos os cidadãos, cabendo o ingresso se dar pelo mérito de cada um. Também, na Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, está previsto o direito de toda a criança à receber educação, gratuita e compulsoriamente.

A proteção ao direito à educação está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a integrar o rol de direitos fundamentais e sociais. Teoricamente, conforme o que está prescrito na Constituição Brasileira, nos artigos 5º e 6º, o seu acesso deve ocorrer de modo isonômico à todos os cidadãos, com o mesmo padrão de qualidade. Ocorre que, na realidade brasileira, a prática difere-se da teoria.

Em análise ao Mapa da Educação, pesquisa realizada pela OCDE em 2018, o Brasil é um dos países no mundo com a maior desigualdade de aprendizagem entre estudantes dos ensinos fundamental e médio das classes médias alta e baixa.

Outro estudo da OCDE, do ano de 2015 e denominado “*Education at a Glance*”, avaliou a educação brasileira nos aspectos “nível educacional”, “habilidades” e “participação no mercado de trabalho”. Concluiu-se que as taxas

de matrícula de crianças entre 3 e 5 anos está muito aquém da média ideal da OCDE, que apenas 60% dos jovens brasileiros concluem o ensino médio, e 21% dos jovens brasileiros, entre 25 e 34 anos, possuem o ensino superior completo, destes, três em cada quatro estudantes encontram-se matriculados na rede privada, onde grande parte dos alunos são de classe média e classe média baixa. Sendo esta a média mais baixa entre todos os países da América Latina. Outro dado verificado foi de que as instituições de ensino no Brasil destinam uma parcela relativamente baixa de seus gastos totais com o pagamento de pessoal, inclusive professores, o que reflete-se em altas taxas de alunos a serem atendidos por um único professor, e baixos salários iniciais.

No ano de 2019, foi produzido pela UNESCO um relatório geral acerca da infraestrutura das escolas brasileiras, e da sua influência direta na qualidade da educação. Foram avaliados itens estritamente ligados à dignidade dos alunos em relação às condições de estudo, tais como saneamento nas unidades escolares, iluminação, ventilação, mobiliário adequado e recursos pedagógicos. Deste estudo, concluiu-se que o ensino nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste são de melhor qualidade, se comparados aos da região Norte e Nordeste. Estruturas precárias das escolas, baixos números de horas de aulas, violência e a crise financeira que se instalou no país resultam em altos índices de repetência e evasão escolar. O aumento da pobreza e os cortes no orçamento público comprometem a educação e, conseqüentemente, o progresso do país de modo geral pois, sendo a educação o mais valioso instrumento de ascensão social ao qual a população de baixa renda pode ter acesso, não tê-lo é estar privado da possibilidade de sair da pobreza.

## **Conclusão**

Neste artigo, foi abordada a subjetiva efetividade do direito humano e fundamental à educação da população de baixa renda brasileira, e concluiu-se que ainda existem muito a ser feito para que haja a efetiva isonomia no acesso à educação brasileira. Fatores como estruturas precárias das escolas, baixos números de horas de aulas, violência e a crise financeira se mostram determinantes para a qualidade da educação, e tem como consequência a ampla evasão escolar, grandes índices de repetência, que resultam na perpetuação da pobreza.

Ao analisarmos pelo ponto de vista histórico, verifica-se que a educação brasileira moldou-se, através dos anos, conforme o panorama político e social do país, desvalorizando as classes pobres, onde somente a nobreza ou a elite teriam acesso ao ensino superior, enquanto a burguesia e as classes pobres tinham acesso somente à alfabetização e ao ensino profissionalizante. Somente na atualidade, programas sociais como o ENEM, SISU, PROUNI e as escolas técnicas federais trouxeram acesso igualitário ao ensino superior. Porém, a baixa qualidade do ensino público dificulta este ingresso, para aqueles que não tem condições cursar os ensinos fundamental e médio de forma

particular. Como resultado, verifica-se uma inversão na disposição prática da educação pois, dentre os 21% dos jovens que ingressam no ensino superior, três em cada quatro encontram-se matriculados na rede privada, sendo grande maioria destes alunos de classe média e classe média baixa, uma vez que não existe número suficiente de vagas no ensino superior público que comporte a demanda de indivíduos que busquem por elas, por não possuírem condições de pagar por tal ensino.

Os artigos da Declaração Universal das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos da Criança, da Carta da ONU e da Constituição da República Federativa do Brasil em conjunto com os estudos da OCDE “*Education at a Glance*”, e da UNESCO “Qualidade da Infraestrutura das Escolas Públicas do ensino Fundamental no Brasil”, resta cristalino que os fatores supracitados, mais a falta de orçamento público, são os responsáveis pelo comprometimento da educação no Brasil, perpetuando a violência e a pobreza. Ainda, verifica-se que na sociedade brasileira a condição social é fator determinante para o acesso à condições educacionais dignas, sem que haja políticas públicas que tragam efetividade à esse direito, e que dissolvam a desigualdade na prática quando somente a proteção constitucional deste direito é insuficiente. Desprezando-se, assim, aquele que deveria ser o instrumento mais democrático de transformação social, perpetuando a pobreza e inibindo o desenvolvimento do principal agente motor de qualquer Estado: os seus cidadãos.

## Referências

CONTINENTE AMERICANO. Pacto de San José da Costa Rica. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969.

BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: Estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Editora da Universidade Federal da Grande Dourados. Mato Grosso do Sul, Brasil, 2009.

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

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Editora Elsevier, 2004.

CODASCO, Francesco. **A Brief History of Education**: A Handbook Information on Greek, Medieval, Renaissance, and Modern Educational Practice. Littlefield, Addams & Co., 1976.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Editora Companhia das Letras, 2009.

LE GOFF, Jacques. **Pour un autre Moyen Âge**: temps, travail et Culture en Occident: 18 essais. Éditions Gallimard, 1977.

LEDESMA, Maria Rita Kaminski. **Evolução histórica da educação brasileira: 1549-2010**. Editora Unicentro, 2010.

- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 11ª edição. Editora Forense, 2018.
- NUNES, Ruy Afonso da Costa. **História da Educação na Idade Média**. Editora Pedagógica e Universitária, 1979.
- OECD. **Education at a Glance: OECD Indicators**. OECD Publishing, Paris, 2015.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959.
- PELUSO, Antonio Cezar. **As Constituições do Brasil: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988**. Editora Manole, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14ª Edição. Editora Saraiva, 2013.
- SECONDAT. Charles-Louis de. (Barão de Montesquieu). **O Espírito das Leis**. Editora Abril Cultural S.A, 1973.
- UNESCO. **Qualidade da Infraestrutura das Escolas Públicas do ensino Fundamental no Brasil**. Brasília, 2019.

# A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E O POTENCIAL AUMENTO DO ABUSO SEXUAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

**Fabiana Mancilha Bernardes**

Centro Universitário Salesiano de São Paulo, unidade de Lorena. Mestranda em Direito, com ênfase na Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, no qual é membro dos grupos de pesquisa 'Direito, Meio Ambiente e Políticas Públicas' e 'Minorias, Vulnerabilidade e Tutela dos Direitos Individuais. Advogada

## **Resumo:**

O presente estudo objetiva analisar a evolução do tratamento e dos direitos fundamentais relacionados à proteção das crianças e dos adolescentes contra abusos sexuais no Brasil, bem como verificar a proteção dada a esses indivíduos no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, visa observar um possível aumento do abuso sexual de menores durante o isolamento social no período pandêmico. Utiliza metodologia documental e bibliográfica. Destaca, entre os resultados, que o tratamento das crianças e adolescentes foi se modificando ao longo do tempo, alcançando-se direitos e garantias, como se observa na legislação brasileira. Os casos de abusos sexuais, no Brasil, ocorrem com enorme frequência. Conclui-se que, diante do isolamento social motivado pelo novo coronavírus, há grande tendência de crescimento de abusos sexuais de crianças e adolescentes em razão da maioria dos casos de violência sexual ocorrer no ambiente familiar, destacando-se a importância da sociedade se voltar a este problema.

**Palavras-chave:** Efetividade do direito fundamental; Proteção da criança e do adolescente; Ordenamento jurídico brasileiro; Abuso sexual; Pandemia de COVID-19.

## **Introdução**

O objeto central do presente trabalho é refletir sobre o abuso sexual sofrido pela criança e adolescente em tempos de pandemia.

Trata sobre a evolução do tratamento das crianças e adolescentes ao longo do tempo, abordando os direitos e garantias que foram adquiridos no

ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, verifica a situação de abuso sexual de crianças e adolescentes no Brasil, bem como a tendência de aumento durante a pandemia de coronavírus, diante do isolamento social.

A relevância da temática abordada se dá diante dos abusos sofridos por crianças e adolescentes, em especial no período de isolamento social, restando evidente a necessidade de efetivação dos seus direitos.

Assim, objetiva-se analisar a evolução dos direitos fundamentais relacionados à proteção das crianças e dos adolescentes contra abusos sexuais no Brasil, bem como verificar a proteção dada a esses indivíduos no ordenamento jurídico brasileiro atual. Ainda, visa-se observar um possível aumento do abuso sexual de menores durante o isolamento social no período pandêmico.

A metodologia utilizada é a bibliográfica e documental.

## **Evolução dos direitos das crianças e adolescentes no que tange a abusos sexuais no Brasil**

Inicialmente, urge salientar que os direitos das crianças e adolescentes foram sendo construídos ao longo do tempo, passando por diversos momentos, tanto no Brasil como no mundo, destacando-se as modificações no que tange ao olhar dado para esses indivíduos pela sociedade e, consequentemente, pela legislação.

No que tange ao tratamento dado às crianças e adolescentes no Brasil Colônia, salienta-se que era de indiferença, assim como ocorria na Europa Medieval, sendo estes enviadas, de Portugal para o Brasil, por meio de embarcações, trabalhando como grumetes e pajens, tendo uma expectativa de vida extremamente baixa, falecendo com cerca de 14 anos. (RAMOS, 2010, p. 22-24).

Nessas embarcações, a situação em que as crianças se encontravam era degradante, uma vez que eram obrigadas a realizarem todo tipo de trabalho, mesmo aqueles em que se utilizava muita força física. Ainda, as crianças sofriam abusos sexuais, ou eram mantidas presas, para que não fossem sexualmente violentadas. Nesse sentido:

As crianças e adolescentes embarcavam nas naus, rumo à nova terra, como “grumetes” ou “pagens” para a realização de serviços a bordo, ou como órfãs do Rei, enviadas ao Brasil para se casarem com os súditos da Coroa ou ainda como passageiros na companhia de seus pais. Em qualquer uma das hipóteses, sua situação dentro das embarcações era trágica. Com a desculpa de que não havia mulheres a bordo, os grumetes e pagens sofriam todo tipo de abuso sexual por parte dos homens embarcados. As órfãs viajavam trancafiadas, vigiadas, a fim de não serem violentadas, pois precisavam chegar ao Brasil em estado de virgindade para serem aceitas em matrimônio, mas muitas e muitas vezes eram também seviciadas. Mesmo as crianças que viajavam em companhia de seus pais eram alvo de violência sexual perpetrada pelo pessoal de bordo. (ALBERTON, 2005, p. 42).

Notória a situação precária das embarcações e sem propiciar qualquer segurança ou direito às crianças e adolescentes, sendo fortemente violentadas, ressaltando-se que no Brasil Colônia, as crianças e adolescentes não eram protegidos de forma alguma.

No ano de 1549, a Companhia de Jesus chega ao Brasil no intuito de evangelizar os habitantes de acordo com a evangelização de Portugal, defendendo-se os costumes e a moral da época. (JÚNIOR, 2013, p. 109). Desse modo, começa a haver alterações no tratamento das crianças e adolescentes, sendo o papel da Igreja Católica extremamente importante para o início da concessão de direitos e tratamento digno às crianças e adolescentes, inclusive aos que passaram a ser abandonados. Nesse sentido:

No Brasil, nos dois primeiros séculos de colônia, os “enjeitados” eram confiados aos cuidados de família, mas grande parte deles falecia prematuramente. As Irmandades da Misericórdia – entidades religiosas assumidas pelo laicato católico e que foram implantadas na colônia luso-brasileira a partir do século XVI – passaram, então, a atendê-los. Aí, essas crianças recebiam maiores cuidados e afetos e a mortalidade entre elas foi sensivelmente reduzida. (ALBERTON, 2005, p. 44).

Após, na Idade Contemporânea, também houve uma evolução significativa no que tange a políticas visando proteger as crianças e adolescentes, havendo a promoção de direitos destes vulneráveis, podendo-se mencionar a instituição de regras mínimas das Nações Unidas sobre a exploração sexual de crianças no ano de 1996. (JUNIOR, 2012, p. 109). Ainda:

A partir de 1960, no Brasil, iniciou um grande procedimento para tentar identificar práticas dentro da sociedade que violavam os direitos das crianças e dos adolescentes, dentro deles o abuso sexual. Em 1970, essa questão passou a ser de fato analisada devido aos movimentos feministas que motivaram discussões sobre vários temas até então considerados tabus. (SILVA; SANCHEZ, 2019, s. p.).

Atualmente, diversos dispositivos legais abordam a proteção integral da criança e adolescente no Brasil, destacando-se a Constituição da República Federativa do Brasil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, nota-se que o pensamento em relação ao significado das crianças e adolescentes foi se alterando com o passar do tempo, o que fez com que legislações fossem elaboradas no intuito de resguardar, ao menos teoricamente, os direitos destes indivíduos em relação a diversos contextos de existência digna.

Assim, passa-se a expor sobre a atual proteção da criança e do adolescente no Brasil.

## Proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro

Atualmente, a criança e o adolescente possuem diversos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, que são deveres a outras pessoas, bem como ao Estado, visando-se proteger de modo integral esses indivíduos, que passaram a ser sujeitos de direitos, alterando-se a questão de discriminação que ocorreu no passado.

A Constituição Federal trouxe, em seu artigo 227, a previsão de alguns direitos das crianças, jovens e adolescentes que devem ser assegurados tanto pela família, como pela sociedade e pelo Estado, restando-se demonstrada a preocupação do legislador com a temática. Transcrevemos:

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).

Quanto ao dever do Estado, o mesmo dispositivo traz, em seu §1º, que o Estado deverá promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem por meio de políticas específicas e seguindo os preceitos de destinação de um percentual de recursos públicos à saúde na assistência materno-infantil e programas de atendimento especializado às crianças, jovens e adolescentes com deficiência. (BRASIL, 1988). Nesse mesmo sentido, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

Ainda, o § 4º, também do artigo 227 da Carta Magna, aborda a punição severa, por meio da lei, para os casos de abuso, violência e exploração sexual das crianças e adolescentes. (BRASIL, 1988). Desse modo, resta evidente, mais uma vez, a mudança de posicionamento e tratamento em relação a esse grupo vulnerável.

Nesse viés de punição, destaca-se o Título VI (dos crimes contra a dignidade sexual), capítulo II (dos crimes sexuais contra vulnerável), do Código Penal vigente, que aborda os crimes: estupro de vulnerável; corrupção de menores; satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; e divulgação de cena de estupro ou

estupro de vulnerável, de cena de sexo ou pornografia. (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, destaca-se os artigos 217-A e 218, ambos do Código Penal, que tratam, respectivamente, do estupro de vulnerável e da corrupção de menores:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

(...)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

(...)

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (BRASIL, 1940).

Além do Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente também traz a disposição de crimes e infrações administrativas em seu Título VII, artigos 225 e seguintes do ECA.

Nota-se a importância desses dispositivos estarem previstos na legislação brasileira, penalizando condutas que já são moralmente inaceitáveis, bem como resguardando os direitos das crianças e adolescentes com punições severas aos abusadores desses indivíduos vulneráveis.

Outrossim, imprescindível mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 1990, no que tange à proteção integral da criança e do adolescente, possuindo previsão de direitos a estes, bem como tratando de diversas temáticas específicas destes indivíduos, como família, guarda, tutela, adoção, política de atendimento, medidas de proteção, dentre outros.

Importante destacar alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que, novamente, retratam a mudança no tratamento destes e os direitos que, felizmente, foram sendo adquiridos ao longo do tempo.

Nesse viés, destaca-se a proteção integral e os direitos para que esta seja alcançada nos termos dos artigos 1º e 3º do ECA, focando-se no desenvolvimento das crianças e adolescentes, bem como na liberdade e igualdade:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

(...)

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.

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. (BRASIL, 1990).

Outrossim, destaca-se, ainda, as medidas de proteção às crianças e aos adolescentes, que visam protegê-los diante de seus direitos estarem sendo ameaçados ou violados, seja por ação ou omissão do Estado ou da sociedade, por omissão, abuso ou falta do responsável ou dos pais, ou em razão da própria conduta, nos termos do artigo 98 do ECA. (BRASIL, 1990).

Além disso, o artigo 100, também do Estatuto da Criança e do Adolescente, traz a previsão de que as medidas de proteção, ao serem aplicadas, deverão levar em consideração as “necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários” (BRASIL, 1990), trazendo princípios que regem a aplicação das medidas, quais sejam:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à

efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1<sup>º</sup> e 2<sup>º</sup> do art. 28 desta Lei. (BRASIL, 1990).

Observa-se que tais princípios resguardam os direitos das crianças e adolescentes, principalmente o tratamento digno, humanitário e verdadeiro que deve ser destinado a eles, respeitando-se, obviamente, o estágio de evolução e entendimento de cada um, de acordo com a respectiva idade ou condições individuais.

Vista a proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a dispor sobre o abuso sexual enfrentado por eles no Brasil e o aumento deste abuso durante a pandemia de Covid-19.

## **Abuso sexual de crianças e adolescentes, o aumento deste durante a pandemia de Covid-19 e a efetivação de seus direitos fundamentais**

A violência contra crianças e adolescentes é um assunto bastante discutido na atualidade, conforme já se demonstrou anteriormente, sendo o abuso sexual um problema extremamente frequente na sociedade mesmo diante da evolução legislativa.

Em relação ao ano de 2018, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente (CAOP) divulgou a estatística de que, nesse ano, foram registrados 32 mil casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes, o que equivale a três crianças ou adolescentes sendo abusados sexualmente a cada hora no Brasil, sendo o maior registro desde 2011. (2019,

s. p.).

Além disso, analisando-se os números do Ministério da Saúde, constatou-se que 2/3 dos casos de abuso, em 2018, ocorreram dentro de casa, sendo que em 25% dos casos, os abusadores eram amigos ou conhecidos da vítima, e em 23% dos casos, eram pai ou padrasto da vítima. (2019, s. p.).

No que tange ao ano de 2019, de acordo com levantamentos realizados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, “dos 159 mil registros feitos pelo Disque Direitos Humanos ao longo de 2019, 86,8 mil são de violações de direitos de crianças ou adolescentes, um aumento de quase 14% em relação a 2018.” (2020, s. p.).

Ainda, constatou-se que 11% das denúncias estão relacionadas à violência sexual, correspondendo a 17.000 (dezesete mil) ocorrências no ano de 2019. Além disso, identificou-se, pelas denúncias da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH), que em 73% dos casos, a violência sexual acontece na casa da própria vítima ou do suspeito, sendo cometida, em 40% das denúncias, por pai ou padrasto. (2020, s. p.).

Outrossim, verificou-se que o suspeito, em 87% dos registros, é do sexo masculino. Ainda, é de idade adulta entre 25 e 40 anos em 62% dos casos. (2020, s. p.). Quanto às vítimas, em 46% das denúncias, são adolescentes entre 12 e 17 anos, do sexo feminino. (2020, s. p.).

De acordo com os dados apresentados, mostra-se evidente que os agressores, em sua maioria, são pessoas que convivem com a vítima, sendo até mesmo membros da família, o que se mostra notório diante das violências ocorrerem, em grande parte, na casa da própria vítima ou do suspeito, que, de modo geral, é do sexo masculino, enquanto a vítima, de modo geral, é do sexo feminino.

No que tange ao início desses abusos, destaca-se que se iniciam por meio da confiança que vai se estabelecendo entre vítima e agressor, podendo vir a gerar abusos de todos os tipos, causando consequências que podem ser físicas ou psicológicas, o que dificulta, inclusive, que a criança ou adolescente exponha a situação que está passando. Nesse sentido:

Em geral, os abusos se iniciam por toques, gestos de carinhos, em que o agressor se aproveita da relação de confiança com o menor que até então, na maioria das vezes, não percebe como sendo algo errado. Contudo, com o passar do tempo esses atos podem se tornar cada vez mais acintosos, mas em alguns casos, resultam apenas em beijos e carícias sem um ato sexual de fato, entretanto, já é o suficiente para ser considerado como um abuso sexual. Um dos grandes dilemas em torno deste tema, é a dificuldade por parte da criança e/ou adolescente de expor a situação em que está sendo submetida. Isto se dá muitas vezes por medo, por subordinação de seu agressor, por culpa do que houve e também por se sentir responsável pela prisão do pai ou parente, a partir do momento que revelar a uma autoridade os acontecimentos. Por esses motivos os menores acabam retendo o segredo para si, trazendo consequências não somente físicas, mas também psi-

Desse modo, observa-se a importância de uma boa comunicação entre a família e a criança ou adolescente, fazendo com que ele se sinta mais confiante e com menos medo para conversar com seus familiares sobre o abuso sofrido, em que pese, em algumas situações, haver conhecimento por parte de algum familiar, mas não tomar as providências devidas por medo do que possa acontecer.

Importante destacar que a violência sexual pode se dar de várias maneiras, não apenas por meio da conjunção carnal, podendo ser dividida em alguns grupos, quais sejam: inexistência de contato físico; existência de contato físico; e violência sexual:

1. Não Envolvendo Contato Físico: Discussões abertas sobre atos sexuais destinadas a despertar o interesse da criança ou chocá-la; Telefonemas obscenos; Convites explícitos ou implícitos para manter contatos sexualizados; Exibicionismo – exposição intencional (e não natural) do corpo nu de um adulto ou de partes dele a uma criança; Voyeurismo - espionagem da nudez total ou parcial de uma criança por um adulto; Aliciamento pela internet ou pessoalmente; Estímulo à nudez; Fotografia e/ou filmagem de crianças para gratificação pessoal ou para exposição na internet.
2. Envolvendo Contato Físico: Passar a mão no corpo da criança; Coito (ou tentativa de); Manipulação de genitais; Contato oral-genital e uso sexual do ânus; Beijar a criança na boca; Sexo oral; Ejacular na criança; Colocar objetos na vagina ou ânus da criança; Penetrar o ânus com o dedo; Penetrar o ânus com o pênis; Penetrar a vagina com o dedo; Colocar o pênis entre as coxas de uma criança e simular o coito; Forçar a criança a praticar atividade sexual com animais.
3. Envolvendo Violência Sexual: Estupro associado à brutalidade ou mesmo assassinato de crianças como formas progressivamente mais violentas de ataque sexual; - Abuso sexual associado ao cárcere privado. (OBERTO, 2017, p. 10).

Salienta-se que todos estes tipos se configuram como abusos sexuais, sendo tipificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme analisado no item anterior.

No que tange aos abusos sexuais de crianças e adolescentes durante a pandemia do novo coronavírus, visualiza-se diversos problemas quanto ao isolamento como medida de contenção à propagação do vírus.

Conforme analisado acima, os dados demonstram que, na maioria dos casos, os abusos sexuais ocorrem por familiares ou pessoas próximas, bem como que a violência se dá, normalmente, na casa da vítima ou do abusador.

Diante do isolamento social, bem como da ausência de aulas presenciais, as crianças e adolescentes passam todo o tempo dentro de suas casas, sendo que, infelizmente, nem sempre é um lugar seguro, o que faz com que os abusos se intensifiquem, como já ocorreu em emergências relacionadas à

saúde pública, no Brasil e no mundo, como com o fechamento das escolas que se deu na África Ocidental por conta do ebola nos anos de 2014 a 2016. (UNICEF, 2020a, s. p.).

Além disso, importante destacar o papel dos professores em sala de aula, que percebem mudanças em seus alunos, sejam físicas ou mesmo no comportamento, contribuindo para que casos de abusos sexuais sejam notificados, bem como dando suporte a essas crianças e adolescentes, direcionando-os ao tratamento necessário. Nesse sentido:

Crianças violentadas sexualmente, apresentam comportamentos considerados inadequados e até estereotipados, os quais servem de sinais de alerta para uma investigação de que algo vem acontecendo com ela. Se esta criança, exposta a esse tipo de violência que ocorre dentro do seio familiar, ambiente que consideramos primordial para cuidados e proteção da criança, onde mais poderia ela ser acolhida e amparada? Acreditamos ser no ambiente escolar, o principal espaço onde a criança poderá expressar esses sinais de violência, e ainda defendemos ser o professor o principal sujeito capaz de identificar esses sinais. (ZULIANI; MANARIN; GAGLIOTTO, 2017, s. p.).

Desse modo, evidente que o isolamento, sem as devidas cautelas, coloca as crianças e os adolescentes em risco. Assim, imprescindível que sejam tomadas medidas para o enfrentamento deste problema extremamente grave.

Nesse viés, a Aliança para a Proteção da Criança em Ações Humanitárias divulgou nota técnica sobre a proteção da criança durante a pandemia do coronavírus, contendo orientações para as autoridades públicas, em que é destacada a exploração sexual como um risco apresentado pela Covid-19. (UNICEF, 2020b, s. p.).

Nesse sentido, a nota técnica traz reações para a proteção da criança, destacando, na saúde, a necessidade de “fortalecer capacidades para o atendimento clínico de pessoas vítimas de estupro e garantir que os recursos mínimos necessários estejam disponíveis em locais-chave para a resposta adequada à violência sexual”; e, na educação, “garantir que professores e voluntários possuam os conhecimentos e as habilidades necessários para a mitigação de riscos relacionados à violência baseada em gênero, prevenção ao abuso e à exploração sexual, proteção das crianças e práticas seguras de encaminhamento de casos.”. (UNICEF, 2020b, s. p.).

No entanto, destaca-se que mesmo havendo planos teóricos, bem poucos, para sanar esta problemática durante a pandemia, a visualização prática é bem distante, sendo imprescindível a colaboração de cada indivíduo da sociedade, atentando-se ao que acontece com as crianças e adolescentes que estão ao seu redor, comunicando os órgãos responsáveis, não sendo silente diante desse problema.

## Conclusão

A pesquisa tratou sobre a evolução do tratamento recebido pelas crianças e adolescentes ao longo do tempo no Brasil, destacando a situação das embarcações, ocorrendo diversos tipos de exploração, como o trabalho infantil e o abuso sexual.

Ainda, tratou sobre a proteção das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro, salientando alguns dispositivos da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal, sendo analisada a proteção integral destes indivíduos, bem como a penalização no caso de abusos sexuais.

Por fim, verificou-se dados sobre abuso sexual de crianças e adolescentes no Brasil, especialmente nos anos de 2018 e 2019, fazendo uma prospecção sobre o ano de 2020, diante do isolamento social devido à pandemia do novo coronavírus.

Concluiu-se que as medidas de isolamento social, sem uma política adequada, acabaram por colocar as crianças e adolescentes em um maior risco no que tange ao abuso sexual, haja vista que, na maioria dos casos, este ocorre dentro do lar desses indivíduos. Além disso, as subnotificações acabarão ocorrendo diante da ausência de aulas presenciais, impossibilitando que os professores consigam identificar os abusos ao analisarem o comportamento das vítimas. Desse modo, imprescindível que a sociedade se atente ao comportamento das crianças e adolescentes que estão próximos, preocupando-se com esses vulneráveis e comunicando os órgãos competentes, para que os direitos das crianças e adolescentes sejam efetivados.

## Referências

ALBERTON, Mariza Silveira. **Violação da infância: crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam!** Porto Alegre: Assessoria Gráfica e Editorial, 2005.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 20 out. 2020.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS. **Três crianças ou adolescentes são abusadas sexualmente no Brasil a cada hora**. 2019. Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/2020/03/231/ESTATISTICAS-Tres-criancas-ou-adolescentes-sao-abusadas-sexualmente-no-Brasil-a-cada-hora.html>. Acesso em: 01 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS.

**Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes.** 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 01 nov. 2020.

OBERTO, Paula Baptista. O Estatuto da Criança e do Adolescente com ênfase ao abuso e exploração sexual. In: Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia, 5., 2017, Ijuí. **Anais do V Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia.** Ijuí: 2017. p. 1-14. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabiana%20Bernardes/Downloads/8728-Texto%20do%20artigo-36873-1-10-20171229.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: PRIORE, Mary Del (org.). **História das crianças no Brasil.** 7 ed. São Paulo: Contexto, 2010, p. 18-55.

ROBERTI JUNIOR, João Paulo. Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. **Revista da Unifebe,** Brusque, v. 1, n. 10, p. 105-122, jan.-jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/7/6>. Acesso em: 06 out. 2020.

SILVA, Amanda Aparecida Espigarolli; SANCHEZ, Cláudio José Palma. O abuso sexual de crianças e adolescentes no contexto familiar. **Étic,** Presidente Prudente, v. 15, n. 15, s. p., jun. 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ÉTIC/article/view/7917/67648676>. Acesso em: 18 out. 2020.

UNICEF. **Covid-19:** Crianças em risco aumentado de abuso, negligência, exploração e violência em meio a intensificação das medidas de contenção. 2020a. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/covid-19-criancas-em-risco-aumentado-de-abuso-negligencia-exploracao>. Acesso em: 20 nov. 2020.

UNICEF. **Nota técnica:** Proteção da Criança durante a Pandemia do Coronavírus. 2020b. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/media/7516/file/nota-tecnica\\_protecao-da-crianca-durante-a-pandemia-do-coronavirus.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/7516/file/nota-tecnica_protecao-da-crianca-durante-a-pandemia-do-coronavirus.pdf). Acesso em: 20 nov. 2020.

ZULIANI, Gêssica; MANARIN, Tailize; GAGLIOTTO, Giseli. O professor frente a violência sexual intrafamiliar e o impacto no desenvolvimento da aprendizagem da criança. In: Simpósio Internacional em Educação Sexual, 5., 2017, Maringá. **Anais do V Simpósio Internacional em Educação Sexual: saberes/trans/versais currículos identitários e pluralidades de gênero.** Maringá: 2017, s. p. Disponível em: <http://www.sies.uem.br/trabalhos/2017/3114.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

# **CRIANÇAS E ADOLESCENTES VULNERÁVEIS: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS E DO ESTADO EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19**

**Marianna Arbia**

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**Lino Rampazzo**

Doutor em Teologia pela Pontifícia Università Lateranense (Roma). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra Professor e Pesquisador no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo

## **Resumo:**

O objeto central do presente trabalho é identificar a ambiência da responsabilidade civil dos pais e do Estado pelos atos da criança e do adolescente, a partir da interpretação de valores e da teleologia da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, originária do comando da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, em tempos de COVID-19. Essa matéria, atual e relevante, objetiva apreciar conceitos doutrinários, princípios e premissas jurídicas extraídos de legislações pertinentes, e dispositivos constitucionais, que abrangem o significado e o alcance do dano causado ao menor. Para tanto, essa reflexão crítica se vale da análise do texto constitucional e dos textos legislativos relativos à responsabilidade civil dos pais e do Estado pela criança e adolescente, em tempos de pandemia de COVID-19, buscando reforçar a proteção da dignidade e o amparo jurídico-constitucional de ambos.

**Palavras-chave:** Criança e Adolescente; Responsabilidade Civil dos pais e do Estado; Proteção constitucional; Estatuto da Criança e do Adolescente; COVID-19.

## **Introdução**

O presente artigo visa estudar a responsabilidade civil dos pais e do Estado pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente em tempos de pandemia de Covid-19, a partir da análise dos primeiros artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos deveres estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Trata-se, pois, de uma pesquisa documental, acompanhada,

nas referências, de indicações bibliográficas de doutrinadores e de recentes reportagens, que ressaltam seja a importância da efetivação das normas legislativas, como também dos riscos nos quais incorrem crianças e adolescentes no tempo desta pandemia.

A escolha do tema se justifica por estar inserido na área nº 20 do Simpósio, a saber: Efetividade dos Direitos Humanos e Fundamentais Constitucionais das Coletividades e das Pessoas Vulneráveis: Brasil, Portugal e Países Emergentes.

## **Análise dos primeiros artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente**

O Estatuto da Criança e do Adolescente, indicado muitas vezes com a abreviação de “ECA”, é o conjunto de normas do Ordenamento Jurídico Brasileiro que tem como objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, de tal forma que cada brasileiro que nasce possa ter assegurado o seu pleno desenvolvimento, desde as exigências físicas até o aprimoramento psíquico, intelectual e moral.

O ECA foi instituído pela Lei 8.069 no dia 13 de julho de 1990, tendo como base os princípios da Constituição Federal de 1988, e também algumas regras internacionais, como a “Declaração dos Direitos da Criança”, “Regras mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude”, conhecida como “Regra de Beijing”; e as “Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da Delinquência Juvenil”.

Em seu artigo 1º afirma: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente”. De fato, o dispositivo em questão é o resultado do preceito de que os direitos da criança e do adolescente devem ser universalmente reconhecidos, tendo em vista que se trata de direitos especiais e específicos, pela própria condição de pessoas em desenvolvimento.

O artigo 2º do referido Estatuto esclarece a sua competência em razão da pessoa, considerando criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente, a pessoa entre 12 e 18 anos de idade, sendo que, em geral, ambas gozam dos mesmos direitos fundamentais, e o tratamento de suas situações difere apenas quando incorrem em atos de conduta descritos como delitos ou contravenções pela Lei Penal.

O artigo 3º do Estatuto deixa claro quais são os mais importantes princípios regidos pelo mesmo. O artigo 4º do Estatuto, por sua vez, afirma que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta propriedade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A partir da análise deste último, é importante frisar que são igualmente responsáveis pela criança e pelo adolescente, a família, a sociedade e o Estado,

não cabendo a qualquer uma dessas entidades assumir com exclusividade as tarefas, nem deixando alguma delas isenta de qualquer responsabilidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 24, inciso XV, prevê a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concomitantemente sobre a “proteção à infância e à juventude”, mas, é importante lembrar que não fica excluída a possibilidade de leis municipais acerca da matéria, tendo em vista que a própria Constituição Federal, em seu artigo 30, outorga competência aos municípios para suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

O artigo 5º do ECA é considerado um dos mais importantes, pois afirma que nenhuma criança ou adolescente pode ser objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da Lei qualquer atentado, seja por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

O artigo 6º encerra as disposições preliminares do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a afirmar que, na interpretação da Lei em questão, levar-se-ão em conta os fins sociais a que a mesma se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como seres em desenvolvimento.

## **A responsabilidade civil dos pais para com os filhos**

O poder familiar, também denominado “autoridade parental”, não pode ser considerado como uma supremacia ou um poder superior no sentido estrito da palavra, e sim, um compromisso decorrente da maternidade e da paternidade, assegurado pela Constituição Federal. Nesse sentido, entende-se o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, mais especificamente, à pessoa destes e a seus bens.

Ao visualizar os deveres que cabem aos pais, vale notar quais atos podem gerar injustiças dos pais perante seus filhos e, conseqüentemente, malefícios ao menor de idade, particularmente no atual quadro mundial de pandemia do COVID-19.

As tensões acumuladas com temores sobre a pandemia, a intensa convivência familiar, a sobrecarga de tarefas domésticas e o home office, ou a falta de emprego e renda podem ser geradoras ou agravantes de conflitos e violências em muitos lares.

O uso de violência por parte dos pais contra seus filhos, seja ela física ou verbal, tem sido muito recorrente na atual situação em que há maior convivência familiar, aumentando assim o risco da violência doméstica. Tal prática fere o artigo 227 da Constituição Federal, que assim se expressa:

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 cul-

tura, 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.

O ECA deixa explícito, também, o repúdio à violência, em seu artigo 17, no qual se 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”.

Outro tipo de violência muito comum, em meio à intensificação das medidas de contenção devido ao Covid-19, é a violência sexual. Em casa, numa situação de isolamento, aumentam os riscos de crianças e adolescentes sofrerem abuso sexual, sem que tenham o apoio da escola para denunciar tais situações ou identificar sinais que possibilitem a adoção de providências, fazendo com que as mesmas se tornem ainda mais vulneráveis que anteriormente.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 4º, afirma que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. O que, como foi visto, é confirmado no artº 5º do ECA.

Diante dos crescentes e absurdos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, uma importante inovação ocasionada pela Lei nº 12.015/09 foi a criação dos “Crimes sexuais contra vulnerável”, na qual são especificadas as diferentes modalidades deste tipo de crime, praticado inclusive em quem “por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato” (art. 3º).

Outro ponto importante a ser explanado é o trabalho infantil. A crise econômica, decorrente da pandemia do Covid-19, também pode fazer com que mais crianças e adolescentes passem por privações e sejam conduzidas a trabalhar, fato este que pode prejudicar ainda mais o seu desenvolvimento sadio.

Segundo o UNICEF (CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 2020), a taxa de domicílios no Brasil, em que alguma criança ou algum adolescente começou a trabalhar depois da pandemia, aumentou de 2,5 por 1.000 em maio para 6,7 por 1.000 em julho. Ou seja, em dois meses, a incidência do trabalho infantil entre as famílias cadastradas aumentou 24%: passou de 19 por 1.000 para 24 por 1.000.

É importante lembrar outro problema vigente na atual pandemia e que pode se agravar cada vez mais, com a continuidade da mesma: o abandono intelectual. Na situação atual as desigualdades, que já são muitas no país, aumentam, e muitas crianças não estão conseguindo cumprir nenhuma atividade de aprendizagem ou não conseguem manter um vínculo adequado de continuidade de aprendizagem que é ofertado pelas suas escolas por diversos motivos, como falta de acesso à internet, a não mediação de professores, ou a incapacidade de pais, familiares e cuidadores mediarem algum tipo de atividade,

por exemplo.

Desta maneira, há o risco de perder o vínculo com a escola e o desenvolvimento da aprendizagem, visto que, apesar da grande maioria das secretarias estaduais ofertarem materiais online, vídeo-aulas pela TV pública aberta e professores organizando atividades virtuais, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mais de 30% das crianças não têm acesso à internet e os 70% que têm acesso não necessariamente conseguem acompanhar algum tipo de atividade a distância com regularidade (TOYOMOTO, 2020).

O abandono intelectual é um crime tipificado no artigo 246 do Código Penal e ocorre quando o pai, mãe ou responsável deixam de garantir a educação primária de seu filho. No Brasil o ensino é obrigatório entre os 4 e 17 anos e os pais ficam responsáveis por colocar as crianças na educação infantil a partir dos 4 anos e por sua permanência até os 17, assim como rege o artigo 4º e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394/96.

O artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro diz que compete aos pais, quanto aos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação. O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Ademais, o artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente reitera que os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos na rede regular de ensino.

O crime se consuma no momento em que o agente deixar de prover a instrução primária de seu filho em idade escolar, sem justa causa. Materializa-se, então, no momento que, em função da omissão do agente, o filho deixa de frequentar a escola ou não começa a frequentá-la na data regular. Por ser um crime omissivo próprio, não admite tentativa e a ação penal é pública incondicionada, não necessitando de representação.

De modo geral, seja qual for o tipo de violência utilizada contra o vulnerável, é essencial salientar que as consequências para estas crianças e adolescentes podem ser muito nocivas. É possível que haja um adoecimento emocional, desenvolvendo comportamentos autodestrutivos ou até mesmo transtornos psicopatológicos, os quais podem lhes permear por toda a existência. Caso não haja atuação efetiva contra tais violências, certamente, pós-pandemia, haverá quadros sociais, no que tange ao adoecimento emocional e mental, ainda mais assustadores.

## **A responsabilidade civil do Estado pela lesão aos direitos da criança e do adolescente em tempos de pandemia de Covid-19**

Descoberto na China em 31 de dezembro de 2019, o SARS-CoV-2, responsável pela COVID-19, traz como sintomas principais a tosse seca, febre alta, dor de cabeça e falta de ar, podendo ser uma doença fatal, principalmente para pessoas consideradas parte do chamado “grupo de risco”, o qual engloba idosos, cardíacos, portadores de diabetes e de doenças respiratórias, e pacientes oncológicos.

Enquanto 80% dos infectados apresentam sintomas leves ou semelhantes aos da gripe, no outro extremo do espectro, há aqueles que desenvolvem pneumonia grave e têm de ser conectados a um respirador na UTI, onde o prognóstico nem sempre é otimista. Nos casos graves, o sistema imunológico é ativado excessivamente, e essa proliferação de citocinas acaba atacando vários órgãos, incluindo os pulmões e os rins, fazendo com que tal dano possa resultar na morte do paciente (WHO, 2020).

A doença é transmitida através de gotículas produzidas nas vias respiratórias das pessoas infectadas. Ao espirrar ou tossir, estas gotículas podem ser inaladas ou podem atingir diretamente a boca, nariz ou olhos de pessoas que estejam próximas. Estas gotículas também podem depositar-se em objetos e superfícies próximos permitindo que quem nelas toque e leve a mão à mucosa, seja contaminado. O intervalo de tempo entre a exposição ao vírus e o início dos sintomas é de 2 a 14 dias, sendo em média 5 dias.

Entre as medidas de prevenção estão a lavagem frequente das mãos, evitar o contato próximo com outras pessoas e evitar tocar com as mãos em superfícies mucosas, como olhos, nariz e boca, além da utilização de máscaras que cubram a boca e o nariz. Até o presente momento, não existe vacina ou tratamento antiviral específico para a doença e o tratamento consiste no alívio dos sintomas e cuidados de apoio.

Com a decretação de estado de pandemia de COVID-19 em 11 de março de 2020, inúmeras mortes e casos confirmados já haviam sido contabilizados no mundo todo, e uma série de medidas preventivas começaram a ser tomadas por governantes de todo o planeta, gerando diversas preocupações, mas com uma certeza: o isolamento social seria uma medida imprescindível a ser tomada.

Diante de tal situação de isolamento social, o convívio familiar se tornou muito maior em todos os lares, fato este que traz como consequência uma maior vulnerabilidade de crianças e adolescentes para situações de violência, seja ela, física, psicológica ou sexual, que deve ser tratada sob a ótica do Direito.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, como foi visto, afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes.

Neste momento, é preciso, pois, que o Estado tenha, em seus programas de enfrentamento à pandemia, ações efetivas de proteção, deixando explícito para os violentadores que os menores não estão sozinhos e que quem os violentar sofrerá as sanções previstas na legislação.

Além disso, as autoridades e as instituições têm papel central. É preciso que os governos, como querem a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Unicef, apresentem ações de proteção, evitando ainda mais o agravamento da vulnerabilidade infanto-juvenil. Se a violência for constatada, o sistema de garantia de direitos pode, inclusive, interferir na guarda e no pátrio poder, ou seja, cuidadores violentos podem perder a guarda de crianças e adolescen-

tes molestados de alguma maneira. É fundamental que os conselhos tutelares e de direito, cumprindo as funções que lhes competem, sejam acionados e atuem garantindo que a violência seja imediatamente interdita.

## **Conclusão**

O presente artigo não esgotou os questionamentos existentes. As constantes transformações da sociedade e do Direito trazem à tona uma série de dúvidas a serem sanadas e soluções a serem encontradas, assim como necessita o período de atual pandemia. Ficou claro, porém, o conceito de Responsabilidade Civil, termo muito estudado desde os primórdios da humanidade, e que foi se conceituando e, ainda, está sujeito a sofrer transformações e progressos decorrentes do constante estudo de juristas e estudiosos do direito de acordo com cada situação inovadora capaz de surgir no processo evolutivo da sociedade.

Esta Responsabilidade foi tratada no presente trabalho mais especificamente no que diz respeito aos pais e ao Estado, perante a vulnerabilidade da criança e do adolescente, referente ao atual período de pandemia do Covid-19, de modo a demonstrar os principais danos que um menor de idade pode vir a sofrer, como por exemplo, a violência física, verbal e psicológica, a violência sexual, o trabalho infantil e até mesmo o abandono intelectual, sendo estes exemplos bastante relevantes na sociedade, mas que, infelizmente, representam somente uma parcela de tantos outros danos que podem vir a ser sofridos pelos menores de idade.

A partir da análise de cada possível dano e consequências, fica nítido que o ato de prevenir é, de longe, mais coerente e fácil do que o de remediar, tendo em vista que as consequências psicológicas são, de fato, dores obscuras da mente que podem levar uma vida para serem retratadas ou podem, até mesmo, ser irretratáveis.

Entre as medidas de prevenção a serem tomadas por governos e autoridades, a fim de garantir uma proteção mais eficaz de crianças e adolescentes em tempos de pandemia de Covid-19, indicam-se as seguintes: o treinamento de equipes de saúde, educação e serviços, particularmente diante do risco de exploração e abuso sexual e da falta de segurança; o aumento do compartilhamento de informações sobre serviços de referência e outros serviços de apoio disponíveis para crianças; o fornecimento de apoio direcionado a centros de cuidados psicológicos para crianças e familiares; a prestação de assistência financeira e material às famílias cujas oportunidades de geração de renda foram afetadas; a implementação de medidas de suporte tecnológico para que a maior parte de estudantes possíveis consiga de fato ter acesso à educação; e até mesmo o fornecimento de um número de telefone através do qual a criança ou adolescente possam “pedir socorro” pela violência vivida, de maneira discreta, a fim de reduzir a chance de serem inibidos pelo próprio agressor que mora em sua casa.

Além disso, é de suma importância ressaltar que, para educar os filhos em tempos de pandemia, os pais deveriam cumprir seus papéis de educadores, de modo que não haja nenhum tipo de violência com seus filhos, estabelecendo regras de boa convivência para passarem este período com harmonia, mas sem nenhum tipo de abuso de tarefas domésticas para seus filhos e, principalmente, estimulando a continuidade dos estudos de seus filhos, ainda que online, a fim de que os mesmos sofram os menores danos possíveis diante do atual estado de pandemia.

Por fim, ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente designam referências jurídicas fundamentais para realizar a necessária prevenção e evitar diversos danos a estes seres que precisam de cuidado e proteção, para que possam se desenvolver da maneira mais justa possível, efetivando a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana também em tempos de Covid-19.

## Referências

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002. 320 p.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. **Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27. ed., 7 fev. 2020. Seção I, p.1. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 30 set. 2020.

CRIANÇAS E ADOLESCENTES estão mais expostos à violência doméstica durante pandemia. **Unicef Brasil**, 28 maio 2020. Disponível em:

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOMEU, Leandro Soares. Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v. 11, p. 105-117, 2010.

MARQUES, Emanuele Souza et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 4 abr. 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2020000400505](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000400505). Acesso em: 21 out. 2020.

NO MÊS em que o ECA completa 30 anos, especialistas afirmam que pandemia agrava ainda mais o cenário de violações dos direitos de crianças e adolescentes. **Gife**, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://gife.org.br/no-mes-em-que-o-eca-completa-30-anos-especialistas-afirmam-que-pandemia-agrava-ainda-mais-o-cenario-de-violacoes-dos-direitos-de-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 21 out. 2020.

PANDEMIA de Covid-19 traz impactos para a aplicação do ECA. **MPPR**, 17 jul. 2020. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2020/07/22778,10/Pandemia-de-Covid-19-traz-impactos-para-a-aplicacao-do-ECA.html>. Acesso em: 21 out. 2020.

PLATT, Vanessa Borges et al. Violência contra crianças e adolescentes: notificações e alerta em tempos de pandemia. *Rev. paul. pediatr.*, São Paulo, v. 39, out. 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-05822021000100434&lng=pt&tlng=pt..](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-05822021000100434&lng=pt&tlng=pt..) Acesso em: 21 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2017.

TOYOMOTO, Fernanda Violência contra menor aumenta 14% em um ano; pandemia agrava situação. **Universa**, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/06/08/a-cada-2-horas-um-menor-sofre-maus-tratos-ou-outras-violacoes-na-pandemia.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. (Coleção Direito Civil).

WHO (World Health Organization). **Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 07 out. 2020.

# DESIGUALDADE DE GÊNERO, EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

**Amanda Cristina Laurindo Fernandes**

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, *campus*  
Lorena/SP

**Antovanni Fernandes Lopes**

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, *campus*  
Lorena/SP

## Resumo:

O presente artigo tem por objeto de pesquisa a inter-relação entre a educação e a desigualdade de gênero, sob o prisma dos direitos humanos. Tem por escopo investigar os nexos entre Educação, Direitos Humanos e a Desigualdade de Gênero, objetivando a concretização da igualdade material prevista nos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional. Adota a metodologia de pesquisa de revisão bibliográfica e documental. A desigualdade de gênero é resultado da dominação masculina que possui raízes históricas, e se configura como uma afronta a essência dos direitos humanos, ferindo a liberdade, a igualdade e a dignidade humana. As relações de gênero são produtos de um processo pedagógico desde o início da vida. A educação pode ser uma ferramenta de exclusão e de perpetuação do poder da classe dominante, porém, através de uma reformulação e aperfeiçoamento do sistema educacional, pode-se alcançar a diminuição das desigualdades.

**Palavras-chave:** Educação; Desigualdade de Gênero; Direitos Humanos.

## Introdução

A presente pesquisa tem por objetivo investigar as relações entre a desigualdade de gênero e a educação, com enfoque nos direitos humanos. Pretende responder à seguinte questão: Como a educação possui o condão de reproduzir e perpetuar as desigualdades nas relações sociais de gênero, e concomitantemente, ser o principal meio para a diminuição da desigualdade de gênero na sociedade contemporânea?

Em um primeiro momento, será analisada a conceituação de gênero, tema complexo e controverso. Será apresentada a conceituação de autoras

como Scott e Fraser sobre gênero.

Será abordada a questão da dominação masculina e da subordinação da mulher em nossa sociedade e como isso permeia as relações sociais através das relações de poder na visão de Bourdieu.

Será analisada também a visão do filósofo e economista Amartya Sen sobre as desigualdades e a falta de uma **estruturação** de relações sociais justas, o termo utilizado de “condição de agente das mulheres”, e a importância do bem-estar das mulheres e as consequências para os outros membros da sociedade.

Em seguida, será analisada a afronta que a desigualdade de gênero representa aos direitos humanos, principalmente em relação à violência sofrida pelas mulheres. A insuficiência da positivação dos direitos na defesa das mulheres e as consequências da ausência de sua concretização.

Por fim, será apresentada a visão de Freire e Morin sobre as possíveis soluções para reestruturar e reformular o sistema de ensino, com foco nos direitos humanos, a fim de se minimizar as desigualdades.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e documental. A pesquisa justifica-se pela relevância social do tema e mostra-se relevante para futuras pesquisas.

## **Gênero, Relações de Poder e as Desigualdades**

A definição de gênero é ampla e complexa, apresenta vários significados e amplos sentidos. No campo da construção teórica relacionada ao movimento de mulheres e feministas também encontram-se vastas definições.

Para Scott (1995, p. 75), gênero é:

[...] uma maneira de indicar “construções culturais” - a criação inteiramente social de ideias sobre papéis adequados aos homens e às mulheres. Trata-se de uma forma de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e de mulheres.

Scott (1995, p. 86), entende gênero como “um elemento constitutivo das relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos” e, “uma forma primária de dar significado **às** relações de poder”.

Sobre o surgimento do conceito de gênero, Scott (1992, p. 64-65) apresenta a ideia que “a emergência da história das mulheres como um campo de estudo envolve, nesta interpretação, uma evolução do feminismo para as mulheres e daí para o gênero; ou seja, da política para a história especializada e daí para a análise”.

Assevera a autora que o gênero é uma “primeira maneira de dar significado **às** relações de poder, gênero é o “primeiro campo no seio do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado” (SCOTT, 1995, p. 16).

Já para Fraser (2010, p. 175):

O gênero codifica padrões difundidos de valor cultural, que são centrais para a ordem do status como um todo. Com um resultado, não apenas as mulheres, mas todos os grupos de baixo status, correm o risco de serem feminilizados (feminized) e, conseqüentemente, diminuídos. Assim, uma das principais características da injustiça de gênero é o androcentrismo: um padrão de valor cultural que privilegia traços associados à masculinidade, enquanto deprecia tudo o que codifica como “feminismo”. O resultado é interpretar mulheres e meninas como outras subordinadas e deficientes que não podem participar como iguais da vida social.

Importante constatação é apresentada por Fraser ao abarcar outros vulneráveis “feminilizados” que são atingidos pelas questões de gêneros, onde tudo que não é masculino é discriminado.

Para a filósofa pós-estruturalista estadunidense Judith Butler, importante teórica contemporânea do feminismo, que apresentou a teoria Queer, onde questiona a distinção sexo/gênero e apresenta a “construção variável da identidade”, abrangendo lésbicas, transexuais e intersexuais (BUTLER, 2010).

Butler (2010) apresenta o entendimento que a distinção entre sexo (biológico) /gênero (sociocultural) é equívoca, sendo ambos construídos socialmente, negando também o sexo como natural, e expõe:

Se o caráter imutável do Sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado ‘sexo’ seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma. Se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo. (BUTLER, 2010, p. 25).

A autora relativiza ainda mais as questões sobre gênero, colocando tanto gênero como sexo sendo uma construção social.

Pode-se observar, contudo, quão vastas e complexas são as definições acerca de gênero, e o termo “relações de poder” torna-se útil e necessário ser abordado para um melhor entendimento sobre as desigualdades relacionadas à gênero.

## **Relações de poder**

As relações de poder que envolvem questões de gênero, resultam em uma diferenciação entre o homem e a mulher, masculino e feminino, delimitam comportamentos e condutas e é delimitada por eles, e esse processo é considerado natural e inevitável (BOURDIEU, 1999).

Louro (1997, p. 41) entende que “os gêneros se produzem, portanto, nas e pelas relações de poder”. No mesmo sentido, afirma Scott (1995) que o gênero é a primeira forma de atribuir significado às relações de poder.

Bourdieu entende que as relações de poder se estruturam através de:

[...] primeiramente o capital econômico, nos seus vários gêneros; em segundo lugar, o capital cultural, ou melhor, o capital informacional, de novo nos seus diferentes gêneros; em terceiro lugar, duas formas de capital que estão fortemente correlacionadas, o capital social, que consiste em recursos baseados em relacionamentos e associação de grupos, e formam quando são perseguidos e reconhecidos como legítimos. (BOURDIEU, 1990, p. 154).

Os possuidores desses capitais serão os dominadores nas relações de poder. Bourdieu (1999) entende que no processo de subordinação do gênero feminino, os homens elaboram mecanismos inconscientes para exercer sobre as mulheres, e esse processo acontece por meio do que ele conceitua como “habitus”, e explica:

Um sistema de disposições duráveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionarem como estruturas estruturantes, isto é, como princípio que gera e estrutura as práticas e as representações que podem ser objetivamente regulamentadas e reguladas sem que por isso sejam produto de obediência de regras, objetivamente adaptadas a um fim, sem que se tenha necessidade da projeção consciente deste fim ou do domínio das operações para atingi-lo, mas sendo, ao mesmo tempo, coletivamente orquestradas sem serem o produto da ação organizadora de um maestro. (BOURDIEU, 1980, p. 88-89).

Aponta o autor que a dominação masculina está arraigada na sociedade, e permeia tanto divisões como estruturas mentais. Em sua perspectiva acredita que uma mudança, e a formação de novos “habitus”, e com a possibilidade de aquisição de capitais como o cultural, econômico e político, seria o caminho para solucionar as desigualdades de gênero.

Nota-se que as relações de poder entre os gêneros e a dominação masculina permeiam as relações sociais, se mostra presente no ambiente familiar, profissional, educacional, ficando claro que “O simbolismo do gênero está na base de todas as culturas e todas as sociedades diferenciam as atividades que são impugnadas aos homens e as mulheres” (STOCKARD; JOHNSON, 1992, p. 105), gerando com isso desigualdades substanciais.

O nível dessa dominação masculina e da subordinação feminina não é uniforme, “embora a maioria provavelmente acredite que alguns aspectos da dominação masculina e a desvalorização da mulher são universais, a natureza da desigualdade de gênero e a forma como o gênero é definido podem variar de uma sociedade para outra” (STOCKARD; JOHNSON, 1992, p. 89), varia de acordo com as normas socioculturais estabelecidas em um determinado lugar.

## **Desigualdades**

Para o filósofo e economista Amartya Sen (2010), a igualdade e justiça estão intimamente relacionadas. As desigualdades não permitem uma estrutu-

ração de relações sociais justas.

Sen chama atenção em seus estudos para as desigualdades e as privações que as mulheres são acometidas, e afirma que:

[...] há indícios muito difusos de necessidades femininas negligenciadas em todo o mundo. Existem razões excelentes para trazer à luz essas privações e manter firmemente a eliminação dessas iniquidades na ordem do dia [...]. (SEN, 2010, p. 222).

Importante constatação abordada por Sen, está nas relações familiares, principalmente nas sociedades mais pobres onde as desigualdades de gênero se apresentam, desde a “divisão dos alimentos – e talvez (ainda mais) nos cuidados com a saúde”, com um viés antifeminino (SEN, 2010, p. 252).

Sen (2010) aborda o termo “condição de agente” como um conceito central para o desenvolvimento, se traduzindo na autonomia, no poder de decisão e na participação da vida social.

Estou usando o termo agente não nesse sentido, mas em sua acepção mais antiga e “mais grandiosa” de alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo um critério externo. Este estudo ocupa-se particularmente do papel da condição de agente do indivíduo como membro do público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas (interagindo no mercado e até mesmo envolvendo-se, direta ou indiretamente, em atividades individuais ou conjuntas na esfera política ou em outras esferas). (SEN, 2010, p. 33).

Sen defende que a condição de agente das mulheres promove o processo de organização e desenvolvimento do ambiente onde vivem e agem para a melhoria da condição de vida de todos, “ocorre que o papel limitado da condição de agente ativa das mulheres afeta gravemente a vida de todas as pessoas – homens e mulheres, crianças e adultos”. (SEN, 2010, p. 222).

A condição de agente das mulheres, é um dos principais mediadores da mudança econômica e social, e não se pode conceber mudanças sociais sem levar em consideração a subjetividade das mulheres (SEN, 2010, p. 262-263).

Afirma também que o bem-estar das mulheres está interligado com o bem-estar de todos, as negligências e as privações que sofrem as mulheres surtem efeitos para todos os outros membros da sociedade (SEN, 2010).

O que as pessoas podem realizar é influenciado pelas oportunidades econômicas, pelas liberdades políticas pelos poderes sociais e por condições de possibilidade como a boa saúde, a educação básica, e o incentivo e estímulo às suas iniciativas (SEN, 2010).

Sen (2010) entende que a liberdade é um aspecto fundamental para solucionar as desigualdades, e defende que um maior grau de liberdade eleva o potencial das pessoas em cuidar de si e servir como boa influência à outras

peessoas.

## Direitos Humanos e a Desigualdade de Gênero

A desigualdade de gênero se revela como uma afronta aos direitos humanos. Há mais de trinta anos atrás Norberto Bobbio explicitava que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 1992, p. 24).

Atualmente, a problemática continua a mesma, ainda não se alcançou à efetivação dos direitos humanos, e inúmeras violações continuam ocorrendo.

Cabe trazer à luz, a necessidade das mulheres serem vistas nas especificidades e particularidades de sua condição social, salientando “o respeito à diferença e à diversidade” e atualmente constata-se que nos documentos jurídicos onde os direitos das mulheres são partes inalienáveis, integrais e indivisíveis dos direitos humanos universais (PIOVESAN, 2000, p. 140-147).

Porém, o reconhecimento e a positivação desses direitos não são suficientes para sua concretização. Constatam-se grandes avanços para a proteção da dignidade humana, contudo, Hunt chama atenção para o fato de que apenas a positivação não é suficiente para sua efetivação e traz o entendimento que:

Os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são os direitos de humanos num estado de natureza: são os direitos de humanos em sociedade. São os direitos humanos vis-à-vis uns aos outros. E são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm. (HUNT, 2009, p. 19).

Necessária e urgente são as medidas para a efetivação dos direitos e defesa das mulheres, o tema precisa estar nas pautas políticas, na elaboração de políticas públicas e projetos que alcancem a realidade das mulheres na sociedade.

Uma das piores faces do desrespeito aos direitos humanos reside nos alarmantes dados sobre a violência contra a mulher.

Segundo um levantamento do Datafolha realizado em fevereiro de 2019, pesquisa encomendada pela ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2019) para avaliar o impacto da violência contra a mulher constatou-se que:

Nos **últimos** 12 meses, 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento no Brasil, enquanto 22 milhões (37,1%) de brasileiras passaram por algum tipo de assédio. Dentro de casa, a situação não foi necessariamente melhor. Entre os casos de violência, 42% ocorreram no ambiente doméstico. Após sofrer uma violência, mais da metade das mulheres (52%) não denunciou o agressor ou procurou ajuda. (FBSP, 2019).

Como mostram os dados, fica evidente a adoção de medidas emergenciais. Todos os tipos de violência violam a dignidade humana e se opõe a ética, que deve ser a base de todas as relações.

Chauí (2003, p. 42) explica que:

A violência se opõe à ética porque trata seres racionais e sensíveis, dotados de linguagem e liberdade como se fossem coisas, isto é, irracionais, insensíveis, mudos, inertes ou passivos. Na medida em que a ética é inseparável da figura do sujeito racional, voluntário, livre e responsável, tratá-lo como se fosse desprovido de razão, vontade, liberdade e responsabilidade é tratá-lo não como humano, e sim como coisa.

A sociedade moderna é autoritária e sustentada com base em padrões patriarcais e machistas, ocorrendo a invisibilidade da violência estruturante que alia-se às desigualdades de gênero, legitimando e naturalizando muitas das violências sofridas pelas mulheres (CHAUI, 2003).

A realidade sobre as violências vividas pelas mulheres na sociedade é uma afronta aos direitos humanos e à dignidade humana, e não pode ser entendida como natural. Há que se travar uma luta incessante para a defesa e a concretização dos direitos humanos das mulheres, que devem ter sua dignidade preservada.

## **A Educação e a Reprodução das Desigualdades**

Bourdieu (1977), ao analisar o sistema de ensino, constata a falta de neutralidade, e o indica como um dos principais meios de reprodução das desigualdades, que já se inicia no seio familiar, consolidando e perpetuando as desigualdades.

O autor apresenta três instancias principais que realizam o trabalho de reprodução das desigualdades: “a Família, a Igreja e a Escola”, e expõe que:

[...] à família que cabe o papel principal na reprodução da dominação e da visão masculinas; é na família que se impõe a experiência precoce da divisão sexual do trabalho e da representação legítima dessa divisão, garantida pelo direito e inscrita na linguagem. Quanto à Igreja, marcada pelo antifeminismo profundo [...] ela inculca explicitamente uma moral familiarista, completamente dominada pelos valores patriarcais e principalmente pelo dogma da inata inferioridade das mulheres [...] Por fim, a Escola, mesmo quando já liberta da tutela da Igreja, continua a transmitir os pressupostos da representação patriarcal [...] e sobretudo, talvez, os que estão inscritos em suas próprias estruturas hierárquicas, todas sexualmente conotadas, entre as diferentes [...] faculdades, entre as disciplinas [...] entre as especialidades, isto é, entre as maneiras de ser e as maneiras de ver, de se ver, de se representarem as próprias aptidões e inclinações. (BOURDIEU, 1977, p. 103-104).

Bourdieu (2007) entende que o controle das classes dominantes acontece através do poder e do saber. O poder e o saber resultam no que o autor chama de “violência simbólica”, que seria a imposição de uma definição do mundo social que é consistente com seus interesses, e, que a educação formal ajuda na reprodução social e cultural.

O autor tece uma severa crítica à teoria da meritocracia, justificando que o acesso e o sucesso dos alunos pertencem aos grupos dominantes, que detêm controle sobre bens econômicos e culturais, que possuem o que ele chama de “capital cultural”, e que é legitimado pela escola (BOURDIEU, 2007).

O ambiente escolar pode ser caracterizado como um espaço de exclusão e de perpetuação do poder da classe dominante, pois:

Enquanto para os filhos da classe dominante, a cultura escolar é a sua própria cultura – porém, reelaborada e sistematizada – para os filhos das classes dominadas, a cultura da escola é experimentada como uma “cultura estrangeira”. (BUNETTO, 2006, p. 128).

Face ao desumano sistema educacional denunciado, Paulo Freire (2000) mantém uma visão otimista, e aduz que não somos totalmente determinados pelas estruturas econômicas e sim condicionados, vislumbrando assim, a possibilidade de mudança desse paradigma e expõe:

Por grande que seja a força condicionante da economia sobre o nosso comportamento individual e social, não posso aceitar a minha total passividade perante ela. Na medida em que aceitamos que a economia ou a tecnologia ou a ciência, pouco importa, exerce sobre nós um poder irreconhecível não temos outro caminho senão renunciar à nossa capacidade de pensar, de conjecturar, de comparar, de escolher, de decidir, de projetar, de sonhar. (FREIRE, 2000, p. 55).

Freire (1979, p. 16), aduz que o primeiro passo para uma mudança consiste na conscientização dessa realidade imposta:

A conscientização é isto: tomar posse da realidade; por esta razão, e por causa da radicação utópica que a informa, é um afastamento da realidade. A conscientização produz a desmitologização. É evidente e impressionante, mas os opressores jamais poderão provocar a conscientização para a libertação: como desmitologizar, se eu oprimo? Ao contrário, porque sou opressor, tenho a tendência a mistificar a realidade que se dá à captação dos oprimidos, para os quais a captação é feita de maneira mística e não crítica. O trabalho humanizante não poderá ser outro senão o trabalho da desmistificação.

Diante dessa realidade permeada por imensas desigualdades, geradora de discriminações e violências, deve ser travada uma “luta pela humanização, pelo trabalho livre, pela desalienação, pela afirmação dos homens como pes-

soas, como seres para si” (FREIRE, 2005, p. 32), direcionando a educação para um novo caminho, que respeite a dignidade do ser humano em sua totalidade.

Nesse viés, Edgar Morin (2000), em sua teoria do complexo, expõe a falha do sistema de ensino apoiado no reducionismo das ideias a um campo específico, e defende uma interligação entre os conhecimentos, as disciplinas e os saberes.

Morin (2000, p. 13-18) propõe a inserção de novos valores à educação, e apresenta como base a **ética**. Em sua obra “Os sete saberes necessários à educação do futuro” (2000, p. 13-18), o autor apresenta sete saberes necessários para implementar uma nova mentalidade educacional: 1) as cegueiras do conhecimento: o erro e a ilusão; 2) os princípios do conhecimento pertinente; 3) ensinar a condição humana; 4) ensinar a identidade terrena; 5) enfrentar as incertezas; 6) ensinar a compreensão; 7) a ética do gênero humano.

O autor acredita que a educação do futuro deve tratar desses sete saberes “fundamentais”, em toda sociedade, em toda cultura, sem exclusividade nem rejeição, segundo modelos e regras próprias a cada sociedade e a cada cultura (MORIN, 2000, p. 13).

A efetivação dos direitos humanos das mulheres e o respeito à dignidade humana, com a conseqüente diminuição das desigualdades somente é possível com uma educação alicerçada em valores supremos e universais, como os direitos humanos e à dignidade humana, e tenha como foco um sistema humanizante e consciente, que não sirva meramente como instrumento de reprodução da classe dominante, e da perpetuação das desigualdades.

## Considerações Finais

No tocante à análise do conceito de gênero constatou-se que o tema é complexo e pouco delimitado. Gênero é construído por bases sociais e culturais e é uma forma primária de dar significado às relações de poder, conforme Scott (1995).

As questões de gênero, especificamente a desigualdade de gênero é resultado da dominação masculina que possui raízes históricas fundadas em um sistema patriarcal, onde as desigualdades se reproduzem e se perpetuam através da família, da igreja e da escola, segundo Bourdieu (1977).

No pensamento do filósofo e economista Amartya Sen (2010) observou-se a importância das liberdades para se alcançar a diminuição das desigualdades. A condição de agente das mulheres é um dos principais mediadores da mudança econômica e social. As negligências e privações sofridas pelas mulheres surtem efeitos para todos os outros membros da sociedade.

As desigualdades e as violências que acometem as mulheres são uma afronta à essência dos direitos humanos, ferindo a liberdade, a igualdade e a dignidade humana, e por muitos ainda é entendida como natural em nossa sociedade.

A identificação da desigualdade de gênero como “natural” na sociedade, é um grande problema a ser trabalhado, pois não é natural, não é digno, e apenas a positivação dos direitos não são suficientes para solucionar os problemas apresentados, são necessárias medidas que resultem na concretização dos direitos conquistados.

Sobre a educação, o sistema de ensino não apresenta neutralidade, e é um dos principais meios, junto com a cultura familiar, de reprodução das desigualdades relacionadas a gênero. Nessa linha de raciocínio, o ambiente escolar pode ser um espaço de exclusão e de perpetuação do poder da classe dominante. Entretanto, apesar de sermos condicionados pelo poder econômico, há possibilidades de mudanças, através de uma reformulação e reestruturação do sistema de ensino, ocorrendo uma interligação entre os conhecimentos, as disciplinas e os saberes.

É de extrema importância a participação política das mulheres, a elaboração de políticas públicas, mudança dos parâmetros educacionais, dentre outras medidas para a efetivação dos direitos. Há que se colocar ênfase na necessidade de resgatar os valores éticos, morais e humanos, visando assim uma sociedade mais equitativa e justa, que consiga minimizar as desigualdades e reduzir as formas de exclusão e violência sofridas pelas mulheres na sociedade.

## Referências

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, J.C. **A Reprodução**: Elementos para uma Teoria do Sistema de Ensino. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.
- BOURDIEU, Pierre. **Le sens pratique**. Paris: Minuit, 1980.
- BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. **A distinção**: crítica social do julgamento. São Paulo: Edusp; Porto Alegre, RS:Zouk, 2007.
- BUSETTO, **Áureo**. A sociologia de Pierre Bourdieu e sua análise sobre a escola. *In*: CARVALHO, Alonso Bezerra de; SILVA, Wilton Carlos Lima da (org.). **Sociologia e Educação**: leituras e interpretações. São Paulo: Avercamp, 2006.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: Feminismo e subversão de identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- CHAUI, M. Ética, política e violência. *In*: CAMACHO, T. (org.). **Ensaio sobre violência**. Vitória: Edufes, 2003.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019**. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf). Acesso em: 20

jun. 2020.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça. *In*: SARMENTO, D.; IKAWA D.; PIOVESAN, F. (org). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREIRE, Paulo. Terceiro Mundo e Teologia Carta a um Jovem Teólogo, *In*: TORRES, Carlos Alberto (org). **Consciência e História: A Práxis Educativa de Paulo Freire**. São Paulo: Cortex & Moraes, 1979.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**. São Paulo: UNESP, 2000.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis: Vozes, 1997.

MORIN, E. **Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro**. São Paulo: Petrópolis, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMPAZZO, Lino. **Metodologia científica: para alunos dos cursos de graduação e pós-graduação**. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

SCOTT, Joan. História das mulheres. *In*: BURKE, Peter (org). **A escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: Unesp, 1992.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *In*: **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STOCKARD, Jean; JOHNSON, Miriam. **Sex and Gender in Society**. New Jersey, Prentice Hall, 1992.

# **DIREITOS HUMANOS DE GRUPOS VULNERABILIZADOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RUMO A UM CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR NA AMÉRICA LATINA?**

**Isabella Faustino Alves**

Universidade de Coimbra. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em Direito Constitucional. Especialista em Direito Constitucional. Especialista em Direito do Estado. Defensora Pública Estadual

## **Resumo:**

A reflexão em tela visa a investigar o tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal aos direitos humanos de coletividades vulnerabilizadas, promovendo-se um recorte temático que contempla direitos relativos à igualdade étnico-racial, à diversidade sexual, bem como aos direitos sociais, no último caso, notadamente à vista do reconhecimento da constitucionalidade da intervenção do Poder Judiciário com vistas a sua efetivação. Em esforço cosmopolita, não se descuida de um diálogo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, promovendo-se uma análise atenta à notória imbricação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, à existência de um sistema multinível de proteção dos direitos humanos e à consequente importância do diálogo jurisprudencial com vistas ao fortalecimento dos direitos humanos. A contemplar, ainda, a necessidade de robustecimento da proteção levada a efeito pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ressalta-se existência de divergências, em julgados da Suprema Corte Brasileira, com relação a entendimentos da Corte de San José. Busca-se, destarte, evidenciar um potencial avanço da proteção jurisprudencial dos direitos humanos das coletividades em situação de vulnerabilidade no Brasil, a despeito do que se ecoa a reflexão acerca da urgência de uma maior contribuição para a construção de um constitucionalismo regional transformador na América Latina.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Grupos vulnerabilizados; Supremo Tribunal Federal; Diálogo jurisprudencial; Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

## Introdução

Sem olvidar de seus pressupostos filosóficos, políticos e jurídicos ocidentais, tem-se que a construção dos direitos humanos é fruto de dimensões sucessivas e cumulativas, “a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal” (BONAVIDES, 1997, p. 528).

A mudança do paradigma da proteção nacional aos direitos humanos, inaugurada no pós segunda guerra, é acompanhada pelo processo progressivo de sujeição dos Estados às convenções sobre direitos humanos e pela generalização de Constituições rígidas nos ordenamentos dos Estados democráticos, a partir da constatação de que o princípio da mera legalidade é insuficiente para garantir contra os abusos da legislação e contra as involuções antiliberais e totalitárias<sup>1</sup> (FERRAJOLI, 2011, pp. 43-44).

A par da constitucionalização do Direito Internacional, fenômeno que se dá por meio da transplantação de certos mecanismos do Direito Constitucional para a internormatividade internacional (CORREIA, 2016, pp. 13-14), a consequência mais notória da constitucionalização é a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade (CANOTILHO, 2003, p. 378)<sup>2</sup>, com a difusão e o fortalecimento da jurisdição constitucional, “enquanto expressão máxima da garantia da observância das regras e princípios constitucionais pelas leis e demais atos normativos do poder público (...)” (CORREIA, 2016, p. 19).

A reflexão em tela considera, ainda, o cenário de internacionalização do Direito Constitucional, com a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem interna dos Estados, e do constitucionalismo multinível, que leva em conta as Constituições nacionais e o quadro constitucional supranacional como dois componentes interdependentes de um sistema jurídico governado pelo pluralismo constitucional, em vez de hierarquias (PERNICE, 2009, p. 349). Ademais, não se descarta a lógica da interconstitucionalidade, enquanto concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político (CANOTILHO,

---

1 Nesse contexto, oportuna a lição de Barroso (2015, pp. 19-20) no sentido de que, a partir do marco histórico do constitucionalismo do pós- Segunda Guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, e do marco filosófico do pós-positivismo, o novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma, quais sejam: o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata; a expansão da jurisdição constitucional, com a criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos; e o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como *nova interpretação constitucional*, na qual foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica.

2 Como destaca Stourzh (1988) *apud* Canotilho (2003, p. 378), “designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento à garantia e disponibilidade do legislador ordinário”.

2006, p. 266).

Assim, tendo em vista a forte convergência axiológica entre a proteção internacional dos direitos humanos e o constitucionalismo estatal, notadamente no Ocidente, tem-se como subjacente à análise a importância do diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos, campo no qual as cláusulas de abertura constitucional e o princípio *pro ser humano* consistem em dois vértices, tanto na esfera nacional quanto internacional (PIOVESAN, 2017, p. 49).

A partir da notória imbricação do Direito Constitucional com o Direito Internacional dos direitos humanos, o presente estudo tem como objeto uma reflexão acerca do tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal – STF aos direitos humanos de grupos em situação de vulnerabilidade, enfocando-se o potencial avanço levado a efeito nessa seara sobretudo nos últimos quinze anos, sem prejuízo do destaque conferido a divergências com relação a entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

Frise-se que a realidade da América Latina, marcado por um contexto de grandes desigualdades, elevado grau de exclusão e violência e centralismo de poder (PIOVESAN, 2017, pp. 26-27) afigura-se ainda mais premente a proteção dos direitos humanos por meio da justiça constitucional, sobretudo dos grupos em situação de vulnerabilidade, é dizer, “vulnerabilizados pelas relações desiguais de poder que caracterizam a sociedade” (SANTOS, 2019, p. 20).

## **Igualdade Étnico-Racial, Diversidade Sexual e Intervenção Judicial em Matéria de Direitos Sociais: um Recorte Representativo**

De Início, Ressalte-Se Que O Supremo Tribunal Federal Já Afirmou “O Direito A Ter Direitos” – Formulado Por Arendt (1989, P. 332) Como “O Direito De Cada Indivíduo De Pertencer À Humanidade” – Enquanto “Prerrogativa Básica, Que Se Qualifica Como Fator De Viabilização Dos Demais Direitos E Liberdades”<sup>3</sup>, O Que Se Soma Ao Reconhecimento De Sua Própria “Obrigação (...) De Manter E Observar Os Parâmetros Do Devido Processo Legal, Do Estado De Direito E Dos Direitos Humanos”<sup>4</sup>.

Ademais, o STF não raro invoca tratados internacionais de que o Estado brasileiro é parte; o diálogo com as cortes internacionais de direitos humanos, notadamente a de San José; a primazia da norma mais favorável à pessoa humana, “princípio hermenêutico básico a ser observado por magistrados e tribunais no exercício de sua atividade interpretativa”<sup>5</sup>; corroborando, não raro,

3 ADI 2.903/PB – Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 19.9.2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2898/false>. Acesso em 22.11.2020.

4 Ext 986/BO – Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 05.10.2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5054/false>. Acesso em 22.11.2020. Na oportunidade, destacou-se que “a proteção judicial efetiva permite distinguir o Estado de Direito do Estado policial e a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica”.

5 HC 96.772/SP – Rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 21.08.2009. Dis-

a submissão do Estado Brasileiro à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal como levou a efeito na controversa **Ação Penal 470**<sup>6</sup>.

Tendo em vista que a proteção das minorias<sup>7</sup> e dos grupos vulnerabilizados, segundo o STF, qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito<sup>8</sup>, promove-se, para a reflexão em tela, um recorte temático que contempla, como enfoque significativo, a promoção da igualdade **étnico-racial** e dos direitos relativos à diversidade sexual, bem como a articulação entre os direitos sociais e intervenção judicial, o que afeta direitos de grupos específicos, tais como crianças, pessoas em situação de pobreza<sup>9</sup>, dentre muitos outros.

Em matéria de promoção da igualdade **étnico-racial**<sup>10</sup>, cumpre colocio-

---

ponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur164799/false>. Acesso em 22.11.2020.

6 AP 470 AgR / MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 08.10.2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur183164/false>. Acesso em 22.11.2020.

7 De acordo com Deschênes (1995 *apud* CANOTILHO, 2003, p. 387), “minorias serão fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e da igualdade de facto e de direitos com a maioria”.

8 RE 477.554 AgR/MG – Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 26.08.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>. Acesso em 22.11.2020. Da ementa do aludido acórdão, consta o seguinte trecho: “A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.”

9 No “Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a existência de uma discriminação estrutural contra pessoas e grupos em situação de pobreza no Brasil. Sentença proferida em 20 de outubro de 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf). Acesso em 22.11.2020.

10 Promovendo-se uma necessária interseccionalidade, impende sublinhar o reconhecimento da constitucionalidade da Lei 11.340/06, que trata da violência doméstica e familiar contra as mulheres e que resultou de apreciação, pelo Sistema Interamericana de Direitos Humanos, do Caso “Maria da Penha”. A propósito, confira-se: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 22.11.2020. ADC19/DF – Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 28.04.2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur262141/false>. Acesso em 22.11.2020. Por oportuno, reproduza-se trecho da ementa do julgado em questão: “O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônico com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira.” O Supremo Tribunal Federal também destacou a tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida, em julgamento no qual decidiu que “a licença-maternidade prevista no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição abrange tanto a licença-gestante quanto a licença-adoptante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias”. RE 778.889/PE, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, DJE de 29.07-2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf>

nar o entendimento do STF no sentido de que a liberdade de expressão não consagra um direito de incitação ao racismo, “dado que um direito fundamental não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas”, reafirmando-se, inclusive, a imprescritibilidade do aludido crime<sup>11</sup>.

O STF também declarou a constitucionalidade da reserva “a pessoas negras de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta”<sup>12</sup>, em consonância com seu entendimento anterior acerca da constitucionalidade de atos que instituíram sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior<sup>13</sup>. Na oportunidade, o Supremo fez referência à incorporação de diversos mecanismos institucionais, pelo modelo constitucional brasileiro, para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade”, enfatizando “a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados”, de modo a “permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares”.

Recorde-se que, também no julgamento da ADI 3330/DF<sup>14</sup>, o STF

---

[jus.br/pages/search/sjur352981/false](http://jus.br/pages/search/sjur352981/false). Acesso em 22.11.2020. Em sentido análogo, no AC 288/98, o Tribunal Constitucional português também registrou “esforço (inovador) de recorte do novo direito ao desenvolvimento da personalidade, tendo defendido que o mesmo engloba ‘a autonomia individual e a autodeterminação e assegura a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida’”, argumentação “retomada no Acórdão n.º 617/2006, que apenas inovou na ênfase manifestada relativamente ao (alegado) direito fundamental da mulher à manutenção de um projecto de vida” (AC 288 – 98, Rel. Cons. Luís Nunes de Almeida, Plenário, julgamento em 17-04-1998. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html>. Acesso em 30.06.2020). Importa anotar, outrossim, que no julgamento do AC 75/10, em que mais uma vez foi objeto de apreciação a questão da interrupção voluntária da gravidez, o Tribunal Constitucional português destacou que “a dignidade humana não versa apenas sobre a vida intrauterina. Ela abrange também a posição jurídico-constitucional da mulher, sendo que, nesta esfera, não está apenas em causa o valor objetivo da vida humana, mas a valia pessoal de um sujeito já reconhecido como titular de direitos fundamentais.” Rel. Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro, Plenário, Julgado em 23.02.2010. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/Boletim/anexo/BJI3ABORTO.pdf>. Acesso em 30.06.2020.

11 HC 82.424/RS – Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. DJe de 19.03.2004, para muitos, o mais importante precedente do STF em matéria de liberdade de expressão. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em 22.11.2020.

12 ADC 41/DF – Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 16.08.2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371754/false>. Acesso em 22.11.2020.

13 ADPF 186/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 17.10.2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281203/false>. Acesso em 22.11.2020.

14 Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 21.03.2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur226811/false>. Acesso em 22.11.2020.

consignou que “toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios” os quais são “não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social”.

A par de ter reiterado o compromisso do Estado Brasileiro com a erradicação do trabalho escravo contemporâneo nos planos interno e externo<sup>15</sup> – o que, a despeito de não adstrito, atualmente, a questões **étnico-raciais**, guarda evidente relação com a temática – o STF asseverou ser constitucionalmente legítima a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, bem como o critério de territorialidade para a medição e demarcação das terras relativas às comunidades quilombolas, os quais “positivam o devido processo legal na garantia de que as comunidades tenham voz e sejam ouvidas”<sup>16</sup>.

No que toca à intervenção do Poder Judiciário em matéria de direitos sociais<sup>17</sup>, o que contempla os direitos de diversos grupos em situação de vulnerabilidade, há, no STF, precedentes que a autorizam tanto em matéria de saúde<sup>18</sup> quanto de educação<sup>19</sup>, exigindo do Executivo a adoção de providên-

15 RE 398.041/PA – Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 18.12.2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88431/false>. Acesso em 22.11.2020.

16 ADI 3239/DF – Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Dje de 01.12.2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397204/false>. Acesso em 22.11.2020.

A ADI culminou com a improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003. A Corte Suprema frisou que “nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício”.

17 Promovendo-se um diálogo com o Tribunal Constitucional Português, evidencia-se o teor de julgado que tratou da recente crise econômico-financeira especialmente com respeito aos anos de 2011 a 2014, ocasião em que foram invalidadas algumas das medidas de austeridade adotadas, mormente as relacionadas com cortes em salários e pensões, tendo sido invocada a salvaguarda do direito à existência condigna: AC 187/13 – Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha, Plenário, julgamento em 05.04.2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>. Acesso em 22.11.2020. Especificamente sobre o direito à saúde, “o Tribunal Constitucional português teve já oportunidade de afirmar que se trata de uma ‘obrigação constitucional do Estado como meio de realização de um direito fundamental, e não uma vaga e abstrata linha de ação de natureza programática’”: AC 221/2009 – Rel. Carlos Fernandes Cadilha, Plenário, julgamento em 05.05.2009. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090221.html>. Acesso em 22.11.2020.

18 RE 642.536-AgR/AP – Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 26.02.2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur225226/false>. Acesso em 22.11.2020. Na oportunidade, o STF registrou que “o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas”.

19 ARE 860.979-AgR/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 05.05.2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur302978/false>. Acesso

cias administrativas que visem à melhoria da qualidade da prestação dos aludidos serviços, ocasiões em que a Corte destacou que o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais não pode sofrer ao argumento da “reserva do possível”<sup>20</sup>.

Assim, nos julgados supra mencionados, autorizou a intervenção, contemplando diversas medidas em hospital público, tais como renovação de pessoal e reativação de sala de cirurgia e de parto, e determinou a contratação de professor especializado em LIBRAS, além de ter reafirmado, posteriormente, que o Poder Judiciário pode compelir Município a fornecer vaga em creche, sublinhando que a impossibilidade de invocar a fórmula da reserva do possível, na perspectiva da teoria dos custos dos direitos, “para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público”<sup>21</sup>.

Além disso, a Suprema Corte, em recurso à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia, reconheceu a presença de “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas” no sistema carcerário brasileiro, a partir do que determinou, dentre outros pontos, a obrigatoriedade da realização de audiências de custódia, em observância ao disposto nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>22</sup>.

Especificamente com relação a mulheres encarceradas, o STF concedeu *habeas corpus* coletivo às mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças até doze anos ou de pessoa com deficiência, com extensão da ordem de ofício a todas as mulheres presas e adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, referindo-se expressamente ao Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a

---

em 22.11.2020.

20 Segundo Alexy (2008, p. 515) a “reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”- não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito”.

21 RE 956.475/RJ – Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 16.05.2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho635365/false>. Acesso em 22.11.2020. No mesmo sentido, há decisões mais recentes proferidas em sede de Suspensão de Liminar, oportunidade em que foi mantido provimento que obrigou município a alocar crianças em creches próximas a suas residências. Por oportuno, confira-se: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441969&ori=1>.

22 ADPF 347 MC/DF – Rel Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe de 19.02.2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em 22.11.2020.

O evidente impacto desproporcional de tal medida sobre as pessoas em situação de pobreza é também marcante no que diz respeito ao encarceramento, seara na qual, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em 2014, 75% dos apenados têm até o ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em 19.06.2020.

saúde materna) ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, bem como às Regras de Bangkok (“Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”)<sup>23</sup>.

O STF invocou a proibição do retrocesso social em recursos nos quais reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros<sup>24</sup>, com ostensiva menção à união homoafetiva, na esteira de seu entendimento anterior, que, conferindo interpretação conforme a Constituição, excluiu do art. 1793 do Código Civil “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”<sup>25</sup>.

Já em julgamento conjunto realizado em 2019, registrou-se que “o discurso de **ódio**, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos”<sup>26</sup>, tendo consignado que “a Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe”, atentando contra o Estado Democrático de Direito “qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero”<sup>27</sup>.

23 HC 143641/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 08.10.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392233/false>. Acesso em 22.11.2020.

24 RE 878.694/MG – Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, julgamento em 10.05.2017, DJE de 05.02.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379763/false>. Acesso em 22.11.2020.

25 ADI 4.277/DF – Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14.10.2011. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\\_Direitos\\_Humanos.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direitos_Humanos.pdf). Acesso em 19.06.2020. A temática também foi objeto de apreciação, embora em cenário constitucional distinto, pelo Tribunal Constitucional português, no AC n.º 121/2010 – Relator Cons. Vitor Gomes, Plenário, Julgado em 08.04.2010. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>. Acesso em 19.06.2020.

26 ADO 26/DF – Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 06.10.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em 22.11.2020. Na ocasião, frisando que a interpretação conforme conferida no caso não se confunde com exegese fundada em analogia “*in malam partem*” – controversia essa em que se entende pela necessidade de um aprofundamento da reflexão, ante os riscos decorrentes de tal precedente para os direitos inscritos na Constituição em matéria penal – decidiu-se que “até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe.

27 MI 4733/DF - Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 29.09.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em

Por fim, para essa sumária exposição, registre-se que o STF sublinhou, em julgado relativo a patente caso de discriminação em decorrência de orientação sexual, que “o estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade”, asseverando que “a responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e inculir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno (...)”<sup>28</sup>.

## A Orientação Interamericana em Xequê: Três Casos Emblemáticos

Na temática da defesa dos direitos de grupos em situação de vulnerabilidade, apreciada, no presente trabalho, sob a ótica de uma maior ou menor contribuição, por parte do STF, para a construção de um constitucionalismo regional transformador<sup>29</sup> na América Latina, importa assinalar que há relevantes ocasiões em que o entendimento firmado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos não foi acompanhado.

Isso se deu, a título de exemplo, com relação ao julgamento que envolveu a Lei de Anistia, especificamente no que se refere a sua concessão a agentes da ditadura militar brasileira, primeira vez que um tema foi analisado pela Corte de San José e pelo STF, como recordam Sarmento e Souza Neto (2012, p. 367).

Com efeito, não obstante a jurisprudência da Corte de San José ser pacífica sobre a incompatibilidade dessas autoanistias – que envolvem pessoas em situação de vulnerabilização decorrente de vitimação por violência praticada pelo Estado – com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Supre-

---

22.11.2020. Acerca do tema, Piovesan (2013, p. 394), destaca que “a Corte Interamericana, ao enfrentar novos temas de direitos humanos – emergentes na agenda contemporânea – passa a aludir aos precedentes da Corte Europeia, como bem ilustra o leading case Karen Atala Riffó y hijas vs. Chile”, em que se frisou a proibição da discriminação fundada em orientação sexual. Sentença datada de 24 de fevereiro de 2012. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf). Acesso em 22.11.2020.

28 ADI 5543/DF - Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 26.08.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429684/false>. Acesso em 22.11.2020. Na ação em tela, foi declarada a inconstitucionalidade da restrição prevista em Portaria do Ministério da Saúde e em Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA, sublinhando-se, entre outros pontos, o impacto desproporcional e violador dos princípios da igualdade e da dignidade humana “sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue”.

29 Recorre-se à reflexão de Piovesan (2017, pp. 27-28), para quem “a criação de um constitucionalismo regional transformador em matéria de direitos humanos decorre da combinação de 3 (três) importantes fatores ao longo do processo de democratização na região: i. o crescente empoderamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu impacto transformador na região; ii. a emergência de Constituições latino-americanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização de direitos, apresentam cláusulas de abertura constitucional, a propiciar maior diálogo e interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos; iii. o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça”.

mo Tribunal Federal considerou recepcionada toda a Lei<sup>30</sup>.

Também no célebre caso Raposa Serra do Sol<sup>31</sup>, o STF foi de encontro à jurisprudência da Corte IDH, ao entender que as comunidades indígenas não possuem legitimidade ativa para litigar nos sistemas internacionais de direitos humanos, e que “o direito de consulta *pode ceder diante de questões estratégicas, como a defesa nacional ou a proteção ambiental*” (PAIVA; HEEMAN, 2017, p. 377).

Em novo e mais recente desacordo, tema que tem relação com a maior criminalização de pessoas em situação de pobreza, ante a patente seletividade do Direito Penal, aquela Corte assentou “a recepção do crime de desacato pela Constituição Federal de 1988, bem como a compatibilidade da figura penal do desacato com o disposto no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos”<sup>32</sup>, em que pese o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>33</sup>, no sentido de que “as normas com restrições vagas e genéricas ao direito de liberdade de expressão não são compatíveis com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois acabam por causar restrições indevidas a essa liberdade fundamental”.

## Considerações Finais

A proteção doméstica e internacional dos direitos humanos consiste em movimento dialético, consubstanciado no diálogo entre os tribunais nacionais e as cortes internacionais de direitos humanos. Os Tribunais Constitucionais e, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, podem ser considerados verdadeiros “tribunais dos direitos humanos”, ao proferirem a última palavra em matéria de interpretação da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos no palco interno (ALEXANDRINO, 2018, p. 89).

---

30 ADPF 153/DF – Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJE de 06.08.2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253721/false>. Acesso em 22.11.2020. A ação foi proposta com vistas a declarar que a anistia concedida pela Lei 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão (civis ou militares) contra opositores políticos, durante o regime militar brasileiro (1964-1985). Em 28 de abril de 2010, o STF decidiu que a Lei da Anistia alcança os agentes da ditadura militar. A Corte Interamericana, após esse julgamento, proferiu decisão reconhecendo a incompatibilidade da anistia em questão com o Pacto de San José, em harmonia com sua jurisprudência já existente neste sentido, tais como nos casos Barrios Altos vs. Peru e Almonacid Arellano vs. Chile, oportunidade em que condenou o Brasil no Caso *Gomes Lund*. Sentença disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 19.06.2020.

31 Pet 3388 ED/RR – Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 04.02.12. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253721/false>. Acesso em 22.11.2020.

32 ARE 1130043 AgR/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 06.12.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396301/false>. Acesso em 22.11.2020.

33 Caso Kimel vs. Argentina. Sentença proferida em 02.05.2008. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf). Acesso em 22.11.2020.

Nesse contexto de cosmopolitismo e de proteção multinível dos direitos humanos e, ainda, de subsidiariedade da jurisdição internacional, o grau de proteção conferido pela justiça constitucional aos direitos humanos contribui sobremaneira para reduzir, ou não, o chamado “tempo dos direitos”, “lapso de tempo decorrido entre adoção do primeiro texto constitucional e o momento a partir do qual se pode considerar que os direitos da pessoa humana são efetivamente reconhecidos e garantidos”, na lição de Alexandrino (2018, p. 19).

Um permanente risco de fulminação da proteção nacional dos direitos humanos, especialmente por meio de possíveis esvaziamentos dos direitos fundamentais, poderia resultar, inclusive, em comprometimento à própria proteção internacional dos direitos humanos, uma vez que esta encontra considerável reforço na adesão da comunidade internacional, em nível interno e por meio da ordem jurídica estatal, ao consenso uma vez levado a efeito em torno dos direitos humanos universais.

Dessa feita – e tendo em vista que efetivar direitos humanos é processo constante, que não se esgota na adesão formal a pactos no plano externo, demandando um compromisso permanente e vigilante com a primazia de tais direitos, a atuação da justiça constitucional na matéria robustece a proteção regional dos direitos humanos por parte dos sistemas em que se inserem, a par de fortalecer tanto a proteção internacional dos direitos humanos quanto os ideais de um constitucionalismo global<sup>34</sup> pautado na primazia da dignidade humana.

Tendo-se em mente o relevante papel do Brasil e sua consequente influência para a América Latina e para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e ainda ante a perspectiva de que “a proteção dos direitos humanos é antes um exercício de prudência judicial do que labor legislativo” (RAMOS, 2012, p. 29), observa-se que, a despeito da relevância de diversos julgados proferidos pelo STF em matéria de proteção dos direitos humanos de grupos em situação de vulnerabilização, há ainda uma tendência soberanista, a obstar uma maior convergência com a jurisprudência interamericana.

Avulta, assim, a necessidade de um maior fortalecimento do sistema interamericano, por parte da justiça constitucional brasileira, bem como da proteção aos direitos humanos em **âmbito** nacional, sobretudo considerando-se que “o futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação” (CANÇADO TRINDADE, 2004 *apud* PIOVESAN, 2013b, p. 408) e que “la construcción de un auténtico ‘diálogo jurisprudencial’ representará ‘el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI” (AN-

---

34 Segundo Correia (2016, p. 13), o constitucionalismo global caracteriza-se, sobretudo, pela emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais e pela tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos” (realce no original).

TONIAZZI, 2013, p. 227)<sup>35</sup>.

A partir de Piovesan (2017, pp. 45-48), reforça-se, ante a esse cenário, a necessidade de uma maior proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na América Latina, marcada por um passado autoritário recente, a par do atual contexto político em que se encontram países como o Brasil, fomentando-se efetivamente uma cultura de estatalidade aberta, diálogo jurisdicional e prevalência da dignidade humana em um sistema multinível.

Parafraseando-se a lição colacionada pelo STF em julgamento datado de 2019<sup>36</sup>, nada mais pernicioso e perigoso, na atualidade, do que uma cultura jurídica fechada, ou menos sensível, aos avanços promovidos em matéria de direitos humanos, justamente no que diz respeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.

## Referências

ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. 2. ed. rev. e atual. Parede: Príncipia Editora, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. *In* **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Boletim de jurisprudência internacional**: aborto. Supremo Tribunal Federal, Edição 03, Junho 2018. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia\\_boletim/anexo/bji3aborto.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia_boletim/anexo/bji3aborto.pdf). Acesso em 23 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Coletânea temática de jurisprudência**: direitos humanos. Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, Secretaria de documentação, 2017. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ\\_Direitos\\_Humanos.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direitos_Humanos.pdf). Acesso em 25 jul. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina,

<sup>35</sup> A autora reproduz, no ponto, trecho do voto do proferido por Eduardo Ferrer Mac-Gregor em sentença proferida pela Corte IDH no Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, cuja sentença data de 26.11. 2010.

<sup>36</sup> Refere-se a trecho constante da ementa da ADO 26/DF, já mencionada na nota de rodapé de nº 26.

2006.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 16. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *In* **Columbia Journal of European Law**, 15, n.º 3, 2009, pp. 349-408.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. *In* **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.), Elsevier Rio de Janeiro: Elsevier, 2013b.

\_\_\_\_\_. *Ius constitutionale commune* em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. *In* **Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico**. FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); GERBER, Konstantin (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b (versão eletrônica).

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012 (versão eletrônica).

SIMÕES, Lucas Diz; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de; FRANCISQUINI, Diego Escobar (Org.). **Defensoria Pública e a tutela estratégica dos coletivamente vulnerabilizados**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

# DIREITOS HUMANOS E A POPULAÇÃO DE RUA – O DIREITO AO TRABALHO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA EM SITUAÇÃO DE RUA

Lucas Cerqueira Moreira Montal

Renzo Edward Pegoraro Bedetti

## Resumo:

A presente pesquisa tem por escopo central analisar a efetividade do direito ao trabalho, na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais, direcionada aos indivíduos em situação de rua, a partir de medidas públicas capazes de promover uma ressocialização assistida dessa coletividade de indivíduos vulneráveis. Para tanto, foram feitas pesquisas de campo e analisadas duas medidas públicas, o Projeto de Lei 2470/07, que pretende alterar a Lei de Licitações brasileira com a finalidade de determinar que empresas vencedoras de procedimentos licitatórios públicos devam contratar pessoas oriundas da situação de rua para a realização de suas obras e serviços e o Decreto 58.330/18 do município de São Paulo, que promoveu o chamado “Trabalho Novo”, projeto ressocializador que visa reinserir pessoas em situação de rua no mercado de trabalho, por meio de uma parceria do Município com empresas privadas.

**Palavras-chave:** População de Rua; Direitos Humanos; Direito ao Trabalho; Políticas Públicas; Ressocialização Assistida.

## Introdução

Os elementos do contexto histórico social presentes na construção do Brasil como sociedade complexa e organizada, ainda são capazes de ecoar suas consequências em nosso cotidiano. Uma delas – objeto de estudo deste artigo – diz respeito ao surgimento e crescimento exponencial de uma população em situação de rua. Tal problemática encontra sua origem histórica em nosso passado escravocrata. Sem se afastar completamente de sua raiz, com o passar do tempo, outros fatores assumiram o papel de matriz dessa deficiência social. Em apertada síntese, cita-se as crises políticas, econômicas e sanitá-

rias como fatores que influenciam o aumento da população nessas condições.

Apesar de o entendimento geral de que a pauta do crescente número de pessoas em situação de rua é um problema a ser enfrentado, percebe-se, em contrapartida, que as posições adotadas pelo Poder Público brasileiro para conter tais avanços, se não inexistentes, são ineficazes.

De fato, toda iniciativa tomada pelo Poder Público no Brasil é louvável, ainda mais se se considerar o descaso histórico dado a esta problemática desde o tempo no Brasil colônia. Mesmo assim, assumir como louvável certas iniciativas não devem se confundir com endossá-las de pronto. Nesse caso, faz-se necessário um olhar crítico muitas vezes interdisciplinar, capaz de apontar um alcance de tais medidas e, se possível, suas limitações. De modo que, ao final, tenha-se uma visão panorâmica acerca dos acertos e dos defeitos a serem respectivamente continuados ou descontinuados nas ações públicas em cada caso concreto.

Em nosso caso, naquilo que diz respeito à ciência jurídica, pode-se abordar o tema em no mínimo dois aspectos, os quais, em nosso entender, não necessariamente precisam caminhar separados. De um lado, é possível analisar no plano do Direito as relações das iniciativas do Poder Público junto ao ordenamento jurídico brasileiro. De outro lado, é possível observar empiricamente a eficácia de tais iniciativas, de modo a analisar a concretização no plano fático das normas.

O presente artigo em um primeiro momento irá abordar a importância da promoção do trabalho como instrumento de ressocialização e, posteriormente, irá analisar de forma crítica o posicionamento do Estado brasileiro frente à população em situação de rua. Para tanto, analisaremos algumas tentativas de medidas públicas já implementadas no Brasil, concluindo criticamente acerca dos acertos ou equívocos desses projetos de reintegração.

Por se tratar de um estudo vinculado à múltiplas áreas do conhecimento, cita-se: Direito, Ciências Sociais e Psicologia, fez-se necessário conciliar um estudo teórico das medidas públicas, sua constitucionalidade e viabilidade jurídica com uma pesquisa de campo realizada nas ruas da cidade de São Paulo, nesse sentido, destaca-se a visita realizada ao Centro de Inclusão pela Arte, Cultura, Trabalho e Educação e a pesquisa feita junto ao Movimento Nacional da População de Rua (MNPR/SP).

Para alcançar os objetivos a que nos propomos, optou-se por selecionar duas medidas recentes para análise. Primeiro, analisaremos o Projeto de Lei 2470/07, que pretende alterar a Lei de Licitações brasileira com a finalidade de determinar que empresas vencedoras de procedimentos licitatórios públicos devam contratar pessoas oriundas da situação de rua para a realização de suas obras e serviços; segundo, o Decreto 58.330/18 do município de São Paulo, que promoveu o chamado “Trabalho Novo”, projeto ressocializador que visa reinserir pessoas em situação de rua no mercado de trabalho, por meio de uma parceria do Município com empresas privadas.

Observou-se a viabilidade de medidas públicas que prestam a garantir

os direitos humanos fundamentais à população de rua. No que diz respeito ao Projeto de Lei que pretende alterar a Lei de Licitações, no Brasil, concluiu-se pela sua constitucionalidade por estar em consonância com os princípios constitucionais e, também, por estar respeitando os ritos e competências pré-estabelecidos.

Em contrapartida, já no que diz respeito a ambas as medidas, a partir das pesquisas de campo realizadas, notou-se ser crucial para a viabilidade da ressocialização dos indivíduos, uma comunhão de esforços, nas mais diversas áreas dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, para que o Brasil possa, de fato, construir um programa nacional que promova os Direitos Humanos aos indivíduos em situação de rua.

## **O Trabalho e a reintegração social**

É de extrema complexidade fixar os fatores sociais e psicológicos que acarretam a condição de situação de rua entre a população. De certa forma pode-se relacionar a situação de rua com elementos como a pobreza, o desemprego e outros elementos. Mas também as próprias condições das pessoas em situação de rua acarretam outros problemas que com elas se relacionam dialeticamente. É o caso, por exemplo, de pessoas que desempregadas acabam por ficar na rua, e, uma vez em situação de rua, permanecem desempregadas pelo estigma e outros problemas que tal condição carrega consigo.

De acordo com pesquisa realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social nos anos de 2007 e 2008, o desemprego é um dos principais motivos que levam as pessoas para a situação de rua, sendo citado como uma das causas em pelo menos 29,8% dos casos apurados<sup>1</sup>.

Apesar das influências históricas e sociais terem forte influência na taxa de desemprego, conseguimos perceber que a constante instabilidade do mundo contemporâneo é um fator de peso<sup>2</sup>. As crises institucionais sejam elas de origens políticas, econômicas e até mesmo sanitárias, são peças-chave para o aumento do desemprego e, conseqüentemente, da população de rua.

A título de exemplo, podemos destacar a crise sanitária mundial iniciada em dezembro de 2019, ocorrida devido a proliferação em massa do vírus “SARS-CoV-2”, que gerou o ataque pandêmico de COVID-19. Em recente estudo promovido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) foi apurado que quase 14% da população ativa do país, encontra-se desempregada e que houve um aumento por conta do cenário de pandemia. A tabela foi extraída dessa mesma fonte. Veja-se o comparativo de trimestres<sup>3</sup>:

---

1 Rua: aprendendo a contar. Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009. Disponível em: <[http://www.mds.gov.br/web\\_arquivos/publicacao/assistencia\\_social/Livros/Rua\\_a\\_aprendendo\\_a\\_contar.pdf](http://www.mds.gov.br/web_arquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/Rua_a_aprendendo_a_contar.pdf)> acesso em: 15 set 2020.

2 Conferir, em especial, SENNETT, Richard. *The Corrosion of Character: The Personal Consequences of Work in the New Capitalism*. W. W. Norton & Company, 2000.

3 Desemprego chega a 13,8% no trimestre encerrado em julho, maior taxa desde 2012,

Indicador / Período	Mai-Jun-Jul 2020	Fev-Mar-Abr 2020	Mai-Jun-Jul 2019
Taxa de desocupação	13,8%	12,6%	11,8%
Taxa de subutilização	30,1%	25,6%	24,6%
Rendimento real habitual (R\$)	2.535	2.419	2.335
Varição do rendimento real habitual em relação a:		4,8%	8,6%

O trabalho, além de ser uma forma de dar ao ser humano a oportunidade de gerar economia própria e, conseqüentemente, independência financeira, é um instrumento fundamental para a reconstrução da autoestima, já que, de certa forma, fornece a sensação de que o papel ali desempenhado pelo trabalhador estaria representando um bem para toda a sociedade. Sendo assim, o trabalho é inegável instrumento de (re)inclusão social daqueles que orbitam às margens da comunidade. O papel do trabalho é de tamanha importância e encontra seu fundamento legal na Constituição da República Federativa do Brasil, que o reconhece como direito social, conforme dispõe o art.6º da magna carta.<sup>4</sup>

Assim, reconhecido o seu papel no processo de ressocialização, bem como o seu amparo legal na Constituição Federal de 1988, é de fundamental importância que o Estado, por meio de medidas públicas, idealize e aplique projetos que visam promover e garantir o direito ao trabalho para pessoas em situação de rua.

Em outros termos, o trabalho se torna um forte indicador da efetividade das medidas propostas pelo Poder Público. Em suma, garantir o acesso digno ao trabalho é uma forma de se garantir igualmente a viabilidade das outras medidas assistenciais que tem por foco as pessoas em situação de rua.

Tais projetos como serão vistos adiante, deverão ser elaborados da forma mais cuidadosa e consistente possível, de modo a resistir às possíveis crises institucionais que surgem a todo o momento no mundo moderno.

## Uma análise das medidas públicas adotadas

Diante das medidas públicas adotadas para conter o crescimento do nú-

2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29000-desemprego-chega-a-13-8-no-trimestre-encerrado-em-julho-maior-taxa-desde-2012>> Acesso em: 30 nov 2020.

4 “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. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao1988.html](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html)>: Acesso em 04 out 2020.

mero de pessoas em situação de rua por meio do estímulo ao trabalho, foram selecionadas duas ações como *corpus* de análise desta pesquisa.

A primeira a ser analisada é o Projeto de Lei 2470/07<sup>5</sup> que visa alterar um artigo da lei de Licitações com o intuito de determinar ao Poder Público que os editais de obras e serviços exijam a contratação de trabalhadores em situação de rua em percentual não inferior a 2% do pessoal contratado, sempre que o objeto da obra ou serviço for compatível com a utilização de mão de obra básica. A segunda trata-se do projeto proposto pelo município de São Paulo por meio do Decreto N° 58.330/18, o chamado “Trabalho Novo”, que teve como objetivo introduzir pessoas em situação de rua no mercado de trabalho.

No ano de 2007, surgiu o Projeto de Lei 2470, que visa, como mencionado supra, alterar o art. 40 da Lei de Licitações, com a finalidade de incluir uma cota de 2%, nos editais das obras e serviços públicos, destinados à população de rua.

Quanto à constitucionalidade material do projeto, como apresentado em pesquisa de iniciação científica<sup>6</sup>, afirma que não há vício material no conteúdo da norma do PL 2470/07 em razão de haver consonância entre a matéria de origem normativa e o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que tal princípio conflita com outros princípios. Ademais, concluiu-se, que se há conflito mediante exercício de ponderação, reconhecer-se-ia o princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio a ser maximizado em detrimento da autonomia da vontade. Quanto a constitucionalidade formal, a pesquisa científica supracitada afirma que constitucionalmente dá-se a competência de legislar sobre a matéria para a União, não se podendo falar por isso em vício formal.

Portanto, não há o que se discutir sobre a sua integração no sistema normativo brasileiro. Por outro lado, há o que se discutir quanto a sua aplicabilidade nos casos concretos. O projeto de lei discutido afirma apenas que os editais de obras e serviços públicos deverão apresentar uma cota e é omissivo quanto ao procedimento adotado para a ressocialização, indicando, apenas, em seu art. 2° quem deverá ter a competência para o recrutamento dos interessados. Acontece que tal omissão – comumente presente nos projetos sobre o tema de população de rua – abre margem para que seja adotada abordagens que deixam de levar em conta alguns critérios técnicos e sensíveis ao tema.

5 BRASIL. Projeto de Lei N° 2470, de 22 de novembro de 2007. Altera a Lei no 8.666, de 21 de julho de 1993, “que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, para incluir, como requisito para licitação de obras ou serviços, que o vencedor da licitação admita trabalhadores em situação de rua e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=377765>>. Acesso em: 31 ago 2020

6 BEDETTI, Renzo; MOREIRA, Lucas Cerqueira Montal. O Agasalho Legislativo Aos Desagasalhados: Análise Do Ingresso De Pessoas Em Situação De Rua No Mercado De Trabalho Mediante PL 2470/07. Iniciação Científica. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, 2019, p. 7.

Sobre tal aspecto, após colher informações sobre algumas iniciativas extragovernamentais na cidade de São Paulo, notou-se indispensável o necessário acompanhamento psicológico para a (re)adaptação do indivíduo ao trabalho formal, assim como um treinamento profissional. Isso porque, apesar de o serviço público ser destinado a mão de obra simples, é necessário que, para que as demandas diárias sejam cumpridas corretamente, a pessoa esteja apta psicologicamente para integrar o ambiente de trabalho e estar ciente de suas funções. Portanto, apesar de não ter o que se afirmar sobre a viabilidade legal do PL 2470/07 no plano fático, podemos afirmar que as inclusões da exigência de um processo de reintegração junto a um acompanhamento psicossocial e a um programa de oficinas e treinamentos profissionalizantes são de fundamental importância para que não haja um fracasso em relação ao objetivo pretendido.

Partindo-se para o segundo elemento do *corpus*, o chamado “Trabalho Novo”,<sup>7</sup> elaborado a partir do Decreto N° 58.330/18 do Município de São Paulo consiste, basicamente, em fornecer oportunidade de emprego para pessoas em situação de rua e para alguns grupos sociais vulneráveis, por meio de uma parceria com empresas privadas, que destinavam certo número de vagas para esses indivíduos.

O Decreto em questão deixava expresso a necessidade de acompanhamento socioassistencial, tanto no que diz respeito a seleção dos candidatos, quanto para o acompanhamento e supervisão destes, durante o período de contratação.

Após pesquisa de campo<sup>8</sup>, foi constatado que, apesar da exigência expressa, o acompanhamento para a adaptação ocorreu de forma rápida e intensa, ocasionando em uma desistência por parte dos candidatos selecionados.

De acordo com uma pesquisa realizada em 2018, a população de rua adapta-se mais facilmente com trabalhos informais.<sup>9</sup> Isso ocorre, de acordo com Emília Estivalet Broide e Jorge Broide, pois a relação entre as pessoas em situação de rua com o tempo e ambiente se dá de maneira adversa daquela imposta pelo ambiente de trabalho e sociedade em geral. Quanto mais tempo um indivíduo passa vivendo nas ruas, maior é a liberdade que este experimenta perante a organização dos seus horários e comportamento social.

Logo, uma vez que ocorre esta mudança, é necessário que o período de adaptação ocorra de forma individualizada, atentando-se para as dificuldades e pontos positivos de cada ser humano envolvido no processo, a fim de que

---

7 SÃO PAULO. Decreto No 58.330, de 20 de julho de 2018. Institui o Programa Trabalho Novo no Município de São Paulo. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-58330-de-20-de-julho-de-2018/consolidado>> Acesso em: 24 nov 2020.

8 Os autores visitaram o Movimento Nacional dos Moradores de Rua em São Paulo, onde tiveram a oportunidade de conversar com seu Coordenador e em seguida com pessoas em situação de rua.

9 BROIDÉ, Emília Estivalet. BROIDE, Jorge. População de rua: pesquisa social participativa, censo, perfil demográfico e condições de vida na cidade de São Paulo. Paraná, Juará Editora, 2018.

sua inserção no mercado de trabalho ocorra de forma gradual e estável.

Vale-se ressaltar ainda, a necessidade do estímulo ao trabalho informal, como um meio alternativo mais eficaz, vez que propicia ao indivíduo uma maior autonomia para seguir os horários destinados ao trabalho.

## Conclusão

Conforme visto ao longo da pesquisa, restou comprovado ao menos duas teses referentes às medidas públicas ora analisadas e, diga-se de passagem, mesmo que inviável a análise de um *corpus* maior, esperamos que tais conclusões possam ser projetadas, ainda que parcialmente, a um número maior de casos. A primeira conclusão diz respeito ao necessário vínculo entre a garantia ao trabalho e a efetividade das medidas direcionadas às pessoas em condição de rua. Isso porque é por meio do trabalho que essas pessoas podem projetar um futuro mais digno, muitas vezes surgindo a partir daí uma noção de perspectiva diante das possibilidades que a vida pode oferecer-lhes. A segunda conclusão, por seu turno, diz respeito a uma particularidade das pessoas em situação de rua. No caso, a experiência vem mostrando que pessoas nessa condição tendem a se adaptar melhor a trabalhos informais. Por certo, disso não se pode depreender que as medidas governamentais se pautem por uma absoluta flexibilização das rotinas, até mesmo porque faz parte do trabalho uma certa noção de adequação e rotina. Entretanto, se medidas vindouras não se atentarem a essas singularidades, podem correr o risco de se tornarem letra morta, incapaz de produzir efeitos no plano fático.

Analisando-se a importância do estímulo ao trabalho como meio de ressocialização do indivíduo em situação de rua, vale destacar o que diz Emília Estivalet Broide e Jorge Broide:

*É possível perceber que o trabalho tem uma função de ancoragem, ou seja, se constitui como um elo da rede de apoio ao sujeito, fazendo um movimento que se contrapõe à queda. Nesse sentido, o trabalho se transforma em um laço do sujeito com a sociedade, com os pares e com as leis (BROIDE; BROIDE, 2018, pp.70-71).*

Alinhando-se com o trecho em destaque, podemos perceber também por meio de pesquisas, como elucidado no primeiro capítulo deste artigo, que o desemprego está atrelado com o crescimento da população de rua e que o trabalho desempenha um papel importante sobre a reinserção do indivíduo no mercado trabalho e na vida em sociedade.

Uma vez que é inegável a função do trabalho em todo esse processo de ressocialização, é de fundamental importância que o Estado se posicione diante de tal problemática, estimulando, por meio de medidas públicas, projetos que visem reinserir o indivíduo em situação de rua no mercado de trabalho.

No entanto, o Poder Público deverá se ater às dificuldades a serem en-

frentadas durante o período de adaptação de cada pessoa, cabendo destacar, como elucidado no segundo capítulo do presente artigo, a ruptura sobre as noções de tempo e espaço da população de rua quando expostas a um formal ambiente de trabalho e a necessidade de haver uma preparação para que o indivíduo consiga ter plena capacidade de realizar as funções designadas. Importante salientar que quando se fala de ressocialização, o destinatário de tais medidas públicas, são os seres humanos que, em muito dos casos, já passaram por situações que os fizeram se afastar do convívio em sociedade. Dentre estas, podem ser citadas a título de exemplo, os conflitos familiares e a dependência química. Como são pessoas, e não apenas números, os indivíduos em situação de rua, como todo ser humano, possuem suas dificuldades. Entretanto, vale-se ressaltar que estas se restarão agravadas pela situação e momento em que essas pessoas vivem.

Portanto, presume-se a necessidade de um período razoável de adaptação, em conjunto com um acompanhamento psicossocial individualizado e medidas alternativas, tais como o estímulo ao trabalho informal. Para tanto, é necessário ressaltar a relevância do Direito, em seu aspecto legiferante, que deve levar em consideração outras áreas da ciência, especificamente – no caso das pessoas em situação de rua – maior destaque para o Serviço Social e a Psicologia, como instrumentos aptos a garantir a eficácia da norma no plano fático.

A reinserção das pessoas em situação de rua encontra respaldo constitucional no dever do Estado de garantir a preservação da dignidade da pessoa humana, que em última instância, é fonte de irradiação dos direitos fundamentais. Para isso, é necessário se ter em mente que há um longo e árduo caminho a ser trilhado e como primeiro passo, é necessário que a máquina pública e a sociedade passem a tratar do assunto com a sensibilidade que o tema demanda, dando voz aos mais variados campos do conhecimento.

## Referências

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer**. 2a Ed. Belo Horizonte, MG. Editora UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Luana Padilha; DA COSTA, Samira Lima; MARQUETTI, Fernanda Cristina. **A rua tem um ímã, acho que é a liberdade: potência, sofrimento e estratégias de vida entre moradores de rua na cidade de Santos, no litoral do Estado de São Paulo**. Saúde Soc. São Paulo, v.23, n.4, p.1248-1261, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BEDETTI, Renzo; MOREIRA, Lucas Cerqueira Montal. **O Agasalho Legislativo Aos Desagasalhados: Análise Do Ingresso De Pessoas Em Situação De Rua No Mercado De Trabalho Mediante PL 2470/07. Iniciação Científica.** Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao1988.html](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html)>: Acesso em 04 out 2020.

BRASIL. **Lei de Licitações – Lei Nº 8666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 04 out 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei Nº 2470, de 22 de novembro de 2007**. Altera a Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, “que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, para incluir, como requisito para licitação de obras ou serviços, que o vencedor da licitação admita trabalhadores em situação de rua e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 31 ago 2020.

BROIDE, Emília Estivalet. BROIDE, Jorge. **População de rua: pesquisa social participativa, censo, perfil demográfico e condições de vida na cidade de São Paulo.** Paraná, Juará Editora, 2018.

BULOS, Uadi, L. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ECO, Umberto. **Como fazer uma tese em ciências sociais**. São Paulo: Perspectiva, 1995 (1977).

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. “População em situação de rua”; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/brasil/populacao-situacao-rua.htm>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

FERNANDES, Bernardo, G. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

JAYME, Fernando Gonzaga. A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, 2008.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LEITE, George Salomão. Do controle de constitucionalidade e tipologia da inconstitucionalidade dos atos estatais. In: **Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional**. Salvador: Podivm, 2008.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. Pesquisa realizada pela Fundação Instituto de Pesquisas

Econômicas (FIPE) em conjunto da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS), 2015 Disponível em [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/00publicacao\\_de\\_editais/0005.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/00publicacao_de_editais/0005.pdf) Acesso em: 24 ago 2020.

MENDES, Gilmar, F.; BRANCO, Paulo, G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PEDRO, Lenza. **Direito Constitucional Esquemático**. 15a Ed. revista atualizada e ampliada, Editora Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 10a Ed. São Paulo, SP. Editora Saraiva, 2017.

PORFÍRIO, Francisco. “Direitos Humanos”; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/direitos-humanos.htm>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

REDIN, Giuliana. **Direitos Humanos e Espaço Público**. Florianópolis: Ed. Conceito Editorial, 2013.

Rua: aprendendo a contar. **Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2009 Disponível em: <[http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Livros/Rua\\_Aprendendo\\_a\\_contar.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/Rua_Aprendendo_a_contar.pdf)>. Acesso em: 15 set 2020.

SÃO PAULO. **Decreto No 58.330, de 20 de julho de 2018**. Institui o Programa Trabalho Novo no Município de São Paulo. Disponível em:<<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-58330-de-20-de-julho-de-2018/consolidado>>Acesso em: 24 nov 2020.

SARLET, Ingo, W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10a Ed. Porto Alegre, RS. Editora Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. 2a Ed. Belo Horizonte, MG. Editora Forum, 2016.

Sem cumprir meta, ação de Doria para empregar morador de rua é extinta, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/semcumprir-meta-acao-de-doria-para-empregar-morador-de-rua-e-extinta.shtml> Acesso em 04 out 2020.

SENNETT, Richard. **The Corrosion of Character: The Personal Consequences of Work in the New Capitalism**. W. W. Norton & Company, 2000.

SILVA, José, A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41a Ed. São Paulo, SP. Editora Malheiros, 2018.

SILVA, Maria Lucia Lopes da. **Trabalho e população de rua no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2009, p. 284.

Desemprego chega a 13,8% no trimestre encerrado em julho, maior taxa desde

2012, 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29000-desemprego-chega-a-13-8-no-trimestre-encerrado-em-julho-maior-taxa-desde-2012>> Acesso em: 30 nov 2020.

# **CRIANÇAS E ADOLESCENTES, HIPERVULNERABILIDADE E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PANDEMIA**

**Michel Ernesto Flumian**

Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas. Doutorando em Direito - Direito do Estado – Programa de Doutorado Interinstitucional - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Mestre em Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito pelo Centro Universitário Toledo. Especialista em Direito Empresarial e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

## **Resumo:**

Declarada a Pandemia do novo coronavírus pela Organização Mundial da Saúde, inúmeras medidas de enfrentamento foram adotadas, tais como o isolamento social e fechamento de estabelecimentos públicos e privados, gerando imposições à criança e ao adolescente (adotando-se a classificação brasileira), eis que as medidas transformaram abruptamente o contexto em que vivem, e, poderiam significar um decréscimo de acesso aos direitos fundamentais desta categoria, a qual afirma-se hipervulnerável; sujeitando-as ao aumento de riscos de abuso infantil, negligências e violências com reflexos em seu desenvolvimento. O estudo se desenvolve a partir do método lógico-dedutivo, versado em revisão bibliográfica e análise qualitativa do arcabouço jurídico, dados históricos e contemporâneos quanto as suas vulnerabilidades e efetivação dos direitos fundamentais, reflexões que abrangem igualmente a construção da proteção integral e atingimento do melhor interesse da criança e do adolescente.

**Palavras-chave:** Doutrina da proteção integral; Eficácia dos direitos fundamentais; Melhor interesse da criança.

## **Introdução**

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional por conta do surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19), caracterizada pela OMS como pandemia em 11 de março de 2020. O impacto da nova doença reflete-se em diversas medidas de enfrentamento, as quais impõem,

por exemplo, o isolamento social, fechamento de estabelecimentos públicos e privados, quarentena de pessoas infectadas, o que por sua vez comina uma nova realidade, ainda que temporária, a grande parcela dos seres humanos.

A pesquisa, em especial, tratará das imposições à criança e ao adolescente (adotando-se a classificação brasileira), eis que as medidas transformaram abruptamente o contexto em que vivem, e, podem significar um decréscimo de acesso aos direitos fundamentais, – em suas diversas dimensões – desta categoria, a qual pode-se afirmar, hipervulnerável, sujeitando-as ao aumento de riscos de abuso infantil, negligências e violências com reflexos em seu desenvolvimento; problemas relativos à família, tais como a violência entre seus membros, separações, diminuição de acesso aos serviços sociais, à renda direta ou percebida na forma de pensão alimentícia.

O contexto expõe a infância e a comunidade aos riscos da escassez de recursos, à competição pelo seu acesso e à quebra de confiança, o que tem efeitos deletérios. A conjuntura justifica e permite um estudo qualitativo do arcabouço jurídico, dados históricos e contemporâneos quanto as suas vulnerabilidades e efetivação dos direitos fundamentais, reflexões que abrangem igualmente a construção da proteção integral e atingimento do melhor interesse.

Tendo como recorte o contexto citado inicialmente, objetiva-se a análise sobre a (in)dispensabilidade do cumprimento das normas de garantia de direitos fundamentais, sob a **ótica** do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Quanto ao princípio em si, assevera a doutrina que crianças e adolescentes devem ser tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, seja na confecção, seja na execução de medidas que lhes digam respeito a seus direitos, especialmente nas relações familiares e reconhecida como seres humanos em desenvolvimento e dotados de dignidade, impondo a pandemia uma difícil prova.

O estudo desenvolve-se a partir do método hipotético-dedutivo. A análise baseia-se em revisão bibliográfica, ponderação sobre as medidas estatais adotadas, bem como exame da legislação nacional e internacional, as quais, a princípio, sedimentadas e bem estruturadas quanto aos seus objetivos, porém, para o resultado final do presente trabalho, uma análise crítica de dados adequadas a dar o suporte prático necessário, servirão de baliza as tensões encontradas ao longo do estudo e perspectivas quanto à sua efetividade.

## **A Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da Criança: vetores que não admitem a omissão ou a negligência dos responsáveis**

O estudo dos indicadores sociais do Brasil, relatórios anteriores e posteriores à Pandemia da COVID-19 são, à princípio, instrumentos adequados para se traçar um panorama realista da infância e adolescência no Brasil, bem como desmistificar a falsa percepção de que possuem seus Direitos Funda-

mentais efetivados, a bem que se diga, é verdade, que nunca estiveram tão bem resguardados juridicamente.

A Convenção sobre os Direitos da Criança completou 30 anos em 20 de novembro de 2019 e é um marco por sua abrangência na promoção dos direitos da criança e articulação entre os atores responsáveis pela sua efetivação. Ademais, com exceção dos Estados Unidos da América que ainda não a assinou, são signatários da mesma 196 países, o que demonstra não apenas sua relevância como instrumento jurídico, mas também a importância conferida pelas nações a estes seres humanos em desenvolvimento, os quais antes mesmo da convenção já eram objeto de especial atenção, tal como na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas que proclama que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais e, antes disso, na Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, de 1924, e ainda, na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular, nos artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular, no artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança.

O isolamento social trouxe, ao menos por alguns meses, uma convivência diuturna entre membros das famílias, as quais desde a Convenção sobre os Direitos da Criança são reconhecidas como grupo fundamental da sociedade e *locus* para obtenção e promoção do bem-estar de seus membros, em especial das crianças e adolescentes, as quais recebem atenção especial no texto constitucional brasileiro. Assim, assevera o artigo 227:

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.

De tal modo, se torna possível a conjugação de princípios orientadores dos direitos da criança e do adolescente, os quais devem orientar todas as relações e situações que as permeiam. Não significa, por óbvio, que os princípios a seguir funcionam em detrimento de outros já reconhecidos, tal como o da Dignidade da Pessoa Humana. Em verdade, o robusto conjunto jurídico de normas e princípios deve operar em favor dos infantes, inclusive de modo a potencializar seus efeitos positivos e contribuir para o reconhecimento de seus valores de ser humano em desenvolvimento, descortinando qualquer manto que lhes cause invisibilidade política, social e econômica.

## O Princípio da Proteção Integral

A criança e o adolescente possuem peculiaridades que lhes são próprias e aqueles que atuam na área devem compreender que o princípio em tela visa justamente nos recordar e reafirmar que crianças e adolescentes devem ser considerados “pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, a quem se atribui a qualidade de sujeitos de Direito” (ZAPATER, 2019, p. 72), o que fora objeto da citada Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, que assim as reconhece de modo explícito e cujas opiniões devem ser ouvidas e respeitadas em todas as instâncias pertinentes (VERONESE, 2019, p. 15).

Afinal, uma extensa gama de vulnerabilidades sujeita as crianças e adolescentes, com a possibilidade de serem elas jurídicas, econômicas, sociais, técnicas e/ou psicológicas, sendo:

(...) inquestionável que a falta de maturidade física e intelectual da criança a coloca em situação especial de integral proteção na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana ainda em fase de desenvolvimento e, estando a criança e o adolescente nesta condição especial de maior vulnerabilidade é natural que seja destinatária de um regime especial de salvaguardas, cujas garantias são necessárias para a construção de sua integral potencialidade como pessoa (MACHADO, 2003, p. 109).

O Estatuto da Criança e do Adolescente consolidou a doutrina da proteção integral, ao afirmar em seu artigo 3º, que a criança e o adolescente, sem qualquer discriminação, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata o Estatuto. E ainda determina que lhes sejam assegurados, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento (físico, mental, moral, espiritual e social), em condições de liberdade e de dignidade.

A partir desse princípio, por exemplo, se pode exigir via mandado de segurança, vagas em creches, escolas públicas, acesso urgente aos serviços de saúde, restando claro que não são apenas disposições morais, mera retórica ou promessas vazias de conteúdo, mas exigências legais de um comportamento diferenciados pelos entes públicos, instituições e indivíduos (ZAPATER, 2019, p. 73). O que fora determinante inclusive para a mudança da legislação infraconstitucional sobre o assunto, tal como visto acima.

## O princípio da prioridade absoluta

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”, dita a Convenção sobre os Direitos da

Criança, em seu artigo 3º, I. O constituinte brasileiro transpôs para o artigo 227 que todos, sem exceção, devem atender, prioritariamente, o melhor interesse da criança e do adolescente, sendo este um dos “princípios informadores do Direito da Criança e do Adolescente, como reflexo do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e com âmbito reduzido de autonomia e ingerência de si próprio, que justifica a preferência a ser dada ao exercício de seus direitos (ZAPATER, 2019, p. 73).

Para alguns, dúvidas podem surgir de tal mandamento constitucional, eis que poder-se-ia afirmar certa incoerência com o próprio texto que muitas vezes fala sobre a igualdade, democracia e a promoção de justiça social para todos com fundamento na solidariedade entre as pessoas. Crê-se que vacilem no entendimento os mal informados, aqueles que negam a história e os que de alguma forma ainda não reconheçam no outro um ser humano dotado de igual dignidade, eis que passam pela história – pois não se encerraram - as lutas das mulheres, contra o racismo, a origem e também a das crianças e adolescentes. Assim, “todos temos direito à vida, à integridade física, à saúde, à segurança etc., mas os infantes e jovens precisam ser tratados em primeiríssimo lugar (seria em primeiro lugar, fosse apenas prioridade; porém, a absoluta prioridade é uma ênfase), em todos os aspectos”, de tal como que “precisam ser o foco principal do Poder Executivo na destinação de verbas para o amparo à família e ao menor em situação vulnerável; precisam das leis votadas com prioridade total, em seu benefício; precisam de processos céleres e juízes comprometidos” (NUCCI, 2018, p. 6).

Tal mandamento constitucional fora reproduzido também no artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a determinar que é “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos”, da criança e do adolescente. Assegura-se, por exemplo, a prioridade no recebimento de socorro, no atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, e ainda, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, com destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas às crianças e adolescentes.

## **Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**

Historicamente, afirma-se que sua origem está no instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, em que o Estado passava a tutelar e a ter a guarda daqueles incapazes juridicamente, dentre eles os menores sem responsáveis habilitados (AMIN, 2019, p. 77). A proteção especial semelhante à expressão que conhecemos surge na Declaração dos Direitos da Criança, proclamada em 1959, e fora reafirmada no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 ao assegurar que “§1º todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas,

tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão como consideração primordial os interesses superiores da criança”.

É com esse norte que na obra “Tratado de Direito de Família”, Paulo Lôbo afirma que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente significa que eles devem ser tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, seja na confecção, seja na execução de medidas que lhes digam respeito a seus direitos, especialmente nas relações familiares e reconhecidamente como seres humanos em desenvolvimento e dotados de dignidade (2015, p. 123).

Trata-se de princípio que determina excelência à seu favor em todos os casos, sejam eles de julgamentos, de legislação ou na formulação de políticas públicas, eis o que lhe for favorecer deve ser adotado, a exemplo do que ocorre quando o Judiciário enfrenta uma questão de divórcio em que há acordo da guarda dos filhos para um dos pais, mas que, porém, detecta-se que o outro atenderia melhor o superior interesse das crianças envolvidas, sendo determinante na decisão a posição que privilegia o melhor cumprimento de seus direitos fundamentais.

Importante, tal como menciona Camila de Jesus Mello Gonçalves (apud ZAPATER, 2019, p. 74), que se delimite “o alcance e a função de tal princípio para que seja possível evitar, em casos concretos, que o melhor interesse da criança e do adolescente seja interpretado a partir ‘daquilo que subjetivamente signifique o melhor interesse para o julgador’”, algo que pode-se estender para os outros atores envolvidos, de modo que seja garantido, tanto quanto possível, a oitiva do menor sua opinião e sua expressão quanto àquela circunstância, a exemplo de serem franqueadas exposições, participações e falas em audiências públicas ou acesso aos parlatórios, bem como e também na família (conceito de família democrática), e em respeito à sua progressiva autonomia.

Em tempos pandêmicos, é possível que *lockdowns*, isolamento social e a convivência forçada, tenham promovido ganhos em algumas relações, mas de igual modo podem ter se deteriorado, pelas mesmas razões e acrescidas pelas preocupações com a segurança, com a renda, a impaciência em tarefas confiadas a outras instituições, assim, é que ao invés de se garantir o bem estar das crianças e adolescentes, tenha havido um favorecimento ao abuso, o que feriria de morte os princípios e regras insculpidos no texto constitucional, tais como o da convivência familiar e (comunitária), do melhor interesse da criança, da prioridade absoluta e da proteção integral, uma vez que quanto mais intensas as relações, em maior quantidade e intensidade deveria o Estado reagir, visando que as famílias recebessem as informações e os instrumentos necessários para assunção de sua parcela de responsabilidade.

## **Retrato da infância durante a pandemia: alguns dados de pesquisas preliminares**

As medidas já mencionadas, de isolamento social, o medo da pandemia,

o aumento da carga de trabalho doméstico, a convivência mais intensa entre membros da família, de paralisação da atividade econômica por longo tempo, e, conseqüentemente a diminuição da renda, podem ser fatores de geração ou de agravamento de conflitos que em vários lares, de modo a atingir de forma mais contundente a população vulnerável, nela incluídas as crianças e adolescentes “gerando impactos nocivos no seu bem-estar e ambiente de proteção (...)” (END VIOLENCE AGAINST CHILDREN, 2020 apud NEHAB, 2020, p. 30-1), conforme estudo publicado pela Fiocruz (NEHAB, 2020, p. 30), que estima que:

(...) até 85 milhões de crianças e adolescentes entre 2 e 17 anos possam ter se somado às já vítimas de todos os tipos de violência física, sexual e psicológica nos primeiros meses de pandemia e as necessárias medidas de isolamento social, incluindo o fechamento de escolas, medida adotada em 177 países e que afetou 73% de toda a população estudantil mundial, fazendo com que a maior parte desta permaneça praticamente todo o período em confinamento familiar, como sinaliza um relatório da organização não governamental World Vision.

Recente pesquisa lançada pelo UNICEF, nominada “Impactos Primários e Secundários da COVID-19 em Crianças e Adolescentes - Relatório de análise 1ª Onda” (2020), cujos objetivos eram, primordialmente, de obter informações sob os impactos das medidas de prevenção do COVID-19 na vida de crianças e suas famílias, bem como identificar dificuldades das famílias no acesso a direitos fundamentais, tais como informação, saúde, educação, segurança alimentar, acesso aos recursos financeiros, proteção contra a violência contra Crianças, desenvolvimento da primeira infância e água, saneamento e higiene, notifica que as informações relacionadas à COVID-19 chegam de forma desigual as famílias brasileiras, por exemplo, analisando-se os dados por região e escolaridade, a pesquisa aponta que a maior parcela dos que não receberam informações relacionadas à doença estão na região Sul. E ainda, verifica-se que quanto maior o nível de escolaridade e classe, maior a proporção daqueles que receberam informações sobre os riscos e complicações da doença. A pesquisa, porém, não consegue dizer se as comunicações partem unicamente de entes estatais ou que elas sejam plenamente confiáveis (2020, p. 27).

Quanto à saúde, a pesquisa indica a necessidade de se facilitar o acesso ao atendimento de saúde e a fontes de informação confiáveis em caso de sintomas, eis que 43% da população com 18 anos ou mais não buscou nenhum tipo de informação ao sentir um dos sintomas da COVID-19. A pesquisa ainda confirma a baixa proporção de pessoas testadas no país, o que de uma certa forma reflete na abordagem da doença, políticas públicas e uso de recursos (UNICEF, 2020, p. 7-8), impactando inclusive a contaminação e propagação da doença, uma vez que os serviços de água, saneamento e higiene mostraram-se mais problemáticos nas regiões Norte e Nordeste do país, o que pode ex-

plicar, ao menos em parte, o fato de terem sido mais afetadas pelos impactos secundários da COVID-19. (UNICEF, 2020, p. 9-10).

E ainda, conforme esperado, se confirma um forte impacto da Pandemia de COVID-19 na renda da população e a pesquisa aponta um impacto especial na renda familiar daquelas pessoas que residem com crianças ou adolescentes e ressalta a importância de políticas emergenciais como o auxílio emergencial do governo federal. Os dados revelam ainda outras facetas, as quais são preocupantes, eis que ao menos em 50% das famílias que recebem o bolsa família, os alimentos acabaram em determinado momento e não havia dinheiro, situação de insegurança alimentar, a qual ainda se revela mesmo com a possibilidade de compras, eis que o consumo de produtos industrializados, principalmente, entre as famílias com crianças e adolescentes até 17 anos, sofreu um aumento, sendo necessária a investidas em políticas relacionadas com alimentação saudável, de modo a afastar aumentos de situação de subnutrição ou sobrepeso e obesidade entre os menores (UNICEF, 2020, p. 28-9). Já no tocante à educação:

Ainda que a maioria dos residentes com crianças e adolescentes em idade escolar que estavam matriculadas na escola antes da pandemia tenha afirmado que elas continuaram realizando atividades durante o período da pandemia de COVID-19 no Brasil, os cerca de 4 milhões de residentes com crianças ou adolescentes de 4 a 17 anos que relataram que elas não realizaram atividades escolares à distância servem de alerta para mostrar que há margem para um agravamento da situação de exclusão no acesso à educação de crianças e adolescentes em idade escolar em função das consequências trazidas pela pandemia (UNICEF, 2020, p. 29).

No que diz respeito à violência, a pesquisa teve que tangenciar o tema, em razão da dificuldade de ser reportado, de modo que os dados são sobre a variação no consumo de substâncias nos domicílios, a mudança nas relações entre moradores e a existência de momentos de tensão entre os moradores de um domicílio. Em proporção que equivale a aproximadamente 50 milhões (32%) de brasileiros, fora reportado o aumento no consumo de substâncias tais como: medicamentos, álcool ou tabaco entre os familiares desde o início da pandemia. “No que concerne às relações entre pessoas do mesmo domicílio durante o período da pandemia, para a maioria as relações não mudaram (74% da população brasileira com 18 anos ou mais), enquanto para 15% passaram a acontecer mais momentos de tensão ou discussão” (UNICEF, 2020, p. 26), não havendo real diferença entre aqueles residentes ou não com crianças e adolescentes.

Os dados, ainda relativos à primeira rodada, cuja atuação em campo fora entre 03 e 18 de julho de 2020, conjuntamente com outras fontes apontadas, são relevantes quanto aos seus resultados e possuem qualidades aptas a demonstrar o quão necessárias são iniciativas aptas a debelar não somente a

doença, mas os males instalados a partir da ocorrência da mesma. Irrazoável e irresponsável é a omissão e a falta de articulação das instituições estatais, uma proximidade maior com a sociedade e com as famílias, não havendo a notícia de que em novembro de 2020 já haveria um plano no país, articulando as várias dimensões de direitos (e suas respectivas pastas governamentais) nos vários níveis de Estado, em conjunto com os demais corresponsáveis pelos direitos da criança e do adolescente.

## **Efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em tempos de pandemia**

Miguel Calmon Dantas, em linhas introdutórias de sua obra *Constitucionalismo Dirigente e pós-modernidade* assevera que em Estados de capitalismo periférico (em vias de desenvolvimento) o Estado Social, quaisquer que fossem suas manifestações, quer como *Welfare State*, quer como *L'État Providence*, quer como Estado Social propriamente dito, não lograram o devido desenvolvimento e implementação (2009, p. 2).

E um dos obstáculos para a defasagem entre as promessas emancipatórias do Estado Social e a realidade circundante consistiu justamente na incapacidade da ciência jurídica em operar e extrair dos textos constitucionais sociais toda a sua potencialidade normativa destinada à redistribuição da riqueza e redução das desigualdades sociais, com a promoção dos objetivos porventura consagrados (*idem*).

De fato, a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo não passa de esperança, aspiração, ideia, impulso, ou, até, por vezes, mera retórica política se não lhe for assinalada “a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”, quando aí estarão protegidos “sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional”. Para Canotilho (2006, p. 377), se faz necessária uma teoria dos direitos fundamentais concorrente com o padrão constitucional adotado pela República e que se propõe a instaurar um Estado Democrático de Direito, no qual a consagração dos Direitos e Garantias Fundamentais ocupa uma posição de destaque (GUERRA FILHO, 2005, p. 30).

Vale dizer que os direitos fundamentais e, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana a que se referem, são indissociáveis, estando no centro do discurso jurídico constitucional e conforme destaca Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2016, p. 57) com impulso extraordinário após as Grandes Guerras, e ainda como forma de responder aos novos desafios, sobretudo pelo esgotamento dos recursos naturais, a falta de equilíbrio das economias e da renda per capita entre as populações de nações desenvolvidas e a de países pobres.

Ganha de tempos em tempos à mídia, a retórica de que a constituição brasileira, por seu grande número de disposições, só possui direitos e não de-

veres. Não fora diferente nestes últimos meses, de tal modo que aqueles que se alinham ao discurso do Governo Central, defendem que a Constituição como está, torna ingovernável o país, porém, além de representar ataque a uma Carta garantista de direitos fundamentais, desacredita e descredibiliza a luta e o discurso daqueles que buscam por uma orientação superior de aplicação do texto e seu elenco de direitos fundamentais. Ocorre que tal discurso não é novo, tal como se afere em texto de Gilberto Bercovici e Luis Fernando Massonetto:

A crítica feita à constituição dirigente pelos autores conservadores diz respeito, entre outros aspectos, ao fato de a constituição dirigente “amarrar” a política, substituindo o processo de decisão política pelas imposições constitucionais. Ao dirigismo constitucional foi imputada a responsabilidade maior pela “ingovernabilidade”<sup>1</sup>. O curioso é que os críticos entendem que são apenas os dispositivos constitucionais relativos a políticas públicas e direitos sociais que “engessam” a política, retirando a liberdade de atuação do legislador. Com efeito, os mesmos críticos da constituição dirigente são os grandes defensores das políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais. No que respeita à imposição, pela via da reforma constitucional e da legislação infraconstitucional, das políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de isolamento da constituição financeira relativamente à constituição econômica, de nenhum dos críticos veio qualquer manifestação de que se estava “amarrando” os futuros governos a uma única política possível, sem qualquer alternativa. (2006, p. 72-3)

A experimentação desse recrudescimento não encontra, em todo caso, permissão para ocorrer, sobremaneira quando a situação importa em prejuízo direto ou indireto à criança e ao adolescente, dada a essencialidade de tais direitos, impedidos de serem objeto de retrocesso constitucional e de efetivação. Assim, cabe ao Estado, mesmo em momento de crise, diligenciar em busca de recursos e realização de políticas públicas que possam aplacar as dificuldades pelas quais passam os menores brasileiros, sob pena de equiparar-se ao estado de coisas inconstitucional, tal como se arregimenta da doutrina colombiana, sobretudo após a declaração feita em julgamento acerca da população deslocada pela Corte Constitucional daqueles país. Ocorre que sequer os entes públicos em diversas esferas se entendem quanto o modo de agir e às necessidades de enfrentamento da pandemia, quicá de deveres relativos as crianças

1 Vide Diogo de Figueiredo MOREIRA Neto, “Desafios Institucionais Brasileiros”, in Ives Gandra MARTINS (org.), **Desafios do Século XXI**, São Paulo, Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, 195-198 e Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, **Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)Governabilidade Brasileira**, São Paulo, Saraiva, 1995, 5, 21-23 e 142. Ainda sobre este debate, vide Gilberto BERCOVICI, “A Problemática da Constituição Dirigente...”, cit., 39-40 e José Joaquim Gomes CANOTILHO, “A Constituição Européia entre o Programa e a Norma”, in Antonio José Avelãs NUNES & Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (orgs.), **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, 15-22.

e adolescentes, tal como se verifica em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 672/DF, no qual se discutiu a possibilidade dos Estados agirem de forma diferente da União quanto as medidas de controle da pandemia (reconhecidamente contrário à ciência em algumas pretensões), de modo a concluir que o Poder Executivo Federal, a par do dever de exercer papel central no planejamento e coordenação das ações para debelar a pandemia, não pode afastar, unilateralmente, medidas com eficácia reconhecida adotadas por Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Quanto às crianças e adolescentes, fora ventilada pela mídia a ação civil pública da Defensoria Pública e do Ministério Público do Estado de São Paulo que visava garantir a extensão a todos os estudantes, mesmo com a suspensão das aulas, a alimentação escolar, eis que o previsto no Decreto Estadual nº 64.891/2020 (Programa Merenda em casa) e na Resolução SEDUC/SEE 40/2020, e na Instrução Normativa SME nº 14/2020, restringiriam o direito constitucional e legal à alimentação a aproximadamente 20% (vinte por cento) dos escolares. Houve decisão favorável em primeira instância, porém, recurso julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou os efeitos da cautelar deferida, tendo como foco o fato “de gerar risco de lesão à ordem pública, assim entendida como ordem administrativa geral, equivalente à execução dos serviços públicos e ao devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas” (SÃO PAULO, 2020, p. 3), sem considerar explicitamente na decisão quaisquer dos direitos ali buscados pelos órgãos representantes dos menores, tais como a alimentação, saúde, prioridade absoluta, melhor interesse e proteção integral.

Certos acontecimentos, os quais são reconhecidamente contrários à Constituição e que importam em vulnerações massivas de direitos e princípios consagrados na mesma, necessitam que as autoridades, dentro de suas competências, adotem em razoável lapso temporal, as medidas necessárias para correção ou superação daquela situação, conforme mecanismo e/ou técnica jurídica criada pelas cortes (LYONS, MONTERROZA, MESA, 2011, p. 71-2). Nas palavras de Couto (2018, p. 19-20), trata-se de uma situação fática, a qual emerge da comparação de momentos históricos ou daquilo que fora determinado constitucionalmente com a situação vivenciada, de modo a exigir intervenção do Poder Público, sob pena de abertura de campo para o ativismo judicial.

E ainda que se instaure certa polêmica, pressupõe-se que o Judiciário, ao reconhecer uma situação grave de inefetividade dos direitos fundamentais, mostra-se muito mais comprometido com a sociedade e com os mais vulneráveis, havendo a assunção de um papel que ultrapassa os limites da lide, de modo a exigir o trabalho conjunto de diferentes órgãos e entes públicos, visando modificar realidades abertamente contraditórias ao Estado de Direito Social como o nosso (LYONS, MONTERROZA, MESA, 2011, p. 72-3).

## Considerações Finais

Praticar a proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes, parece ser essa a tônica não somente do ordenamento jurídico (nacional e internacional), mas de toda escolha consciente, o que se verifica não somente pela grandiosidade de adesões ao sistema internacional de proteção dos direitos da criança, mas também pelas escolhas legislativas, sociais e familiares, de modo geral.

A pandemia e suas consequências perversas, ainda que aparentemente possam ter reunido por mais tempo os familiares e suas crianças, não pode servir de pretexto para qualquer daqueles implicados na proteção e garantia dos direitos dos mesmos, justificar a falta de iniciativas plurais, a exemplo do que seria propagandar em jogos e aulas *online* (para aqueles que chegaram a ter efetivamente) direitos, caminhos e soluções plausíveis para os problemas vivenciados ou intensificar o envio de agentes de saúde, de educação e/ou fiscais, por exemplo, de modo virtual ou presencial (com os devidos cuidados), devidamente capacitados para apreender as informações necessárias junto àquela família ou comunidade, repassando suas informações as autoridades, as quais devem tabular os dados e atuar com o correto direcionamento de recursos (pessoais e materiais), bem como a destinação de políticas públicas (com tempo certo ou duradouras), que sejam capazes de debelar a incongruência e a desconexão entre o legislação, o discurso e a prática de efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, com absoluta prioridade e integralmente.

A intensidade dos acontecimentos nos recorda o quanto é vulnerável a vida, a integridade, a saúde e o bem-estar, mas não somente daqueles em idade adulta, os responsáveis pelas decisões com relação aos infantes, nos recorda o quanto são extremamente vulneráveis, aqueles que não dependem apenas de uma vacina, de um medicamento, de uma equipe de saúde bem treinada, mas do básico, que possa ser fazer chegar ao infante mais novo, a água e o alimento necessário, o respeito e o aconchego para o sopro de vida necessário a mais um dia de existência.

## Referências

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 67-81.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis Fernando. A constituição dirigente invertida: a cegueira da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas** 49 (2006), Universidade de Coimbra, pp. 57-77.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 672/DF. Relator.: Min. Alexandre de Moraes. Repte.: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intdo.: Presidente da República,

Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, Processo Eletrônico, DJe-260, public 29-10-2020. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false> Acesso em 12 nov. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006.

COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos Direitos fundamentais no “estado de coisas inconstitucional”**. Dissertação de Mestrado. UFBA, 2018, 151p.

DANTAS, Miguel Calmon **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15ª edição. Saraiva, 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/> Acesso em 05 set. 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en colombia. In **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**. ISSN 2145-6054, ISSN-e 2256-2796, Vol. 3, N.º. 1, 2011, págs. 69-80. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf> Acesso em 23 set. 2020.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e os Princípios Constitucionais. In **Tratado de Direito das Famílias**. Rodrigo da Cunha Pereira (org). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 101-132.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

NEHAB, Márcio Fernandes (org). **Covid-19 e saúde da criança e do adolescente**. IFF - Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira da Fundação Oswaldo Cruz (IFF/Fiocruz). Disponível em <https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/covid-19-saude-crianca-adolescente.pdf> Acesso em 04 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979959/>. Acesso em: 14 jun 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Suspensão de liminar Processo n. 2069336-62.2020.8.26.0000**. Requerentes: Estado de São Paulo e Município de São Paulo Requerido: Juízo de Direito da 12ª Vara da Fazenda Pública Comarca de São Paulo; julgador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, p. 17/04/2020.

UNICEF. **Impactos Primários e Secundários da COVID-19 em Crianças e Adolescentes - Relatório de análise 1ª Onda**. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/media/11331/file/relatorio-analise-impactos-primarios-e-secundarios-da-covid-19-em-criancas-e-adolescentes.pdf> Acesso em 06 nov. 2020

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Convenção sobre os direitos da criança: 30 anos.** Salvador: Editora Jus Podium, 2019.

ZAPATER, Maira. **Direito da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

# DIREITO E DESIGUALDADE NO BRASIL EM PANDEMIA

**Francis Ted Fernandes**

Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Administração de Organizações pela Fundação para Pesquisa e Desenvolvimento da Administração, Contabilidade e Economia da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo. Advogado atuante no Brasil na área de resolução de conflitos: contencioso e arbitragem

## **Resumo:**

Uma das principais polêmicas que envolvem o conceito de direito ao longo dos tempos tem sido a relação entre o direito e a moral. De acordo com a concepção positivista, o conceito de direito deve ser determinado independentemente de elementos morais. Nesse caso não existe conexão necessária entre o direito e a moral, de forma que todo e qualquer conteúdo pode ser direito. Por outro lado, as teorias não positivistas se preocupam com o conteúdo do que é ou não direito, de forma que um suposto direito aberrantemente injusto não pode ser considerado direito. No Brasil de 2020, durante a pandemia desencadeada pela Covid-19, resta saber se o que é direito comportará uma abertura aos princípios éticos correlacionados à dignidade da pessoa humana, positivados em nossa Constituição Federal, ou, por outro lado, se fechará às regras que apascentam interesses de algumas classes dominantes e, na maioria das vezes, econômicos.

**Palavras-chave:** Princípios; Justiça; Desigualdade; Covid-19; Aberrante Injustiça.

## **O retorno cíclico ao problema do direito e sua relação com a moral**

Uma das principais polêmicas que envolvem o conceito de direito ao longo dos tempos tem sido a relação entre o direito e a moral. De acordo com a concepção positivista, o conceito de direito deve ser determinado independentemente de elementos morais. Nesse caso não existe conexão necessária entre o direito e a moral<sup>1</sup>, de forma que “todo e qualquer conteúdo pode

---

1 ALEXY, Robert. *O conceito e validade de direito*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón Valdés (Org). *O conceito e validade de direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.3.

ser direito”<sup>2</sup>. Por outro lado, as teorias não positivistas se preocupam com o conteúdo do que é ou não direito, de forma que um suposto direito aberrantemente injusto não pode ser considerado direito.

O positivismo jurídico passou por uma crise decorrente do segundo pós-guerra, oportunidade em que se verificou que referida doutrina, que separava o direito e a moral, acabou por situar os valores como juízos arbitrários, relativos e subjetivos, sem conexão com o direito, promovendo a obediência cega à lei, o que terminou por legitimar, mesmo que involuntariamente, uma das maiores catástrofes mundiais: o Holocausto (MARTINS, 2012, p. 67).

Para o pensamento positivista predominante no período anterior ao segundo pós-guerra, o direito positivo não deveria se ocupar de questões sobre a moralidade ou imoralidade do direito positivo, a justiça ou injustiça do texto legal, sob pena de se abrir espaço para interpretações arbitrárias do direito. Havendo uma prescrição legal, ela deveria ser observada, independentemente de questionamentos sobre sua moralidade ou justiça. Essa filosofia de observância lógica à lei, sem observância aos valores, justiça, ou à moral, terminou por legitimar atos bárbaros e arbitrários, de forma involuntária, como ponderam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p. 65-66):

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

---

2 O sistema jurídico de normas se apresenta como uma ordem que tem caráter eminentemente dinâmico, já que uma norma jurídica vale não porque tem um determinado conteúdo, mas porque encontra validade numa norma fundamental pressuposta. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito. A norma fundamental é o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo. Não é uma norma posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta. O fundamento de validade de uma norma jurídica leva à recondução e à norma fundamental. A estrutura da ordem jurídica é piramidalmente escalonada até alcançar a norma fundamental (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 221).

Oportuno frisar que não se está admitindo que a escola positivista deliberadamente apoiou e legitimou juridicamente práticas nazistas, mas, por outro lado, com seu ideal de manter afastada, no ato de interpretação do direito, a discricionariedade do intérprete, tentando reduzir este processo à uma operação lógica, de caráter subsuntivo e silogístico, sem maiores questionamentos sobre a justiça ou injustiça de determinado texto normativo, acabou por aceitar como legal uma conduta sem questionar se ela guardaria conformidade com quaisquer valores humanos, que norteavam a vida em sociedade, ou mesmo, sua relação com a justiça.

Idealizado com o objetivo precípuo de evitar arbítrios do intérprete do direito, cometidos a partir de decisões altamente discricionárias<sup>3</sup>, o positivismo se via tomado por um grave problema: a obediência à lógica da legalidade que autorizava aberrantes injustiças, como aquelas praticadas durante o regime nazista, como se pode citar “[...] o §2 do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941 (RGBl. [Reichsgesetzblatt, Diário Oficial do Reich] I, p. 722) que privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados”, por motivos racistas (ALEXY, p. 6). Neste caso, o positivismo lógico se mostrava insuficiente para resolver a situação, ante a aberrante injustiça desencadeada pela aplicação texto legal, cuja literalidade foi superada pelo Tribunal Constitucional Alemão por decisão exarada em 1968, enquanto ainda vigorava formalmente (e veio a ser considerado nulo, posteriormente) o texto de lei racista, conforme podemos verificar na citação de Alexy (2009, p. 8) abaixo:

---

3 Uma contradição às bases do seu pensamento é aquela que, segundo o próprio Kelsen defende, o juiz é um criador de direito, relativamente livre, já que a norma individual a ser alcançada é sempre buscada por meio do preenchimento da moldura da norma, numa função voluntária. Admite-se, ainda, a produção de uma norma fora da moldura da norma, criando-se direito novo. Conforme Kelsen declara: “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecto, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo. [...] Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. [...] A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2009, p. 389-394).

O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídica. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE [Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal] 3, 225 (232)).

Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos “jurídicos” nacional socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)). O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo ab initio (cf. BGH, RzW [Bundesgerichtshof, Rechtsprechung zur Wiedergutmachungsrecht, Decisões do Supremo Tribunal de Justiça alemão sobre o direito de reparação], 1962, 563, BGHZ [Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Decisões em matéria cível do Supremo Tribunal de Justiça alemão] 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)). Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas das pessoas atingidas pela “desnaturalização” declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada.

O julgado acima reproduzido retrata a inclinação do Tribunal Constitucional Alemão de adotar a prática de julgamento que preconizava, no caso de aberrante injustiça, que o deontico poderia ser desconstituído, prevalecendo os princípios de justiça. A valoração do texto legal posto, como justo ou injusto, ou, ainda, a admissão da existência de valores no sistema jurídico e a interligação entre direito e a moral, são algumas das características do pós-positivismo, corrente do pensamento que admitia a existência e aplicação dos princípios.

### **A desigualdade como aberrante injustiça legitimada pelo direito no Brasil em pandemia. As regras como resultado de uma vontade pervertida de poder**

No Brasil de 2.020, durante a pandemia desencadeada pela Covid-19, resta saber se o que é direito comportará uma abertura aos princípios éticos correlacionados à dignidade da pessoa humana, positivados em nossa Constituição Federal, ou, por outro lado, se fechará às regras que apascentam interesses de algumas classes dominantes e, na maioria das vezes, econômicos.

Poderia se ponderar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional

Alemão, depois do segundo pós-guerra, era extremamente específica ao des-  
construir normas aberrantemente injustas, que ratificariam condutas desu-  
manas e crimes ocorridos durante a guerra, motivo pelo qual a situação não  
se compararia ao direito influenciado pelo combate à Covid-19, no Brasil de  
2.020. No entanto, a pandemia tem jogado luzes e desvelado situações que  
podem ser não comparáveis, mas também não são menos desumanas, não  
menos terríveis, e hoje banalizadas no nosso país como se fossem simples fa-  
tos da vida, situações essas que se degradarão ainda mais durante esse período  
extremo. Citemos algumas delas:

- O rendimento médio mensal de trabalho da população 1% mais rica foi quase 34 vezes maior que da metade mais pobre em 2018. Isso significa que a parcela de maior renda arrecadou R\$ 27.744 por mês, em média, enquanto os 50% menos favorecidos ganharam R\$ 820. Esse número trata da renda das pessoas empregadas, frisa-se. Contando todos os brasileiros, 50% da população, ou seja, aproximadamente 104 milhões de pessoas, sobrevivem com menos que R\$ 500,00 por mês<sup>4</sup>;
- Quase a metade dos brasileiros, aproximadamente 100 milhões de pessoas, não têm acesso à rede de esgoto tratada.<sup>5</sup> Isso significa que a saúde desse grupo de pessoas está muito mais exposta ao contágio de doenças decorrentes da falta de saneamento básico; e essas pessoas sobrevivem sem o mínimo vital, que deve ser protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana;
- Aproximadamente 60 milhões de pessoas estão inscritas nos cadastros de proteção ao crédito, ou seja, estão extremamente endividadas, com sua capacidade de compra a prazo colapsada, o que significa uma mitigação profunda da sua condição de ser humano, que nos dias de hoje também está ligada ao poder de compra;<sup>6</sup>
- O nosso país, que está entre as dez maiores economias do mundo, paradoxalmente é o sétimo país mais desigual do mundo. Apenas o Catar tem maior concentração de renda entre o 1% mais rico da população do que o Brasil. “A parcela dos 10% mais ricos do Brasil concentram 41,9% da renda total do país, e a parcela do 1% mais rico concentra 28,3% da renda. No Catar, a parcela do 1% mais rico concentra 29% da renda do país<sup>7</sup>.”

Todos esses fatos não são considerados ilegais. Tratam-se de aberrantes

---

4 <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25702-renda-do-trabalho-do-1-mais-rico-e-34-vezes-maior-que-da-metade-mais-pobre>

[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/30/economia/1572454880\\_959970.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/30/economia/1572454880_959970.html)

5 <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49399768>

6 <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/15/mais-de-62-milhoes-de-brasileiros-encerram-2018-com-o-nome-sujo-diz-spc.ghtml>

7 <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2019/12/09/brasil-e-o-7-mais-desigual-do-mundo-melhor- apenas-do-que-africanos.htm>

injustiças legitimadas pelo direito. Contrastando com esse Brasil miserável, estão 4 (quatro) bancos, que distribuíram R\$ 58 bilhões em dividendos e juros sobre capital próprio no ano de 2019<sup>8</sup>, o mesmo setor que fez propaganda segundo a qual apoiaria a população endividada durante a pandemia da Covid-19, mas, ao que parece, além de não fazê-lo, aumentaram os juros decorrentes das prestações atrasadas pelos devedores durante esse momento extremo.<sup>9</sup> E aqui um contraponto: o direito brasileiro legitima o fato de 4 (quatro) bancos lucrarem R\$ 58 bilhões em um ano.

E a legitimação da desigualdade pelo direito é incompatível com a justiça social, já que o referido processo faz com que os patrimônios originados no passado se recapitalizem em maior escala, mantendo os ricos cada vez mais ricos e os pobres, assalariados ou informais, cada vez mais pobres e dominados pelos donos do poder econômico, problema bem denunciado por Thomas Piketty (2014, p. 555):

A desigualdade  $r > g$  faz com que os patrimônios originados no passado se recapitalizem mais rápido do que a progressão da produção e dos salários. Essa desigualdade exprime uma contradição lógica fundamental. O empresário tende inevitavelmente a se transformar em rentista e a dominar cada vez mais aqueles que só possuem sua força de trabalho. Uma vez constituído, o capital se reproduz sozinho, mais rápido do que cresce a população. O passado devora o futuro. As consequências podem ser terríveis para a dinâmica de longo prazo da divisão da riqueza, sobretudo se adicionarmos a isso a desigualdade do rendimento em função do tamanho do capital inicial e se esse processo de divergência das desigualdades dos patrimônios se estender para uma escala mundial.

Nesse cenário de aberrantes injustiças, alguns questionamentos parecem ser oportunos sobre o tema, a saber: a) se optará pelo silêncio da obediência cega à lei que legitima esse processo de desigualdade, com lucros exorbitantes para poucos e extrema pobreza para muitos? b) ao contrário, considerando que o ato de dizer o direito tem como pressuposto que esse direito contenha princípios de ética e justiça, com respeito à dignidade humana, deve-se optar por afastar essa injustiça extrema?

O que se propõe é deslocar o foco mais para as perguntas do que para as respostas. Se as perguntas feitas forem corretas, podemos chegar a uma verdade subjetiva, que pode se interconectar com outras verdades, criando não uma unanimidade, mas um caminho que leve a algo próximo de um consenso, que gere uma ação concreta da sociedade e afete positivamente o maior

8 <https://www.infomoney.com.br/mercados/quatro-maiores-bancos-brasileiros-da-bolsa-distribuiram-r-58-bi-em-dividendos-em-2019-itau-lidera-lista/>

9 <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/12/justica-determina-que-bancos-esclarecam-propaganda-enganosa.htm>  
<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/26/coronavirus-juros-alta-prazo-corte-linha-credito-antecipacao-recebivel.htm>

número de pessoas.<sup>10</sup>

As respostas às perguntas acima devem considerar o problema relativo à legitimação da desigualdade pelo direito. Essa desigualdade que configura uma aberrante injustiça é legitimada pelo direito que garante o enriquecimento pelos bancos e outras classes dominantes, em detrimento da população pobre e endividada, que não encontra em seus legisladores mecanismos para suplantarem essa forma de dominação. Parece claro que os bancos e outras classes dominantes encontram mais respaldo nos legisladores do que os pobres, já que bancam as campanhas eleitorais de vários desses legisladores, que obviamente tenderão a defender os interesses das referidas classes no parlamento.

Não raramente alguns desses mesmos legisladores que são bancados por uma minoria se envolveram em escândalos comprovados sobre a venda de votos para aprovações de leis no parlamento, o que no Brasil ficou conhecido como o escândalo do mensalão.<sup>11</sup> Muito do que é considerado direito no Brasil de 2.020 é resultado da vontade de poder de alguns poucos, que bancam as campanhas dos legisladores e até mesmo compram seus votos, de forma direta. Os legisladores literalmente se vendem aos interesses de poucos, buscando se perpetuar no poder e sucumbindo a ele, o que é uma verdadeira tragédia, como pondera Fábio Konder Comparato (2006, p. 591):

No limite - e aí está a verdadeira tragédia -, todo aquele que exerce um poder despido de freios ou mecanismos de controle corre o risco de ser dominado por ele, e de passar, assim, da condição de senhor à de escravo; ou seja, de alguém que já não se pertence, mas vive submetido, servilmente, como o Fausto de Goethe, aos caprichos do demônio que invocou. Efetivamente, raros são os homens de poder que não se deixam escravizar pela “glória de mandar e a vã cobiça desta vaidade, a quem chamamos de fama”; raros os que não se deixam iludir pelo “fraudulento gosto que se atíça cum a aura popular que honra

---

10 O procedimento discursivo que Sócrates utilizava para desconstruir ideias de seus interlocutores era constituído de 3 (três) fases: (1) na primeira fase Sócrates alegava nada saber e, com isso, ficava livre para questionar o seu interlocutor sobre o assunto que esse interlocutor se considerava perito; (2) na segunda fase Sócrates admitia que seu interlocutor era perito no assunto, enchendo-o de confiança e estimulando essa pessoa a dissertar longamente sobre sua crença. Num determinado momento Sócrates passa a questioná-lo sobre o tema, até as últimas consequências; (3) na terceira e última fase, o interlocutor, depois de questionado de forma profunda, parece nada mais saber, entrando em estado de confusão ou aporia. Esses três pilares ou fases do discurso constroem o conceito de ironia em Sócrates, que fascinava Søren Aabye Kierkegaard.

A autoproclamada ignorância de Sócrates tinha um duplo sentido: (1) libertava e convidava seus interlocutores a chegar à sua verdade, individual, mas que em algum momento poderia se conectar à verdade do outro, criando uma verdade não universal, mas intersubjetiva; (2) era irônica, pois o filósofo grego de fato sabia muitas coisas sobre o mundo ao seu redor, omitindo isso com o propósito de lançar mão de sua doutrina negativa, que instigava pessoas a buscar a sua verdade (KIERKEGAARD, Søren Aabye. O conceito de Ironia constantemente referido a Sócrates; apresentação e tradução, Álvaro Luiz Montenegro Valls. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013).

11 <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/mensalao-gera-duvidas-sobre-leis-aprovadas-pela-camara-286cjtml5dzcli83k6grhlpvy/>

se chama”, como denunciou o velho da praia no Restelo nos Lusíadas.

Como já foi repetidas vezes observado, a paixão pelo poder é intrinsecamente corruptora. Há, sem dúvida, a corrupção mais vulgar, daquele que compra a consciência alheia, ou vende a sua. Mas há também uma forma muito mais complexa e sutil, que frisa à loucura moral. O indivíduo escravo dessa paixão tende a se servir, para alcançar seus fins, de todos os sentimentos altruístas que encontra disponíveis diante de si: o amor, a compaixão, a generosidade, a lealdade, o espírito de serviço, a solidariedade. Com desoladora frequência, velhos amigos e grandes admiradores do governante, ou então pessoas respeitáveis na sociedade pela sua correção e sabedoria, são usados em proveito próprio pelo titular do poder, sem nenhum escrúpulo.

(...)

Tudo isso explica por que é justamente no exercício do poder que costumam vir à tona os defeitos recônditos da alma humana. “O poder revelo o homem”, diz Aristóteles. “Pode-se conhecer bem a alma, os sentimentos, os princípios morais de um homem”, indaga o rei Creonte na tragédia Antígona de Sófocles, “se ele não se mostrou ainda no exercício do poder, governando e ditando leis?”

Como zelar para que os interesses dos pobres sejam garantidos perante os interesses de uma minoria, que comanda o processo de criação das leis? Parece claro que as referidas leis devem encontrar limites ou guardar conformidade com princípios atemporais, que não se subordinam à vontade do dia exercida pelas classes sociais dominantes. Princípios como a justiça, a dignidade humana e a proporcionalidade não podem ser solapados por uma vontade pervertida de poder. Ao contrário, referidos princípios impõem limites a essa desenfreada vontade de poder.

Advogados e o Ministério Público devem submeter essa lógica perversa ao escrutínio dos referidos princípios jurídicos constitucionais, para que o Judiciário possa corrigir essa aberrante injustiça. Sob a ótica dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e justiça, que servem como mandamentos nucleares do sistema jurídico, alicerces das regras, estas não podem ser orientadas para legitimar uma aberrante injustiça, mas, ao contrário, devem afastá-la. Nesse sentido, caracterizando princípios como mandamentos nucleares do sistema, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 54):

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Conforme essa interpretação, os princípios são concebidos como vetores de interpretação que orientam a aplicação de outras normas, tornando,

assim, o conjunto normativo unitário, um todo ordenado, como pondera Ricardo Marcondes Martins (2012, p. 25-26) na seguinte preleção:

Perceba-se: na segunda fase, princípio não é norma jurídica, é vetor de interpretação de normas, critério ordenador de normas, é, enfim, o que faz do conjunto normativo um todo unitário, um sistema. Não é norma, insiste-se, não tem a estrutura lógica:  $H \rightarrow C$ . Princípio é uma ideia chave para interpretar normas, para entendê-las, para compreendê-las.

[...]

Deveras: na segunda fase, princípio jurídico é enunciado lógico e não uma norma jurídica; sua função é possibilitar a compreensão das normas ou permitir a avaliação de sua validade e não disciplinar a conduta. Por isso: exige uma norma a ser compreendida, interpretada ou avaliada. Toda ideia nuclear do Direito, toda noção de suma importância, sem a qual o sistema jurídico muda substancialmente, é um princípio jurídico.

Perceba-se: o conceito é fundamental e indispensável para que haja Ciência, sem princípio não há sistema e sem sistema não há Ciência. Sem embargo, os princípios jurídicos, na segunda fase, para surtirem efeitos no mundo fenomênico dependiam da prévia elaboração das normas jurídicas.

Desta forma, os princípios servem para conferir unidade ao sistema jurídico, fazendo com que esse sistema deixe de ser um amontoado de normas e passe a ter coerência, como pondera Ricardo Marcondes Martins (2012, p. 21-22):

No momento em que o Direito começou a ser tratado como Ciência, os juristas passaram a procurar critérios racionais por trás do conjunto das normas jurídicas, critérios que dão estrutura a esse conjunto, que dão às normas uma ordem, estabelecem uma ordenação, um ordenamento, que estabelecem, enfim, relações de coordenação e de subordinação entre as normas. Estudar o Direito passou a ser, mais do que conhecer o conjunto de normas, conhecer esses critérios de ordenação. Os elementos que fazem do Direito um sistema tornam o conjunto de normas mais do que um amontoado de normas, mais do que uma simples soma, tornam-no um verdadeiro ordenamento, um todo coerente: são os princípios jurídicos, ideias-chave, fundamentais que estão por trás do conjunto das normas jurídicas vigentes.

Os princípios, nesse caso, são concebidos como mandamentos nucleares do sistema jurídico, os quais servem para estruturá-lo e, ainda, funcionam como vetores de interpretação, orientando a aplicação de regras. Propiciam, ainda, uma abertura do sistema jurídico a valores e, com isso, permitem a evolução deste sistema como se fosse um organismo vivo.

E encarando o sistema jurídico sob o enfoque dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da justiça, como vetores de interpretação, não há direito à perpetração de aberrantes injustiças sociais

no Brasil de 2.020, muito pelo contrário, as regras devem ser interpretadas de forma a afastar aberrantes injustiças como a desigualdade social extrema, harmonizando-se com o todo do ordenamento jurídico, inclusive seus mandamentos nucleares.

O Poder Judiciário, quando demandado por advogados e Ministério Público, em benefício das pessoas, pode e deve corrigir as desigualdades que impliquem em aberrante injustiça, para que a norma-decisão<sup>12</sup> seja orientada a partir dos vetores de interpretação principiológicos da dignidade humana, proporcionalidade e justiça. Referida correção será concretizada a partir do dever de o Judiciário, ao interpretar o direito, fazê-lo conforme à Constituição Federal, devendo declarar inválidas as regras que não se compatibilizam com o ordenamento constitucional, como preleciona Karl Larenz (2012, p. 479):

12 A metódica estruturante confere ênfase na normatividade da Constituição, isto é, no que se refere à análise das relações entre direito e realidade dentro da interpretação da Constituição, na pergunta acerca da estrutura e do conteúdo material das regulações jurídicas constitucionais. Neste contexto, a Tópica seria insuficiente para dar uma resposta adequada ao estudo da norma constitucional, já que o seu objeto extrapola os limites deste tipo de norma, utilizando qualquer ponto de partida para resolução do problema, o que não seria condizente com uma interpretação constitucional (MÜLLER, 2013, p. 23-24). Marcelo Paiva Santos (2013, p. 254-258) pondera que Müller (2013, p. 107-118) desenvolve sua metodologia considerando os seguintes elementos normativos:

a. Texto normativo: a) enunciado linguístico normativo que não constitui a norma, mas deve ser considerado no contexto social e comunicativo em que se insere; b) são dados de entrada do processo de concretização da norma; c) devem ser colocados no início do processo de concretização da norma, como ponto de partida deste processo; e) o legislador não cria normas, mas dados de entrada, pontos de partida para o processo de concretização;

b. Programa normativo: a) seria o resultado da interpretação dos dados da linguagem jurídica do texto; b) o intérprete deve trabalhar com este conjunto de linguagem de forma indutiva, ou seja, extraindo de casos práticos e mesmo da jurisprudência a construção do seu significado; c) o programa normativo delimita o âmbito de aplicação do texto normativo. É uma consequência do Estado Democrático de Direito e a melhor interpretação prévia destes textos tomando por base esta premissa; e) o programa normativo não é a norma em si, mas um juízo de valor formulado sobre o texto, como, por exemplo, o entendimento jurisprudencial ou doutrinário;

c. Âmbito material/de fato: são os dados reais do caso; os fatos do caso. Todos os elementos reais do caso que possam contribuir para a análise da situação que se pretende decidir. Há referência ainda ao âmbito do caso. Este elemento configuraria uma redução analítica do âmbito material – dados reais do caso – para os dados reais relevantes para construção da teoria do caso em voga. Visa a facilitação do trabalho, tendo em vista que não são todos os dados reais que são vitais para compreensão do caso;

d. Âmbito normativo: é construído a partir da análise do âmbito material e do programa normativo. Neste caso se nota um entrelaçamento entre “ser” e “dever-ser” e não uma separação, como concebe a teoria positivista. Para construção do âmbito normativo é necessário se ater aos dados reais, programa normativo, sem descurar de uma visão interdisciplinar – de outras ciências, como sociologia, etc. –, para se ter uma real dimensão deste elemento;

e. Norma jurídica: é construída a partir da união do âmbito normativo (que contém o âmbito material/de fato) - e o programa normativo (que contém a primeira interpretação do texto normativo);

f. Norma-decisão: é a aplicação individualizada da norma jurídica, esta considerada como o resultado da união do âmbito normativo e do programa normativo, que em si já consideraram o âmbito material e o texto normativo.

Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estão são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da dignidade da pessoa humana (...).

Como as normas constitucionais precedem em hierarquia todas as demais normas jurídicas, uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com um princípio constitucional é inválida.

A partir do enfoque da interpretação conforme a Constituição Federal e seus mandamentos nucleares ou vetores de interpretação – princípios – da dignidade da pessoa humana, justiça e proporcionalidade, o intérprete deve afastar qualquer norma-decisão e/ou entendimento que valide a concretização de situações que caracterizem aberrantes injustiças, como aquelas que releguem a maioria da população à pobreza extrema, em detrimento de uma minoria que controla o sistema político, financiando-o, ou comprando-o diretamente, como ocorreu no Brasil, no caso do *mensalão*, que não foi e não é um fato isolado.

## Conclusão

No Brasil em pandemia do ano de 2020 muito do que é direito é produto de uma vontade pervertida de poder, resultante da captura do poder político pelo poder econômico, levada a cabo por meio do financiamento das campanhas dos legisladores ou até mesmo da compra direta dos seus votos, como ocorreu no escândalo do *mensalão*. As classes ricas, que representam o poder econômico, financiadoras ou compradoras do poder político, tendem a exigir de seus legisladores cooptados que perpetuem a sua vontade pervertida de poder. Esses legisladores o fazem pela vantagem econômica imediata ou pela necessidade de se perpetuar no poder, criando leis que favorecem os seus financiadores.

A cooptação do poder político pelo poder econômico, que resulta na criação de leis que apascentam os interesses desse poder econômico dominante pode e deve ser limitada pela interpretação do direito conforme princípios atemporais. Referidos princípios atuam como vetores de interpretação ou mandamentos nucleares do sistema unificado de normas, que indicam e limitam o alcance das regras jurídicas produzidas pelo parlamento. Dentre esses princípios estão a dignidade humana, a proporcionalidade e a justiça.

O ato de praticar ou concretizar o direito não pode implicar uma aberrante injustiça, que imponha desigualdades sociais extremas, já que as referidas regras que podem viabilizar essa injustiça extrema devem ser lidas e interpretadas de acordo com os mandamentos nucleares e/ou vetores de interpretação da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e justiça. O Poder Judiciário pode e deve atuar, quando demandado pelo Ministério Público, ad-

vogados e sociedade civil em geral, para afastar aberrantes injustiças como as retratadas nesse ensaio.

## Referências

ALEXY, Robert. O conceito e validade de direito. In: VALDÉS, Ernesto Garzón Valdés (Org). **O conceito e validade de direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais: Inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. In: \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e papel dos princípios. Dos princípios constitucionais**: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KIERKEGAARD, Søren Aabye. **O conceito de Ironia constantemente referido a Sócrates**; apresentação e tradução, Álvaro Luiz Montenegro Valls. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Um diálogo sobre a justiça**: a justiça arquetípica e a justiça deontica. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI** / Thomas Piketty; tradução Monica Baumgarten de Bolle. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana**: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

# A REIFICAÇÃO NAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS: UMA ANÁLISE DO ESTUPRO CONJUGAL NO SÉCULO 21

**Maria Eduarda Pereira Prado da Costa**

Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

“O marido não pode ser culpado do estupro que cometeu contra a sua esposa legítima, pois pelo mútuo consentimento e contrato matrimonial, ela se entregou a ele dessa maneira de modo que não pode retratar”. Assim, Sir Matthew Hale solidificou em 1736 a cláusula da isenção do estupro marital, ainda presente na maioria dos sistemas jurídicos. O presente trabalho visa analisar a tolerância do estupro marital como consequência da dominação masculina. O estupro marital é a relação sexual forçada, na qual o agressor é o cônjuge da vítima. É uma violação aos direitos da mulher, consolidados na legislação internacional. A explicação para as leis permitirem ou ignorarem o estupro marital reside na ideia de que a mulher é propriedade do homem. Apesar dos avanços feitos, apenas 52 países possibilitam à mulher casada o acesso à justiça quando o cônjuge é seu agressor sexual. Urge-se quebrar o paradoxo da naturalização da violência contra a mulher e ampliar o acesso à justiça sem discriminação.

**Palavras-chave:** Estupro conjugal; Violência doméstica; Violência sexual.

## **Introdução**

Estupro marital é a violência sexual empregada contra a mulher na constância do casamento, praticada pelo seu cônjuge, mediante violência física ou moral. O estupro marital nega à mulher o seu direito de escolher quando, como e onde praticará atos sexuais, ferindo a sua dignidade humana, bem como a sua dignidade à liberdade sexual. A professora de sociologia, Bergen, observou em sua pesquisa de 1995 que o estupro marital nos Estados Unidos atravessa todas as raças, idades e classes sociais. Pesquisa mostra que o estupro marital é a forma mais predominante de estupro, excedendo tanto o estupro cometido por estranhos e conhecidos (*acquaintances*) em volume e taxa de ocorrência (Eskow, 1996; Peacock, 1995). Ademais, a literatura existente no tema (Finkelhor & Yllo, 1985; Russel, 1990; Stermac et al, 2001) sugere que a

violência sexual cometida pelos maridos contra as esposas, geralmente, ocorre juntamente com outras formas de violência conjugal como o abuso físico e a humilhação psicológica, portanto, também há de se falar na violação da integridade física e psíquica da mulher.

Apesar dos seus impactos devastadores nas vidas das vítimas, a prática não é criminalizada ou condenada socialmente em muitos países, ou seja, é a chamada “isenção do estupro marital”, pela qual o marido não pode ser acusado de estuprar a sua esposa.

O presente artigo visa analisar a tolerância do estupro conjugal como consequência da dominação masculina perpetrada por diversos agentes ao longo de um processo histórico de eternização da diferença por meio do método indutivo.

## Histórico

Em 1736, o jurista inglês, Sir Matthew Hale em sua obra “*Historia Placitorum Corinae*” ou “*History of the Pleas of the Crown*” ensina que nos tempos antigos, o estupro era um crime (*felony*) e a punição era a morte, o que foi sendo visto como severo demais para o fato com o decorrer dos anos, sendo substituído pela castração e a perda dos olhos. Apesar do ofensor estar à mercê do rei, ele poderia evitar a punição se a sua vítima lhe elesse para o casamento, consentido por ele. Com o Primeiro Estatuto de Westminster (1275), o estupro passou a ser punido com a pena de dois anos. O estupro passou a ser um *felony*. Hale diz que estupro é “o conhecimento carnal (*penetração*) de qualquer mulher com mais de dez anos contra a sua vontade e da mulher-criança com menos de dez anos com ou sem a sua vontade” (HALE; 1736, p. 627). Ademais, o estupro era consumado com a conjunção carnal, que deixava como evidência a emissão de sêmen (*emissio seminis*) - não necessária para a caracterização do tipo. Não obstante, mais significativo na obra de Sir Matthew Hale é a implementação da cláusula da isenção do estupro marital. O jurista afirma que o marido não pode ser culpado do estupro que cometeu contra a sua esposa legítima, pois pelo mútuo consentimento e contrato matrimonial, ela se entregou a ele dessa maneira de modo que não pode retratar<sup>1</sup>. No ano de 1765, outro jurista inglês, Sir William Blackstone, cria uma teoria em relação ao casamento. Ele afirma que pelo casamento, o marido e a esposa se tornam uma pessoa juridicamente, isto é, o próprio ser ou existência legal da mulher são suspensos durante o casamento, ou ao menos incorporados e consolidados nos do marido, que debaixo da sua proteção e cobertura, ela executa todas as coisas<sup>2</sup>. Depois de 284 anos do primeiro uso

1 “But the husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract”. (HALE, 1736:628).

2 “By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband; under whose wing, protection, and cover, she

da cláusula, o pensamento ainda é o mesmo, haja vista que apenas 52 de 193 países criminalizam o estupro marital, conforme veiculado no site de notícias UOL em 2016, tendo como fonte as Nações Unidas.

A primeira criminalização do estupro conjugal aconteceu em meados de 1970 nos Estados Unidos, país que aboliu totalmente a cláusula em 1993 com a adoção da Carolina do Norte da criminalização da violência sexual cometida pelo cônjuge. O País foi logo seguido pelo Canadá (1983), Irlanda (1990), Inglaterra e País de Gales (1991), Países Baixos (1991) e, um dos últimos países ocidentais, a Alemanha em 1997. Mais tardiamente, a tendência na América Latina e nos países africanos de predominância cristã também é de reformarem seus Códigos Penais para adaptar-se a uma visão de dignidade humana da mulher. A despeito do estupro marital figurar o rol de violação de direitos humanos das Nações Unidas desde 1993, até os dias de hoje, a maioria dos países, sobretudo de origem asiática, não criminalizam essa forma de estupro. No próximo capítulo, vamos discutir os motivos dados como justificativa para se tolerar tal tipo de violência sexual.

## Explicações

O sociólogo francês, Pierre Bourdieu, trouxe o conceito de paradoxo da doxa para intitular como “condições de existência das mais intoleráveis possam permanentemente ser vistas como aceitáveis ou até mesmo naturais” (BOURDIEU; 1998, p. 12). Sendo exemplo de uma dessas coisas intoleráveis, o estupro marital é violência sexual, física e psíquica, bem como violência doméstica<sup>3</sup>, violência contra a mulher<sup>4</sup> e violência de gênero<sup>5</sup>, porém é amplamente justificado há mais de 250 anos.

---

performs everything” (BLACKSTONE: 1765; 442).

3 “Violência doméstica é a que ocorre dentro de casa, nas relações entre as pessoas da família, entre homens e mulheres, pais/mães e filhos, entre jovens e pessoas idosas. Podemos afirmar que, independentemente da faixa etária das pessoas que sofrem espancamentos, humilhações e ofensas nas relações descritas, as mulheres são o alvo principal” (TELLES; MELO, 2003, p. 19). As autoras destacam que, apesar das ideias de violência doméstica e intrafamiliar se entrelaçarem, a primeira ocorre no espaço familiar e a intrafamiliar no espaço doméstico (p.20).

4 “A própria expressão ‘violência contra a mulher’ foi assim concebida por ser praticada contra pessoa do sexo feminino, apenas e simplesmente pela sua condição de mulher. Essa expressão significa a intimidação da mulher pelo homem, que desempenha o papel de seu agressor, seu dominador e seu disciplinador. (TELLES; MELO, 2003, p. 19).

5 “O conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Ou seja, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres” (TELLES; MELO, 2003, p. 18).

## **Coverture**

Essa é a teoria do Sir William Blackstone já abordada, na qual o próprio ser ou a existência legal da mulher são suspensos durante o casamento, ou ao menos incorporados e consolidados nos do marido e sob a sua proteção e cobertura (*coverture*), a esposa pode praticar todos os atos. A importância dessa teoria é que era usada como argumento de que como o marido e a esposa eram a mesma pessoa para todos os fins (o esposo), seria impossível ao homem estuprar a si mesmo.

## **Uso da sua propriedade**

A ideia de que a mulher é propriedade do homem é recente e ainda forte na nossa sociedade. “A mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela; a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro” (BEAUVOIR; 1949, p. 12-13). Nessa teoria, a mulher é propriedade do marido, então da mesma forma que ele não pode roubar a sua própria propriedade, ele estuprar a sua esposa, seria fazer o uso da sua propriedade, o que não é crime.

## **Alegações Falsas**

Aqui acredita-se que a criminalização levaria a uma onda de reclamações superficiais e denúncias falsas contra os maridos por esposas vingativas com a intenção de acertar as contas com o cônjuge. Entretanto, pesquisa extensiva (Finkelhor & Yllo, 1985; Mahoney, 1999) mostra que vítimas do sexo feminino de estupro marital tendem a sofrer repetidas ocorrências de violência sexual dentro do casamento. Por exemplo, Mahoney (1999) nota que tanto em amostras clínicas e não clínicas, aproximadamente de um terço a metade das esposas que são vítimas de estupro marital foram violentadas mais de 20 vezes pelo mesmo parceiro enquanto muitas foram estupradas tão frequentemente que perderam a conta. Finkelhor e Yllo (1985) observaram que 50% das mulheres nos seus estudos relataram terem sido violentadas sexualmente 20 vezes ou mais.

## **Provas**

A denúncia de estupro marital seria especialmente difícil de provar no tribunal. Seria difícil de provar que uma relação em particular não foi consentida. No entanto, a literatura existente no estupro conjugal (Finkelhor & Yllo, 1985; Russel, 1990; Stermac et al, 2001) sugere que a violência sexual cometida pelos maridos contra as esposas geralmente ocorre juntamente com outras formas de violência conjugal como abuso físico e humilhação psicológica. Dizer que não há como provar, é descreditar a palavra da mulher em face da de seu marido.

## Impacto na família

A criminalização do estupro marital teria um impacto deteriorante na família, na medida em que aceleraria a dissolução de casamentos frágeis e em desintegração. Assim, pressupõe-se que o casamento é uma instituição sagrada e a sua violação ocorre com a denúncia da esposa e, não com a violência sexual perpetrada pelo marido.

## Direito à Privacidade

Como parte de uma instituição sagrada, o casal teria direito à privacidade e o processo contra o marido por estuprar a sua esposa violaria este direito. Não obstante, o direito à privacidade é desproporcional ao direito à integridade física e psíquica, à dignidade humana e à dignidade sexual da mulher que são violados quando o marido é violenta.

## Leis Existentes

A lei do estupro marital seria supérflua, pois os maridos errantes já poderiam ser acusados sob leis existentes. Apesar dos países condenarem o estupro, como vimos, a maioria isenta o marido de responsabilidade quando este é o agressor, a despeito de que 60% das vítimas de violência sexual conheciam os seus agressores, sejam eles parceiros, parentes, amigos ou conhecidos (National Institute of Justice, 2008).

## Brasil

Nas Ordenações Filipinas (1603) o estupro era punido com a morte, mesmo que houvesse o casamento entre a vítima e o agressor<sup>6</sup>. No Código Criminal do Império (1830), primeiro Código Penal Brasileiro, a pena para o estupro de “mulher honesta” era de três a doze anos e um dote a ofendida e, um mês a dois anos se prostituta<sup>7</sup>. No entanto, não haveria pena para o réu que se casasse com a ofendida.<sup>8</sup> O Código Penal de 1890 traz pela primeira

6 “Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo (3), ou seja scrava(4), morra por ello (5). Porém, quando for com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até nol-o fazerem saber (6), e per nosso mandado. E essa mesma pena haverá qualquer pessoa, que para a dita força dêrajuda, favor ou conselho. E postoque O forçador depois do maleficio feito case com· a mulher forçada e aindaque o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado (1). E toda esta Lei entendemos em aquellas, que verdadeiramente forem forçadas, sem darem ao feito algum consentimento voluntario, aindaque depois do feito consummado consintão nele, ou dêem qualquer aprazimento: porque tal consentimento, dado depois do feito, não relevará o forçador em maneira alguma da dita pena” (Ordenações Filipinas; 1603:1168).

7 “Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas - de prisão por um mez a dous annos”.

8 “Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com

vez a palavra “estupro” nesse sentido, aplicando pena privativa de liberdade aos perpetradores<sup>9</sup>. Em 1940, o Código Penal traz que ter conjunção carnal com mulher, mediante violência ou grave ameaça é punido por reclusão de três a oito anos<sup>10</sup>, porém era extinta a punibilidade nos crimes contra os costumes (como eram chamados os crimes contra a dignidade sexual) em caso de casamento entre a vítima e o agente. A Lei Maria da Penha (11.340/2006) diz em seu artigo 7º, inciso III:

a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Em 2009, a Lei 12.015 reformou o Código Penal, alterando o nome “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”, incorporando o crime de atentado violento ao pudor<sup>11</sup> e estupro em um só crime: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (artigo 213) e também mudando o sujeito passivo de “mulher” para “alguém”. Ademais, com o advento da nova Lei o casamento entre vítima e agente não é mais excludente de punibilidade.

A doutrina tem duas correntes: uma que enxerga o estupro marital como crime e outra não. A primeira é antiga e fundamentava-se na ideia do débito conjugal, isto é, o direito-dever do marido e da esposa de realizarem atos sexuais entre si. O débito conjugal era interpretação do dever de “vida em comum no domicílio conjugal” previsto no artigo 1.566, inciso II, do Código Civil de 2002. Nesta corrente encontram-se Hungria e Noronha que entendem que pelo dever de coabitação, a mulher tem o dever de prover sexo vaginal ao marido, o qual pode forçá-la mediante a sua recusa injustificada, portanto, o marido estaria exercendo regularmente o seu direito. Todavia, o Tribunal de Justiça do Paraná em 1995 decidiu que o débito conjugal não justificaria o estupro de cônjuge.

ESTUPRO. CRIME PRATICADO CONTRA A ESPOSA. POSSIBILIDADE. PROVA. RÉU CONDENADO. RECURSO IM-

as ofendidas”.

9 “Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão cellutar por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: Pena - de prisão cellutar por seis mezes a dous annos”.

10 “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito annos”.

11 “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (artigo 214).

PROVIDO. O réu e autor confesso do delito procura justificar-se afirmando que a ofendida estava trajando roupa provocante. Quanto a conjunção carnal forçada, o réu não só confessou em juízo, como também comentou com a testemunha. Irrelevante o fato de tratar-se de esposa, posto que o débito conjugal não autoriza a posse sexual mediante violência.

A doutrina mais recente entende que as relações sexuais dentro de um casamento são um consenso bilateral para os cônjuges ao satisfazerem as suas vontades. Há a igualdade entre homens e mulheres, que foi prevista na Constituição Federal de 1988, logo o vontade não pode forçar a sua vontade à mulher porque não é superior a ela. Também fala-se da dignidade humana da mulher, Júnior e Araújo a definem como “a pretensão ao respeito da sociedade, sendo o mínimo necessário que deve ser assegurado, podendo excepcionalmente limitar o exercício dos direitos fundamentais, mas sem menosprezar a condição da pessoa enquanto ser humano” (JÚNIOR; ARAÚJO; 2019, p.4).

O casamento é o “contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência” (RODRIGUES; 2004, p.19). É dever do casamento o respeito e consideração mútuos (artigo 1.566, inciso V, CC/02). Maria Berenice Dias (2016) diz que:

A eventual ou contumaz ausência da vida sexual não afeta a higidez do casamento. (...). Afinal, não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento. São muito mais a afetividade e o amor. Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato físico de natureza sexual seja reconhecida como inadimplemento de dever conjugal. (p. 179).

Peluso (2012) afirma que “configuram violação a este dever: tentativa de morte, sevícia, injúria grave, conduta desonrosa, ofensa à liberdade religiosa, profissional e social do cônjuge e outros que desrespeitem os direitos da personalidade” (p. 1.690). Destarte, além o estupro marital é uma violação dos direitos humanos da mulher, crime e violação do dever de respeito do casamento.

## **Conclusão**

Há uma expectativa geral que as mulheres demonstrem respeito, obediência, submissão e aquiescência em relação aos homens, especialmente, referente aos desejos e demandas de seus maridos. Papéis de gênero são organizados segundo o sexo. Homens são os ganhadores de pão da família. Mulheres são responsáveis pelas tarefas domésticas, cozinhar e cuidar das crianças, apesar de um número crescente de mulheres estar trabalhando fora de casa por razões econômicas, o cumprimento de suas obrigações domésticas ain-

da é sua primeira obrigação. Filmes e televisão produzidos regularmente refletem os papéis de gênero tradicionais, a dominância social de homens e a subordinação feminina. Homens tendem a aderir a um duplo padrão de sexo pré e pós-marital. É cediço que o estupro marital é uma violação dos direitos humanos e é uma questão de gênero, urge-se uma mudança global para a criminalização desse tipo de violência sexual, pondo fim à cláusula que isenta o marido de responsabilidade e garantindo o acesso à justiça a todas as mulheres vítimas de violência sexual.

## Referências

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Editora Nova Fronteira: 2019, p. 12-13.

BERGEN, Rachel Kennedy. The reality of wife rape: Women's experiences of sexual violence in marriage. In V. R. Wiehe & A. L. Richards (Eds.), **Intimate betrayal: Understanding and responding to the trauma of acquaintance rape** (pp. 237-250). 1995. Thousand Oaks, CA. BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Law of England**. vol. 1. 1765.; p. 448. Disponível em: <[http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/2140/Blackstone\\_1387-01\\_Bk.pdf](http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/2140/Blackstone_1387-01_Bk.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2020. BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 847, 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.015, 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no

2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Ordenações Filipinas**. 1603. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina e a condição feminina e a violência simbólica**. Bertrand Brasil: 1998, p. 12.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 179.

ESKOW, Lisa R. **The ultimate weapon?** Demythologizing spousal rape and reconceptualizing its prosecution. *Stanford Law Review*, 48. 1996, p. 677-709.

FINKELHOR, David; YLLO, Kersti. **License to rape: Sexual abuse of wives**. New York, NY: Holt, Rinehart & Winston. 1985.

HALE, Sir Matthew. **Historia Placitorum Coronæ**. 1736. Disponível em: <[https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/1/15/Matthew\\_Hale%2C\\_Historia\\_Placitorum\\_Coron%C3%A6\\_%281st\\_American\\_ed%2C\\_1847%2C\\_vol\\_1%29.pdf](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/1/15/Matthew_Hale%2C_Historia_Placitorum_Coron%C3%A6_%281st_American_ed%2C_1847%2C_vol_1%29.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

JUNIOR, Jacintho Jairo Granado Santos; ARAÚJO, Ariane de Nazaré Cunha. **Estupro marital: a violação da dignidade sexual da mulher no casamento**. 2018, p. 4. Disponível em: <<http://www.periodicos.fibrapara.edu.br/index.php/fibralex/article/view/116>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

MAHONEY, Patricia. **High rape chronicity and low rates of help-seeking among wife rape survivors in a nonclinical sample: Implications for research and practice**. *Violence Against Women*, 5. 1999, P. 993-1016.

National Institute of Justice. (2008). **Victims and perpetrators**. Disponível em: <<http://www.ojp.usdoj.gov/nij/topics/crime/rape-sexual-violence/victims-perpetrators.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

PATRICIA, Patricia. (1995). **Marital rape**. In V. R. Wiehe & Ann L. Richards (Eds.), *Intimate betrayal: Understanding and responding to the trauma of acquaintance rape* (pp. 55-73). Thousand Oaks, CA: Sage.

PELUSO, Cezar (Org.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 6ª ed. Barueri, SP: Manole, 2012; p. 1690.

RUSSEL, Diana. (1990). **Rape in marriage**. Bloomington: Indiana University Press.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, vol. 6, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 20.

STERMAC, Lana; DEL BOVE, Gianetta; Addison, Mary. **Violence, injury, and presentation patterns in spousal sexual assaults**. *Violence Against Women*, 7. 2001, p. 1218-1233.

UOL. **Marido que estupra a mulher é punido criminalmente em apenas 52 países**. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2016/03/22/marido-que-estupra-a-mulher-e-punido-criminalmente-em-apenas-52-paises.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

# DIREITO A TER DIREITO: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REALIZAÇÃO DO BEM COMUM

**Mário Lúcio Quintão Soares**

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1977), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998). Atualmente é professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), conselheiro Seccional da OAB/MG, presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/MG e membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Professor das Escolas de Contas Prof. Pedro Aleixo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por dez anos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Comunitário e Direito Eleitoral, atuando principalmente nos seguintes temas: Licitações, Direito Administrativo, Mercosul, União Europeia, Direitos Humanos, Teoria do Estado e Direito Internacional

**Angela Maria Valentino Campos**

Doutoranda em Direito Público na PUC-Minas. Mestre em Direito Público. Advogada com experiência em Direito Tributário, Administrativo e Cível. Ocupou cargo de Assessora Jurídica - Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Integrou o NUJUP - Núcleo Jurídico de Políticas Públicas que resulta de ação conjunta da Faculdade Mineira de Direito, do Programa de Pós-graduação em Direito e do Observatório de Políticas Urbanas/PROEX da PUC Minas. Membro da Comissão de direito dos animais OAB/MG. Integrou corpo docente da Aprimore Preparatório para Concurso Público, disciplinas: Direito Administrativo, Constitucional e Legislação Específica. Integrou o corpo docente no curso de pós-graduação e graduação da Faculdade Estácio de Sá - BH. Atualmente, ocupa cargo de gerente de Contratos e Licitações na Companhia de Gás de Minas Gerais - GASMIG

## **Resumo:**

Partir-se-á de uma abordagem conceitual e histórica para compreender os direitos humanos de origem ocidental moderna, bem como, o fenômeno da nacionalidade, e por fim será feito um exame de conceitos jurídicos estabelecidos no material normativo nacional e internacional que definem os apátridas. Utilizar-se-á como marco teórico a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores para discutir o conceito de direitos humanos distinguindo o plano da realidade do plano das razões que lhes justificam. Como hipótese, destaca-se que em

uma sociedade democrática, não se admite como legítima a visão tradicional de que os Direitos Humanos podem ser simples e rasamente definidos como prerrogativas que já possuímos pelo simples fato de sermos humanos. Quanto à proposta metodológica, trabalhar-se-á com a pesquisa bibliográfica sob o método de abordagem dedutivo – partindo de leis e teorias para fenômenos particulares – com o objetivo de estabelecer um diálogo reflexivo entre a teoria e o objeto de investigação.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Apátridas; Nacionalidade; Teoria crítica.

## Equivocidade do conceito e origem histórica dos direitos humanos

As relações entre os povos começam a se expandir no séc. XV em todo o globo, marcado pelo início do Estado Moderno<sup>1</sup>, ocidental e capitalista. Em razão da expansão das relações comerciais os direitos humanos que é, intrinsecamente, uma expressão ligada ao direito internacional público, que visa garantir observância das normas de índole internacional, os direitos humanos passam a ser desígnio dos Estados modernos em suas relações comerciais.

Verifica-se que se trata de interesse legítimo e preocupação que transcende o domínio nacional, uma vez que os direitos humanos têm como foco proteger todos os indivíduos, independente da nacionalidade<sup>2</sup>, de reconhecimento formal dos direitos fundamentais e de integração dos seres humanos à sociedade política.

Com objetivo de se humanizar, o direito internacional contemporâneo reconhece que a denegação de tais direitos implica em responsabilidade internacional dos estados independente da nacionalidade das vítimas das violações.

Segundo a ONU<sup>3</sup>, os direitos humanos são “*garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana*”. São exemplos de direitos humanos o direito à vida, direito à integridade física, direito à dignidade, entre outros. Quando os direitos humanos são firmados em determinado ordenamento jurídico, como nas Cons-

1 O ano de 1492, segundo nossa tese central é a data do “nascimento” da modernidade; embora sua gestação - como o feto – leve um tempo para o nascimento intra-uterino. A modernidade originou-se nas cidades europeias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas “nasceu” quando a Europa pôde se confrontar com o seu “Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo: quando pôde se definir como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade construtiva da própria modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi “descoberto” como Outro, mas foi “en-coberto” como o “si-mesmo” que a Europa já era desde sempre. De maneira que 1492 será o momento do “nascimento” da Modernidade como conceito, o momento concreto da “origem” de um “mito” de violência sacrificial muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de “encobrimento” do não-europeu. (DUSSEL, 1993, p.8)

2 Vínculo político entre Estado soberano e indivíduo. (REZEK, 2018, p.220)

3 [https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=EAIaIQobChMIuuDHpa717AIVChGRCh0ohAOLEAAYA-SAAEgLozPD\\_BwE](https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=EAIaIQobChMIuuDHpa717AIVChGRCh0ohAOLEAAYA-SAAEgLozPD_BwE)

tuições, eles passam a ser chamados de direitos fundamentais.

Mário Lúcio Quintão Soares afirma que o significado heterogêneo da expressão direitos humanos, na teoria e na prática, contribui para fazer desse conceito um parâmetro de equivocidade. Em seguida, leciona que direitos humanos se relaciona com outros temas como: direitos naturais, direitos fundamentais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas dentre outros, tornando-se necessária uma análise objetiva das relações existentes entre elas para evitar equivocidade conceitual. (2016. p.7)

Para explicar a relação que os direitos humanos têm com outros temas, em resumo, Soares afirma que no que diz respeito aos direitos naturais o caráter universal da declaração revela o novo cidadão do mundo com direito absoluta à liberdade, insculpido consoante o direito natural racional. (2016, p.21)

Sobre os direitos fundamentais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas dentre outros, afirma que *a origem, variedade, extensão e aplicabilidade das declarações de direitos ensejam reflexão sobre a necessidade de proteção constitucional dos direitos e liberdades reconhecidos, com eleição de metódica adequada ao controle e tutela dos direitos fundamentais na transição do Estado liberal para o Estado democrático de direito, perpassando pelo Estado social.* (SOARES, 2016, p.33)

O reconhecimento dos direitos humanos perpassa vários momentos da sociedade<sup>4</sup>, e faz-se presente em documentos considerados importantes precursores escritos para os Direitos Humanos.

Diante do exposto, como pré-compreensão dos direitos humanos, incluindo, origens, processo de positivação e concretização verifica-se que a equivocidade do conceito e o valor normativo depende de sua incorporação nos textos constitucionais.

---

4 “Inicia-se em 539 a.C. com o Cilindro de Ciro (rei da antiga Pérsia) - peça de argila contendo os princípios de Ciro. Ao conquistar a cidade da Babilônia Ciro libertou todos os escravos da cidade, declarou que as pessoas teriam liberdade religiosa e estabeleceu a igualdade racial.

Em 1215 **Magna Chartum Libertatum (Inglaterra)** - pacto escrito entre o rei, os bispos e o baronato, que desenvolveu as liberdades públicas inglesas. Protegido via habeas corpus onde nenhum homem pode ser preso sem o devido processo legal.

Em 1689 **Petição de Direito (parlamento Inglês)** - documento elaborado pelo Parlamento Inglês em 1628 e posteriormente enviada a Carlos I como uma declaração de liberdades civis. A Petição tinha como principal objetivo limitar decisões do monarca sem autorização do Parlamento.

Em 1776 **Independência dos Estados Unidos** - foi publicada uma declaração que acentuava os direitos individuais (direito à vida, à liberdade e à busca pela felicidade) e o direito de revolução.

Em 1789 **Revolução Francesa** - resultaram na elaboração de um histórico documento chamado **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Nele, foi garantido sobretudo que todos os cidadãos franceses deveriam ter direito à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão.

Em 1948 **Declaração Universal de Direitos Humanos** - Proclamada pela ONU que afirmou pela primeira vez em escala planetária o papel dos direitos humanos em escala coletiva atribuindo valor ao indivíduo.” (SOARES, 2016, p.12 e 13).

## Dimensão pessoal do Estado nacional

A ideia de Estado nacional surge, ainda, na idade média com Marsílio de Pádua, marcando o fim do pensamento medieval e o início da época moderna. Reale destaca que em sua obra *Defensor Pacis*, Marsílio, defende que o Estado nacional é uma construção humana que deve atender as finalidades humanas:

o Estado é uma *communitas perfecta*, uma comunidade natural autossuficiente, que se ergue com base na razão e na experiência dos homens, servindo-lhe para viver e viver bem. O Estado não é mais o império universal, mas sim, o Estado Nacional. Como construção humana, que responde a finalidades humanas, não havendo vínculos de natureza teleológica. (REALE, 2003, p. 322)

Destaca-se que a construção da nacionalidade aviva em Estado europeu multiétnicos e multilinguísticos, como por exemplo Espanha, cria uma uniformização entre seu povo. Essa é uma importante característica do Estado moderno, pois viabiliza a rejeição à diferença. O Estado moderno é hierarquizado, o poder é centralizado, o direito é aplicado em um território delimitado que nega a diversidade.

Mário Lúcio Quintão Soares ao explicar o nascimento do Estado moderno cita Jellinek: “*O Estado moderno nasceu como uma unidade de associação, organizada consoante uma constituição, ao superar o dualismo rei e povo e o poder espiritual e temporal.*” (SOARES, 2016, p.65)

O surgimento das primeiras Monarquias nacionais como Espanha, Portugal, França e Inglaterra representam uma ruptura decisiva com a soberania piramidal e fragmentada de formações sociais medievais, com seus sistemas de feudos e estamentos. Os alicerces do Estado absoluto cria novos mecanismo de integração, daí sua natureza de nacional. Ao Estado cabe a função de editar normas que condicionassem o indivíduo, ao transformar o direito em verdadeiro instrumento de controle social. (SOARES, 2016, p.66)

## Status de nacionalidade

Na Sociedade moderna cabe ao Estado definir a quem outorga a nacionalidade e quais direitos e deveres especiais devem regulá-la. O indivíduo só é relevante perante a comunidade internacional enquanto for membro de um Estado.

Mário Lúcio Quintão Soares ensina que a “nacionalidade pressupõe que a pessoa goze de determinados direitos, como nacional pertencente a um Estado, peculiares à cidadania ativa, tais como: direitos políticos, reivindicar direitos públicos subjetivos, residir, trabalhar, entre outros. Proporciona direitos e deveres recíprocos entre o Estado e o Nacional.”<sup>5</sup>

5 SOARES, 2017, p. 128

O ilustre professor Mário utiliza o conceito de nacionalidade de Pontes de Miranda onde a nacionalidade é “vínculo jurídico político, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado, tornando-a apta a exigir sua proteção e sujeitando-a ao cumprimento dos deveres impostos.”<sup>6</sup> Define-se a nacionalidade pelos critérios *ius sanguinis* e *ius soli* (nacionalidade primária) ou por meio da naturalização (nacionalidade secundária).<sup>7</sup>

Vale destacar que nenhum Estado é obrigado a admitir estrangeiros em seu território, seja em definitivo, seja a título temporário. Entretanto, a partir do momento em que se admite a pessoa – nacional de outro país ou apátrida – no âmbito espacial de sua soberania, tem o Estado, para com ela, deveres resultantes do direito internacional costumeiro e escrito, cujo feito e dimensão variam segundo a natureza do ingresso.<sup>8</sup>

Nesse contexto, o status de nacionalidade tem cobertura limitada ao terreno soberano do Estado. Não há em âmbito internacional norma que proteja o indivíduo em situações em que haja violação de território.

## Apátrida

Um apátrida é uma pessoa que não é considerado nacional por qualquer Estado. São também apátridas as pessoas pertencentes a minorias étnicas nascidas no território de Estados cujas leis não atribuem nacionalidade a tais grupos. Podem ser apátridas os indivíduos nascidos em Estados em que vigora o *ius sanguinis* e cujos pais são nacionais de países que só reconhecem o *ius soli*. Outras pessoas podem tornar-se apátridas ainda se submetidas à pena de banimento. Como exemplo, vale destacar que a partir de 1936, os judeus e cidadãos não germânicos na Alemanha passaram a ser reconhecidos como apátridas em decorrência ao Nazismo.

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), cerca de 15 milhões de pessoas – ou seja, o correspondente à população de um país médio – podem ser apátridas.<sup>9</sup> No entanto, são raros os que percebem a dimensão do problema ou que sabem o que isso significa.

Vale destacar que os apátridas no mundo vivem em situações precárias à margem da sociedade. Muitas vezes, há sensação de que se trata de óbice

6 SOARES, 2017, p.127

7 Nacionalidade originária (aquela que a pessoa se vê atribuir quando nasce) resulta da consideração, em grau variado, do lugar do nascimento (*ius soli*) e da nacionalidade dos pais (*ius sanguinis*). A manifestação de vontade – que opera às vezes como elemento acessório para a determinação da nacionalidade originária – é pressuposto indispensável da aquisição ulterior de outro vínculo patrial, mas deve apoiar-se sobre fatos sociais indicativos da relação indivíduo-Estado. Com efeito, a nacionalidade derivada, que se obtém mediante a naturalização e na maioria dos casos implica a ruptura do vínculo anterior, há de ter requisitos como alguns anos de residência no país, o domínio do idioma, e outros mais, ora alternativos ora cumulativos. (REZEK, 2018, p. 222 e 223)

8 REZEK, 2018, p.234

9 <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>

imperceptível, uma vez que os apátridas vivem marginalizados e impedidos de frequentar escola, consultar um médico, tornar-se empregado, casar-se, abrir conta bancária, entre outros direitos básicos.

## Os apátridas no Brasil

Tendo em vista a importância do tema, é lamentável que somente em 2011 a justiça brasileira tenha se posicionado pela primeira vez reconhecendo a situação do apátrida. Entretanto, vale destacar que desde 2017 o governo federal do Brasil, por meio do decreto nº9.199/2017 que regulamenta a Lei de Migração iniciou procedimento de reconhecimento da condição de apátrida.

Nesse sentido imperioso salientar que a Polícia Federal do Brasil disponibilizou no site informações para que seja realizado o reconhecimento da condição de apátrida, ou seja, para que a pessoa seja reconhecida como sem pátria, por meio de um processo administrativo<sup>10</sup>.

Segundo informações do site *“o processo de reconhecimento da condição de apátrida tem como objetivo verificar se o solicitante é considerado nacional pela legislação de algum Estado e poderá considerar informações, documentos e declarações prestadas pelo próprio solicitante e por órgãos e organismos nacionais e internacionais.”*

O procedimento é gratuito e não tem tempo de duração definido, contudo, basta preencher um formulário, juntar comprovante de endereço no Brasil, ou declaração escrita informando local de moradia, bem como algum documento de viagem, documentos escolares ou de vacinação, certidões de negativa do reconhecimento de sua nacionalidade, registros por organismos internacionais, entre outros, e certidão de antecedentes criminais ou documento equivalente emitido pelos países onde residiu nos últimos cinco anos, se não for possível apresentar certidão de antecedentes criminais deverá apresentar justificativa por escrito contendo as razões de fato e de direito que o impossibilitaram para eu o governo brasileiro avalie a possibilidade de reconhecimento de apatridia.

Diante do exposto, o procedimento adotado pela polícia federal mostra significativo avanço, uma vez que a ausência de uma pátria é uma condição degradante e enfraquecedora que influencia quase todos os aspectos da vida de uma pessoa. Aqueles que não são reconhecidos como cidadãos de um país, como já dito, não podem matricular-se na escola, trabalhar legalmente, possuir imóveis, casar-se ou viajar. Podem ter dificuldade em ser hospitalizados e não conseguir abrir uma conta bancária ou receber uma pensão. Se são vítimas de roubo ou de estupro, podem ver-se impossibilitados de apresentar queixa, porque, aos olhos da lei, não existem. Muitas vezes, não têm sequer um nome reconhecido oficialmente.

## Material normativo internacional

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi elaborada

<sup>10</sup> <https://www.gov.br/pt-br/servicos/ser-reconhecido-como-apatrida>

em 1946 em um contexto relacionado com eventos<sup>11</sup> que se passaram durante a Segunda Guerra Mundial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborada por uma comissão da Organização das Nações Unidas (ONU) entre 1946 e 1948. Entrou em vigor após uma Assembleia Geral da ONU realizada em 1948. Esse documento é composto por 30 artigos, os quais determinam os direitos básicos que todo ser humano deve possuir, independentemente da raça, religião, posição social, gênero etc.

A DUDH tem uma importância fundamental, pois ajudou a consolidar a ideia de direitos humanos, fortalecendo um ativismo que atua na busca de melhorias para a humanidade e no combate às desigualdades.

Destaca-se o artigo 15 da Declaração *“Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade.”* Em seguida afirma que *“Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade.”*

Diante do texto destacado acima, todo indivíduo tem direito a ter sua nacionalidade reconhecida, tampouco ser privado de sua nacionalidade ou do direito de mudá-la. Entretanto, não é essa a realidade que vivem cerca de 15 milhões de pessoas no mundo.

Em 1951, precisamente em, 28/07/1951 foi aprovada a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados que tinha como objetivo resolver a situação dos refugiados após o término da Segunda Guerra Mundial. Em resumo o documento global define quem é o refugiado<sup>12</sup> e determina direitos e deveres

11 Holocausto e bomba atômica. A elaboração da DUDH ocorreu no mesmo período em que nazistas que haviam cometido crimes durante a guerra eram julgados no tribunal militar montado em Nuremberg. Durante os meses de atuação desse tribunal, detalhes de como os alemães mataram seis milhões de judeus estavam sendo desvendados. Assim, o mundo tomava conhecimento dos horrores do Holocausto. (FONTE: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htm#:~:text=A%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos%20foi%20elaborada%20em%201946,at%C3%B4micas%20sobre%20duas%20cidades%20japonesas>. Acesso em 21/11/2020).

12 Art. 1º - Definição do termo “refugiado” A. Para os fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa: 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato, não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preenchem as condições previstas no parágrafo 2 da presente seção; 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (fonte: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf))

Esclarecimentos: **refugiados** - seu deslocamento foi forçado por razões de segurança, motivadas por discriminação racial, religiosa, étnica ou política. O refugiado, ao contrário do migrante, não conta com o apoio e a proteção das autoridades de seu país de origem,

entre os países signatários e aqueles refugiados.

Apesar de uma intenção original, o tratado não incluía qualquer conteúdo sobre o estatuto dos apátridas<sup>13</sup> e não havia nenhum protocolo sobre medidas para afetar a redução da apatridia.

Mas em 26 de abril de 1954 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas - ECOSOC - adotou uma Resolução para convocar uma Conferência de Plenipotenciários para regular e melhorar a condição dos apátridas mediante um acordo internacional. A conferência adotou a Convenção com a participação de 62 países signatários em 28 de julho de 1954.

Em junho de 1960 entrou em vigor a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas que é um tratado multilateral das Nações Unidas que visa proteger os apátridas. No mesmo sentido em 1961 foi realizada Convenção sobre a Redução dos Casos de Apatridia com a participação de 34 países.

## Material normativo brasileiro

O Brasil foi o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. Foi ainda um dos primeiros países integrantes do Comitê Executivo do ACNUR<sup>14</sup>.

O Brasil é integrante de ambas as Convenções Internacionais das Nações Unidas sobre a Apatridia (de 1954 e de 1961 - Decretos 4246/02 e 8501/15).

Em 2007, a Emenda Constitucional nº 54 solucionou o problema dos chamados “Brasileirinhos Apátridas” – filhos de brasileiros nascidos no exterior e que não conseguiam adquirir uma nacionalidade. O Brasil passa então a conceder a nacionalidade brasileira a todas as pessoas nascidas em seu território, inclusive filhos de migrantes, além de também reconhecer como brasileiros os filhos de seus nacionais nascidos no exterior.

Em 2017 o texto da lei federal nº 13.445/2017 institui a lei de Migração que determinou em seu art.1º §1ª, VI definição para apátrida “pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação,

---

de onde saiu por falta de opção. (legislação internacional) A vulnerabilidade dos refugiados impõe assistência emergencial, como direito de asilo.

**refugiado ambiental** - são pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente viviam devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas). Não é reconhecido pela ACNUR.

13 **Apátrida** - Pessoa cuja nacionalidade não é reconhecida pelo respectivo Estado-nação, que lhe NEGA direitos civis e políticos e, portanto, nenhuma forma de proteção ou garantia: de um documento de trabalho a vagas em escola, do atendimento de saúde a uma conta bancária.

14 ACNUR, a Agência da ONU para Refugiados, no Brasil é pautado pelos mesmos princípios e funções que em qualquer outro país: proteger os refugiados e promover soluções duradouras para seus problemas. O refugiado dispõe da proteção do governo brasileiro e pode, portanto, obter documentos, trabalhar, estudar e exercer os mesmos direitos que qualquer cidadão estrangeiro legalizado no país. O Brasil é internacionalmente reconhecido como um país acolhedor. Entretanto, aqui, pessoas refugiadas também encontram dificuldades para se integrar à sociedade brasileira. (Fonte: <https://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/> acesso em 21/11/2020).

nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.”<sup>15</sup>.

Ocorre que a lei precisava de regulamentação o que aconteceu com a promulgação do texto do decreto nº 9.199 de 2017<sup>16</sup>. O decreto define direitos e deveres do migrante e regula a entrada e a estada de estrangeiros no Brasil, além de revogar parte do Estatuto do Estrangeiro, vigente no País desde 1980. Com 319 artigos, o extenso decreto, disciplinou concessão de visto, asilo político, refúgio, autorização de residência, nacionalidade e naturalização, extradição, e infrações e respectivas penalidades.

Por fim, a Portaria Interministerial nº 11, de 3 de maio de 2018 estabelece procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos requerimentos de reconhecimento da condição de apatridia e do procedimento facilitado de naturalização aos apátridas, assim reconhecidos pela República Federativa do Brasil. A portaria regulamenta o procedimento administrativo adotado no site da Polícia Federal do Brasil, como já dito.

Diante do exposto, verifica-se que o Brasil se esforça para minimizar uma tensão velada entre o universalismo dos direitos humanos em face do regionalismo cultural que impede o reconhecimento do indivíduo na condição de apátrida.

## **Teoria Crítica na perspectiva de Joaquín Herrera Flores**

Inicialmente, importante destacar que Joaquín Herrera Flores refuta a ideia de universalismo dos Direitos Humanos. Para Flores os direitos humanos são produto cultural que se desenvolve ao longo do tempo e por isso de raízes históricas que estão diretamente relacionadas às interações dos seres humanos, entre si, e com a natureza.

Flores, refuta uma definição sobre direitos humanos etnocêntrica – ou, como ele mesmo afirma, eurocêntrica – isso porque entende que tais direitos sejam fruto de processos sociais, econômicos, políticos e normativos, que permitam tanto a abertura quanto a consolidação de espaços de luta pela dignidade.

Insta salientar que o mundo moderno na qual estão inseridos os direitos humanos é uniformizador, pautado em uma lógica binária subalterna (eu x eles), em uma linearidade histórica de universalismo europeu individualista. Assim, segundo Flores culturas hegemônicas uniformizadoras apresentaram o outro como incivilizado, bárbaro, e que, portanto, pode ser colonizado por aquele se diz civilizado. Nesse sentido o autor em sua teoria crítica busca desconstruir a ideia de valor universal e propõe enxergar o outro apenas

15 Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em 21/11/2020.

16 Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm?\\_ga=2.117861066.252832237.1605956801-326331745.1604442901](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm?_ga=2.117861066.252832237.1605956801-326331745.1604442901). Acesso em 20/11/2020.

como diferente.

Nesse sentido afirma que a equivocidade do conceito dos direitos humanos permite que ele seja utilizado tanto como ferramenta de colonização (legitimou capitalismo) quanto como ferramenta de libertação (mobilização popular contra hegemonia capitalista) assim ilustra para demonstrar que ele reage com questões políticas, sociais, econômicas e jurídicas, de acordo com o momento, mas sempre em busca de dignidade. Há formas plurais de entender e de atuar no mundo logo o conteúdo universal dos direitos humanos é a dignidade que viabiliza o diálogo entre as diferentes formas de existir.

Desse modo, partir do pressuposto de que os Direitos Humanos são produtos culturais, portanto, é uma maneira, então, de enxergar o diferente, o outro, de maneira diversa, ou seja, não mais como o bárbaro, como o incivilizado e, conseqüentemente, passível de colonizar, mas, sim, simplesmente como o diferente ou, ainda, como aquele que, no decorrer da própria história, procurou caminhos diferentes para buscar os elementos que considera essenciais para atingir as próprias concepções de dignidade humana.

Os direitos humanos, como todo fenômeno jurídico e político, encontram-se permeados por interesses ideológicos, que não podem ser entendidos separadamente do contexto social e cultural no qual estão inseridos.

Nesse sentido direito humano é, portanto, a maneira de enxergar o outro, o diferente. Flores propõe a criação de espaços onde todos possam fazer valer suas propostas e diferenças e propõe 6 decisões iniciais: 1 - *Pensar de outro modo (onde as diferenças sejam claras a fim de quebrar ideias hegemônicas)*; 2 - *Diálogos que rompem obstáculos e que separam os diferentes*; 3 - *Pensar o outro de forma crítica propondo formas de ação no mundo e não do mundo*; 4 - *Buscar algo que seja possível*; 5 - *Indignação ao intolerável que acontece ao nosso redor*; 6 - *Direitos humanos não vale a mesma coisa para todos os povos, já que existem formas diferentes de se chegar na dignidade*.

Por fim, a teoria crítica busca caminhos para que os direitos humanos sejam efetivados a partir de caminhos culturais, contextuais e conceituais para se chegar a atitudes e aptidões de empoderamento mútuo e de espaço de encontro.

Nesse ponto, a teoria crítica é capaz de alcançar a situação dos apátridas no mundo atual, uma vez que, apenas, com envolvimento da sociedade é possível entender o outro como diferente em um contexto social, e assim, viabilizar a inclusão do apátrida (o outro diferente) na sociedade, garantindo a ele reconhecimento, enquanto ser humano, com mínimo de dignidade humana, rompendo com a lógica de utilização do ser humano enquanto mercadoria no mundo moderno capitalista.

Nesse contexto importante destacar Hanna Arendt “*só com uma humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade.*” (1978, p. 381 e 382)

## Conclusão

Vale destacar que a situação singular dos apátridas se vincula de maneira especial com a sua relação com o Estado por não serem juridicamente reconhecidos em seu Estado de origem e em nenhum lugar do mundo.

Verifica-se que a perda dos direitos nacionais traduz a perda de direitos fundamentais, bem como o reconhecimento como ser humano, uma vez que não há reconhecimento de direitos básicos em nenhum lugar.

O fenômeno apátrida mostra a dificuldade do ser humano em conviver com o diferente. A ineficácia dos direitos humanos em lidar com os apátridas é uma constatação que se chega com esse trabalho.

Como possibilidade de solução utiliza-se a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores para criar um ambiente favorável para rediscutir a função e os objetivos que sempre foram atribuídos aos direitos humanos mostra que a visão tradicional dos direitos humanos é reducionista e não se coaduna com uma sociedade democrática.

Apesar de desenvolvimentos positivos, tanto em nível nacional quanto internacional, percebe-se que o problema da apatridia ainda está longe de ser solucionado. E não se diga que a atribuição de uma nacionalidade a todas as pessoas seria desimportante, sob o argumento de que a própria ordem jurídica internacional já seria suficiente para conferir a todos os seus direitos humanos; o fato é que os desenvolvimentos atuais dessa questão estão a indicar que muitos desses direitos, em especial os relativos à participação política, só podem ser realizados no âmbito da proteção dos Estados. Isso nos leva a crer que, por mais impressionante e positivo que seja o fortalecimento do direito internacional dos direitos humanos, ele ainda não se concretiza sem a adesão e incorporação no texto normativo dos Estados nacionais.

Diante do exposto, faz-se necessário romper com o olhar para a história a partir do olhar europeu, e conseqüentemente, romper com as limitações impostas pelo Estado moderno e aceitar a diversidade e a pluralidade para incluir os apátridas como parte integrante da humanidade.

## Referências

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

DUSSEL, Henrique. **1492 O encobrimento do Outro: A origem do “mito da Modernidade”**: Conferências de Frankfurt. Tradução Jaime A. Clasen, Petrópolis: RJ: Editora: Vozes, 1993, p.8

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **El vuelo de Anteo: Derechos humanos y crítica de la razón liberal**.

Bilbao: Desclée De Brouwer, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Giovanni. **História da filosofia: patristica e escolástica**, v.2 / Giovanni Reale, Dario Antiseri. Tradução Ivo Stiriolo. São Paulo: Paulus, 2003.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso elementar. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos Fundamentais e Direito da União Europeia em Momento de Tensão**, BH, 2016, Arraes.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado: Novos paradigmas em face da globalização**. 5ªed. ver. amp., BH: Arraes, 2017.

VITÓRIA, Francisco de. **Os índios e o direito da guerra: de indis et de jure belli relectiones**. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2006.

BRASIL. <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>. Acesso em 22 nov. 2020.

BRASIL.[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em 16 nov. 2020

BRASIL. <https://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/>. Acesso em 21 nov. 2020

BRASIL. <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htm#:~:text=A%20Declar%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos%20foi%20elaborada%20em%201946,at%C3%B4micas%20sobre%20duas%20cidades%20japonesas>. Acesso em 16 nov. 2020.

BRASIL.<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/cedula-de-identidade-de-estrangeiro/documentos-necessarios-para-registro/apatrida/Imigrante%20reconhecida%20condicao%20de%20apatrida>. Acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em 19 nov. 2020.

BRASIL. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em 21 nov. 2020.

BRASIL.[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20152018/2017/Decreto/D9199.htm?\\_ga=2.117861066.252832237.1605956801-326331745.1604442901](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2017/Decreto/D9199.htm?_ga=2.117861066.252832237.1605956801-326331745.1604442901). Acesso em 20 nov. 2020.

# O DIREITO HUMANO À ÁGUA POTÁVEL E SUA INTERDEPENDÊNCIA A OUTROS DIREITOS HUMANOS: A PARTICULAR RELAÇÃO COM OS DIREITOS À SAÚDE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO CONTEXTO PANDÊMICO EM MATO GROSSO DO SUL

**Pedro Gabriel Siqueira Gonçalves**

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Turma 2020/1. Procurador da República – Ministério Público Federal em Mato Grosso do Sul

## **Resumo:**

O direito humano à água potável é essencial à garantia do direito à saúde dos povos indígenas no contexto da pandemia da COVID-19. Após longo processo, ele ganhou contornos jurídicos e é reconhecido como direito humano fundamental pela comunidade internacional. Investigar-se-á a garantia de acesso à água potável, parafraseando Sousa Santos, “A Sul da Quarentena”, notadamente pelos grupos vulneráveis que reivindicam direitos territoriais. Estudar-se-ão duas comunidades de Mato Grosso do Sul, representantes da etnia Terena: “Aldeia Bananal” e a “Aldeia Ka’ikoe”. Conclusões provisórias: a) a discussão fundiária não pode ser obstáculo à satisfação dos direitos dos povos indígenas e b) a exclusão de povos com terras não regularizadas do fornecimento de água potável agrava o quadro de vulnerabilidade dessas populações e nega os seus direitos identitários e c) o Ministério Público Federal promove a defesa do direito humano à água potável das comunidades indígenas.

**Palavras-chave:** Direito à água potável; Estado pluriétnico; Dever de não discriminação.

## **Introdução**

A pandemia causada pelo novo coronavírus, SARS-Cov2 (COVID-19), afetou subitamente o modo de vida da população mundial. A quarentena, com o conseqüente isolamento social, foi sentida mais severamente por grupos vulneráveis, sobretudo as populações indígenas. A falta de água potável para consumo e higiene torna a situação ainda mais crítica.

O presente estudo visa examinar a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos dos povos indígenas à água potável, à saúde e aos territórios tradicionais no contexto da pandemia da COVID-19 em Mato Grosso do Sul. A garantia desses direitos humanos aos povos indígenas será abordada à luz do marco teórico do pluralismo jurídico, que fragmentou o monopólio estatal na produção de normas e tornou visíveis novos sujeitos de direitos e novas reivindicações ao Estado brasileiro. Os deveres do Estado pluriétnico quanto a tais direitos humanos serão postos em evidência ao longo da pesquisa.

A partir dessa premissa, apresentam-se dois problemas para a pesquisa: i) quais deveres surgem ao Estado, no marco teórico do pluralismo jurídico, para a garantia do direito à água potável aos povos indígenas que vivem em seu território? e ii) é possível excluir da ação estatal o fornecimento de água potável às comunidades indígenas cujos territórios tradicionais não foram reconhecidos formalmente pelo poder público? A justificativa do trabalho insere-se na destacada interdependência entre o direito humano à água potável e o direito à saúde no contexto de pandemia causada pelo novo coronavírus SARS-Cov2 (COVID-19).

O estudo será desenvolvido em quatro seções. A primeira abordará o conteúdo jurídico do direito humano à água potável no plano internacional, destacando suas principais características e elementos que delimitam o seu âmbito de proteção. A segunda examinará o surgimento do Estado pluriétnico, o reconhecimento de novos sujeitos de direito e de novas pretensões jurídicas no marco do pluralismo jurídico. A terceira analisará a interdependência do direito humano à água potável, o direito à saúde dos povos indígenas e os seus direitos territoriais no contexto da pandemia da COVID-19, destacando o agravamento da vulnerabilidade pela falta de água potável para a prevenção da doença. Por fim, a quarta seção estudará a situação de escassez hídrica de duas comunidades da etnia Terena de Mato Grosso do Sul: a “Aldeia Bananal” e a “Aldeia Ka’ikoe”.

Para atingir os objetivos propostos, será utilizada a pesquisa exploratória e descritiva, bibliográfica e documental com uma análise por meio de obras, artigos, declarações, convenções internacionais e documentos oficiais. O método de abordagem será o dedutivo, partindo de conceitos genéricos até sua particularização.

## **O conteúdo jurídico do direito humano à água potável**

O tema água potável desperta o interesse da comunidade internacional desde a década de 70 do século passado. Em certa medida, o surgimento e desenvolvimento das discussões internacionais sobre a necessidade de proteção da água potável acompanhou a própria evolução do direito internacional do meio ambiente. Já na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972 em Estocolmo, a água potável foi objeto de preocupação

dos conferencistas, a despeito de o foco, inicialmente, voltar-se à proteção da água potável enquanto bem ambiental importante à preservação do ciclo hidrológico e manutenção do clima.

O marco jurídico dos direitos humanos visa estabelecer diretrizes para garantir o acesso à água potável segura e a preços módicos, evitando a ocorrência de abusos por parte dos detentores do direito de propriedade sobre a água, os quais podem estabelecer quadro tarifário no qual o cidadão é compelido a realizar escolhas difíceis entre o abastecimento de água potável ou a satisfação de outros direitos tão caros à dignidade humana como a alimentação, saúde e moradia.

O direito humano à água potável, cujo processo de afirmação histórica ocorreu de forma lenta e gradual no âmbito de conferências onuzianas das décadas de 80 e 90, apenas foi reconhecido expressamente pela ONU em 28/07/2010 pela Resolução AG 64/292. A referida resolução da AG da ONU sacramentou a autonomia do direito humano à água potável, cuja tutela jurídica independe da avaliação de outros direitos humanos correlatos como a vida ou saúde (ONU, 2010).

Antes da Resolução AG 64/292, outro órgão integrante do sistema de proteção global da ONU, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, expediu o Comentário Geral n.º 15 de 2002, que veicula as principais características do regime jurídico de proteção ao direito humano à água potável. Além de reconhecer o direito humano à água potável, o Comentário Geral n.º 15/2002 dispôs que a água potável deve atender, ao menos, a três vetores, quais sejam: a) disponibilidade; b) qualidade e c) acessibilidade e suas quatro dimensões (CESCR, 2002).

Resumidamente, por *disponibilidade* entende-se que o fornecimento da água potável deve ser contínuo e suficiente para o uso pessoal e doméstico. Já a *qualidade* da água potável refere-se à circunstância de ser segura, livre de contaminação por micro-organismos, substâncias químicas ou perigos radiológicos que representam perigo para a saúde da pessoa. Por fim, a *acessibilidade* da água potável denota que as instalações e os serviços de fornecimento de água devem estar acessíveis a todos sem discriminação dentro do território do Estado (CESCR, 2002).

A característica da acessibilidade da água potável desdobra-se em quatro derivações: *acessibilidade física*, *acessibilidade econômica*, *não-discriminação* e *acessibilidade informacional*. Aos interesses de nosso estudo, maior ênfase deve ser dada à característica da “não-discriminação” do acesso à água potável. Vale dizer, o fornecimento de água potável deve abranger os grupos vulneráveis ou marginalizados da população, sem discriminação. A característica da “não-discriminação” do direito humano à água potável é disposta no item 12. c.iii do Comentário Geral n.º 15/2002 (CESCR, 2002).

Nota-se, no sistema global de proteção de direitos humanos, preocupação com os grupos vulneráveis desde a gênese do regime jurídico do direito humano à água potável. Debateremos esse dever de “não-discriminação” ao

longo de nosso estudo, sobretudo aquele imposto ao Estado pluriétnico brasileiro em relação às comunidades indígenas que reivindicam direitos territoriais.

## **O Estado pluriétnico, o surgimento de novos sujeitos de direitos e o pluralismo jurídico**

O paradigma de Estado pluriétnico sucede o anterior arquétipo denominado de Estado-nação. O Estado-nação tem suas origens filosóficas no iluminismo e político-jurídicas nas revoluções americanas e francesas. O Estado-nação é o produto acabado da modernidade, destacando-se a abstração do “homem burguês” e a universalização dos valores e direitos da sociedade burguesa; enquanto o Estado pluriétnico resulta de movimentos filosóficos que contestam os postulados da modernidade, reunidos pela rubrica de pós-modernidade, os quais enfatizam a necessidade de reconhecimento de identidades culturais e respeito à diferença (PEREIRA, 2002, p. 41).

Um dos propósitos dos Estados nacionais era a noção de homogeneidade, no sentido de que as nacionalidades menores só teriam a ganhar incorporando-se às nações maiores. Reforçando essa concepção, o darwinismo social do século XIX postulava que o Estado-nação era uma fase da evolução humana, indo do pequeno ao grande grupo, da família à tribo, à região à nação (HOBSBAWM *apud* DUPRAT, 2014, p. 54).

O uso de uma única língua nas relações administrativas com os nacionais, situando os não falantes à margem da sociedade nacional, impedia a resistência dos grupos étnicos menores ao projeto homogeneizador. Logo, a assimilação dos pequenos povos foi uma consequência inevitável no quadro do Estado-nação, obtida às vezes de forma consentida, ora mediante uso de violência real ou simbólica (DUPRAT, 2014, p. 54).

No plano jurídico, a mudança paradigmática do Estado-nação para o Estado pluriétnico encontra expressão tanto no Direito Internacional como no Direito Interno brasileiro. No plano do Direito Internacional, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT de 1989 abandonou a abordagem “assimilacionista” e “integracionista” dos povos tradicionais que era enredada pelo regime da antecessora Convenção 107 da OIT. Enquanto esta visava à integração das minorias étnicas à sociedade nacional, aquela reconheceu a necessidade de fortalecer as identidades, línguas e religiões dessas minorias étnicas dentro dos territórios onde vivem.

Para MACIEL (2010, p. 184), a Convenção nº 169 da OIT sucedeu a Convenção nº 107 de natureza “integracionista” e “assimilacionista”. A Convenção 169 apontou o critério da autodeterminação como reitor da definição dos sujeitos de direito, isto é, é o sujeito quem diz pertencer a tal ou qual grupo social. A mudança de paradigma para o respeito à diversidade cultural e à autodeterminação dos povos sinaliza a consolidação do Estado pluriétnico.

Interessante notar que a mudança de paradigma para uma perspectiva

pluriétnica de Estado promoveu o reconhecimento de “novos” sujeitos de direitos, caracterizados como sujeitos coletivos titulares de direitos culturais e territoriais. Contrariamente, no anterior paradigma etnocêntrico, que predominou durante a vigência do Estado-nação, o sujeito de direitos era representado apenas pelo indivíduo, a pessoa indivizualizada, de forma atomizada e com caráter essencialista e universal.

MACIEL (2010, p. 182) aponta que a Constituição Federal de 1988 alterou o paradigma jurídico da invisibilidade formal de povos tradicionais, como os povos indígenas, e passou a reconhecê-los como portadores de identidade próprios, dos diferentes grupos sociais. Ela reconheceu liberdades expressivas aos grupos tradicionais, entre elas: diferentes formas de expressão, criar, fazer e viver (art. 216, incisos I e II).

A seu turno, para Wolkmer (2010, p. 27), o pluralismo jurídico revela a necessidade do reconhecimento tanto da alteridade, como da emancipação, ambas em relação de coexistência para uma compreensão de elementos multiculturais na sociedade, isto é, o pluralismo fundado em valores coletivos da cultura de cada povo ou comunidade. Entre esses novos sujeitos que reivindicam direitos culturais diferenciados, no contexto multicultural brasileiro, MACIEL (2010, p. 194) identifica-os nos: indígenas, quebradeiras de coco, quilombolas, entre outros grupos, no seio de sua vida comunitária.

Para os fins desse estudo, importante notar que as comunidades indígenas brasileiras tiveram o reconhecimento de direitos coletivos territoriais sobre as terras que expressam a sua cultura pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 231). A relação dos indígenas com as terras tradicionais não é de propriedade, como visto, na acepção individualista da modernidade, mas de territórios culturalmente reivindicados como expressão de identidades coletivas.

## **A interdependência do direito humano à água potável, o direito à saúde dos povos indígenas e os seus direitos territoriais no contexto da pandemia da COVID-19**

A partir do novo paradigma instaurado pela Constituição Federal de 1988, que trouxe novos contornos ao Estado nacional brasileiro, qualificando-o como pluriétnico e multicultural, surgem novos sujeitos de direito (como vimos, com destaque aos povos indígenas) e novas pretensões jurídicas a serem tuteladas. Para os fins desse estudo, abordaremos a relação entre o direito à água potável, direito à saúde dos povos indígenas e seus direitos territoriais no contexto da pandemia da COVID-19, enfatizando os deveres que surgem ao Estado pluriétnico brasileiro.

Após mais de três décadas de vigência da Constituição Federal brasileira, a situação fundiária dos povos indígenas apresenta-se como um projeto inacabado. O processo formal de reconhecimento (identificação, declaração e demarcação) de terras indígenas, conduzido pelo Estado brasileiro, caminha a

passos lentos e, não raras vezes, obstruído por questionamentos judiciais de toda ordem, sejam aspectos formais ou materiais do procedimento de demarcação.

O fato é que, a partir do critério fundiário, é possível analisar o acesso dos povos indígenas às políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, notadamente a assistência à saúde e ao saneamento, sob duas perspectivas: os povos com terras regularizadas e aqueles que ocupam terras não regularizadas. A pandemia causada pelo novo coronavírus expôs sobremaneira a vulnerabilidade dessas comunidades indígenas que ocupam territórios não regularizados. A recorrente escassez de água potável e saneamento, que outrora comprometia adequada alimentação e prevenção a doenças com agentes patológicos e tratamento já conhecidos pela ciência, ganhou contornos mais severos ao tempo que a principal medida preventiva à COVID-19, recomendada pelas autoridades sanitárias, é justamente a higiene pessoal, mediante a lavagem das mãos e de utensílios domésticos.

Ao tratar das implicações da pandemia do novo coronavírus, SANTOS dedica especial atenção à quarentena de grupos sociais que padecem de uma especial vulnerabilidade que precede a quarentena e se agrava com ela. Ele aponta que esses grupos sociais, especialmente vulneráveis, compõem o que chama de “Sul”, conceito que não remete a um espaço geográfico, mas a um espaço-tempo social, político e cultural que atua como a metáfora do sofrimento humano injusto causado pela exploração capitalista, discriminação racial e pela discriminação sexual (2020, p. 15).

A quarentena a “Sul” é particularmente difícil em relação aos outros grupos sociais. Citam-se como exemplos desses grupos especialmente vulneráveis: as mulheres e a sobrecarga de responsabilidades no âmbito doméstico e o risco de violência; os moradores das periferias pobres das grandes cidades do mundo que se verão compelidos a escolher entre trabalhar para ganhar o pão de cada dia ou ficar em casa e passar fome; os trabalhadores informais que, desprovidos de proteção ao emprego, perderão sua renda subitamente com a paralisação das atividades econômicas; os idosos que isolados em casas de repouso, asilo e etc correm o risco de morrer sem ninguém dar conta; os refugiados que habitam campos de internamento que não tem acesso ao mínimo de assistência à saúde e etc (SANTOS, 2020, p. 15-21).

A lista dos que compõem o “Sul” não é exaustiva. Evidentemente, outras categorias de grupos sociais particularmente vulneráveis podem integrá-la. Alocamos, neste rol aberto, a “Sul” da quarentena, as comunidades indígenas que reivindicam os seus direitos territoriais. Acampadas em barracos de lona à beira das rodovias, sujeitas ordinariamente ao risco de atropelamento, ou instaladas provisoriamente em ocupações de parte dos territórios tradicionais, sujeitas à violência no campo, aquelas comunidades indígenas sofrem, de forma perversa, os efeitos da pandemia diante do desafio de terem de se proteger contra o vírus, mediante higiene pessoal, e não terem acesso à água potável justamente por sua posição na luta pela terra.

A relação de indivisibilidade e interdependência entre os direitos humanos à água potável e à saúde dos povos indígenas nunca foi tão evidente. A pandemia do novo coronavírus reafirmou a necessidade de o Estado promover o acesso à água potável a todos cidadãos (no sentido arendtiano, direito a ter direitos) que habitam o seu território e em todos os seus espaços, sejam urbanos ou rurais. Ênfase deve ser dada aos grupos vulneráveis, mais severamente atingidos pela pandemia, como aquelas comunidades indígenas com territórios não regularizados.

Importante reiterar, a essa altura, que o princípio da “não-discriminação” aos povos indígenas integra a agenda de direitos humanos do sistema global de proteção desde, ao menos, a Declaração de Viena de 1993, cujo item 20 do respectivo programa de ação propugna “os Estados deverão, em conformidade com o Direito Internacional, adotar medidas positivas e concertadas com vista a garantir o respeito por todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, na base da igualdade e da não-discriminação, bem como reconhecer o valor e a diversidade das suas distintas identidades, culturas e organizações sociais.” (ONU, 1993).

Do mesmo modo, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 já nos seus primeiros artigos ressalta o dever de não-discriminação aos povos indígenas a partir de elementos relacionados aos seus direitos culturais. O artigo 2 da Declaração explicita a relação entre os direitos de igualdade e correlato dever de não-discriminação, a partir de elementos étnicos, aos povos indígenas.

Evidentemente, o Estado pluriétnico e multicultural não deve atuar de forma discriminatória, a partir do critério fundiário, na execução de políticas públicas de acesso à água potável e à saúde, atendendo as comunidades indígenas com territórios regularizados e excluindo aquelas que ainda reivindicam a conclusão do processo demarcatório. Além das normas de natureza constitucional, há compromissos internacionais assumidos pelo Brasil que impõem o dever de atuar de forma não discriminatória na execução de políticas públicas em favor de comunidades indígenas para garantia de direitos fundamentais básicos, como a saúde, água potável e saneamento. Normas com conteúdo vinculante, integrantes da denominada *hard law* do Direito Internacional, podem ser apontadas para vincular a ação do Estado pluriétnico brasileiro.

Destacam-se, nesse sentido: o art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969) que veicula o princípio da não-discriminação; o art. 1º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC (ONU, 1966) que prescreve o princípio da autodeterminação dos povos e o art. II, 1. “a” da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1966), que prescreve o dever de os Estados partes de não efetuar ato ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupo de pessoas e instituições que vivam em seus territórios.

Enfim, seja por meio de normas de *soft law* ou por meio de normas de *hard law*, o dever de não-discriminação aos povos indígenas já constitui objeto

de obrigações jurídicas que podem ser opostas aos Estados nacionais no plano internacional. No plano interno, a Constituição de 1988 veio reafirmar os direitos culturais dos povos indígenas e o correlato dever de não-discriminação pelo Estado brasileiro a partir de elementos étnicos.

## **O acesso à água potável pelas comunidades indígenas com territórios (não) regularizados em Mato Grosso do Sul: os casos das “Aldeia Bananal” e “Aldeia Ka’ikoe”**

Nesta última seção de nosso estudo, selecionamos duas comunidades indígenas de Mato Grosso do Sul que enfrentam escassez de água potável (a “Aldeia Bananal” e a “Aldeia Ka’ikoe”) e cuja vulnerabilidade foi agravada com a pandemia da COVID-19. Elas têm em comum o fato de pertencerem à etnia indígena Terena, mas ostentam posições distintas na luta por seus direitos territoriais. A “Aldeia Bananal” teve seu território tradicional formalmente reconhecido pelo Estado brasileiro<sup>1</sup>, enquanto a “Aldeia Ka’ikoe” ocupa território pendente de regularização fundiária, como veremos adiante.

A “Aldeia Bananal” integra a Terra Indígena Taunay Ipegue e está localizada no Município de Aquidauana. A despeito de contar com poços artesianos para captação de água do lençol freático e sistema de distribuição na comunidade, o Estado brasileiro tem sido omissivo no dever de prestar assistência técnica aos indígenas, mediante manutenção de caixas d’água, de bombas d’água e orientação quanto ao correto tratamento da água para consumo humano<sup>2</sup>.

A comunidade indígena “Aldeia Bananal” enfrenta constante escassez de água potável por falta de manutenção no sistema de captação e distribuição, prejudicando não só a utilização para fins de sedentação e usos domésticos, mas também a satisfação de direitos econômicos dos indígenas, como a agricultura familiar, mediante cultivo de mandioca, milho, hortaliças e etc. Há evidente infração ao dever material de fornecimento de água potável e saneamento por parte do Estado brasileiro, portanto.

Por conta disso, o Ministério Público Federal avaliou a essencialidade do direito à água potável, agravada no quadro de combate à COVID-19, e recomendou, em 24 de abril de 2020, à Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI o fornecimento de água potável, em caráter emergencial, aos indígenas da “Aldeia Bananal” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020b).

Ao Estado pluriétnico brasileiro incumbe, como visto, o cumprimento de deveres materiais em relação ao direito humano à água potável dos povos indígenas, consistente na perfuração de poços artesianos para captação de

1 Portaria SPI n.º 1688, de 16/08/1984.

2 Laudo pericial elaborado pelo Ministério Público Federal identificou que o problema atual de escassez hídrica na comunidade de “Aldeia Bananal” diz respeito à falta de manutenção de caixas d’água e falta de orientação técnica aos indígenas quanto ao correto tratamento da água captada dos poços artesianos (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020a, p. 43-44).

água e construção de adequado sistema de distribuição na comunidade, além de prestar adequada assistência técnica para o correto tratamento da água e manutenção do respectivo sistema.

Entretanto, além desses deveres materiais, surgem deveres procedimentais ao Estado pluriétnico brasileiro, consistente na proibição de atuar de forma discriminatória no fornecimento de água potável aos povos indígenas, justificando a exclusão a partir da natureza fundiária dos territórios ocupados. Vale dizer, o Estado pluriétnico não deve orientar sua atuação no fornecimento de água potável com base em critérios fundiários. Todos indígenas, com terras regularizadas ou não regularizadas, devem ter acesso à água potável e ao saneamento.

Agora, será examinada a situação da comunidade indígena “Aldeia Ka’ikoe” e as dificuldades enfrentadas para ter acesso à água potável em quantidade e qualidade suficientes ao pleno gozo de vida digna. Assim como a “Aldeia Ka’ikoe”, há outras comunidades indígenas em Mato Grosso do Sul que atualmente reivindicam seus territórios tradicionais e enfrentam, em certa medida, dificuldades de acesso à água potável<sup>3</sup>. Entretanto, optamos por estudar o caso da “Aldeia Ka’ikoe” porque nele o poder público apontou explicitamente a falta de regularização fundiária como obstáculo ao fornecimento de água potável aos indígenas.

A “Aldeia Ka’ikoe”, representante da etnia Terena, pertence à Terra Indígena Cachoeirinha II e está localizada no Município de Miranda, Mato Grosso do Sul. Os indígenas que compõem a “Aldeia Ka’ikoe” são provenientes da Terra Indígena Cachoeirinha já demarcada, mas cujos limites do território tradicional foram revisados pela FUNAI em 2007, passando dos atuais 2.668 ha para 36.288 ha, abrangendo propriedades rurais adjacentes<sup>4</sup>.

Passados mais de dez anos, a conclusão do processo administrativo de revisão dos limites da Terra Indígena Cachoeirinha estava paralisado na fase procedimental de “demarcação física da área e pagamento de indenização por benfeitorias”, ora pela morosidade da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, ora por inúmeros questionamentos judiciais de proprietários de áreas abrangidas pelo território tradicional. Nesse contexto de espera e como manifestação de resistência contra a morosidade estatal, um grupo de indígenas Terenas ocupou, em 04 de abril de 2011, o então imóvel rural denominado “Fazenda Charqueada do Agachi”. Assim, surgiu a comunidade da “Aldeia Ka’ikoe” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019a).

Desde as primeiras reivindicações do grupo “Aldeia Ka’ikoe” ao poder público brasileiro, o tema de acesso à água potável era apontado como prioritário. A localidade ocupada pelos indígenas não dispõe de fontes naturais de

3 Entre elas, citam-se as comunidades de Kurusu Ambá I, II e III, pertencentes ao *Tekohá Guasu*, localizadas no Município de Coronel Sapucaia, as quais ocupam provisoriamente parte do território tradicional e têm acesso à água potável de forma precária mediante o abastecimento por caminhões pipa (JUSTIÇA FEDERAL, 2019, p. 68).

4 Portaria FUNAI n.º 791, de 20/04/2007.

recursos hídricos. Aos indígenas restam atender suas necessidades diárias de água potável, mediante duas situações igualmente precárias: ou acessam um poço caseiro localizado numa área limítrofe da retomada ou deslocam-se 2,5 km até a vizinha “Aldeia Mãe Terra”, também integrante da Terra Indígena Cachoeirinha, para utilizar seus poços artesianos (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019a).

A demanda por água potável da “Aldeia Ka’ikoe” é acompanhada pelo Ministério Público Federal desde a origem da ocupação na antiga “Fazenda Charqueada do Agachi”. Inicialmente, os indígenas tiveram acesso ao fornecimento de água potável mediante caminhões-pipa disponibilizados pela prefeitura municipal de Miranda. Entretanto, com o passar do tempo e mudanças na gestão municipal, o fornecimento por caminhões-pipa apresentou sucessivas interrupções e não atendeu às necessidades da comunidade, sobretudo porque não se tem garantia da origem e qualidade da água captada e não há frequência na distribuição, dependendo de provocação por parte das lideranças indígenas (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019a).

Nesse contexto, o órgão responsável pela execução dos serviços de saúde indígena no âmbito local, o Distrito de Saúde Indígena – DSEI, vinculado à Secretaria de Saúde Indígena – SESAI, foi instado pelo Ministério Público Federal (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019b) a adotar as medidas necessárias para suprir a demanda por água potável da “Aldeia Ka’ikoe”, notadamente mediante a construção de poços artesianos e a instalação de rede de distribuição de água potável naquela comunidade (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019a).

Em resposta, o DSEI/MS foi categórico ao afirmar que não atenderia à recomendação ministerial, porque a comunidade “Aldeia Ka’ikoe” *“está em área de retomada, o que, repita-se, não há como resolver a contento a situação, pois área de retomada não é terra indígena, haja vista que existe conflito pairando sobre referida área”* (DISTRITO SANITÁRIO ESPECIAL INDÍGENA, 2019).

Não havendo a resolução extrajudicial, coube ao Ministério Público Federal ajuizar ação civil pública contra a União, pleiteando em caráter de urgência a construção de poços artesianos e a instalação de rede de distribuição de água potável para atender a comunidade indígena. A ação coletiva, autuada sob o n.º 5008947-14.2019.4.03.6000, foi proposta em setembro de 2019 e tramita perante a 2.ª Vara Federal de Campo Grande/MS, mas ainda não teve decisão judicial, sequer provisória (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019a).

O caso da “Aldeia Ka’ikoe” estampa que há um longo caminho a ser percorrido entre a previsão normativa da Constituição de 1988 acerca do Estado pluriétnico e a prática verificada em relação aos grupos indígenas que reivindicam direitos territoriais. Sem meias palavras, o órgão de proteção à saúde dos povos indígenas, DSEI/MS, apontou a questão fundiária como obstáculo à satisfação do direito humano à água potável da “Aldeia Ka’ikoe”.

Nada mais paradoxal, o mesmo Estado que é inerte na conclusão do

processo demarcatório invoca essa condição para negar o atendimento à demanda por água potável da comunidade que reivindica seus direitos territoriais. É preciso quebrar este ciclo vicioso: nega-se direitos territoriais e, em consequência, são negados direitos sociais e econômicos.

O Estado pluriétnico precisa ser concretizado na prática constitucional brasileira, reconhecendo efetivamente os direitos territoriais desses novos sujeitos culturalmente diferenciados e não atuando de forma discriminatória no oferecimento de políticas públicas, como o acesso à água potável.

O Ministério Público Federal tem entendimento sedimentado por suas instâncias de coordenação e revisão, no sentido de que o fator fundiário não pode ser apontado como elemento de discriminação no acesso a políticas públicas do Estado brasileiro. Ele (o MPF) desempenha importante papel na proteção desses grupos vulneráveis no contexto da pandemia da COVID-19. Seja por meio de recomendações extrajudiciais, seja pela propositura de ações coletivas, o *Parquet* tem zelado pelo efetivo respeito ao direito humano à água potável das comunidades indígenas em Mato Grosso do Sul, independente da natureza fundiária dos territórios tradicionais, se regularizados ou não regularizados.

Enfim, o estudo de caso das comunidades indígenas “Aldeia Bananal” e “Aldeia Ka’ikoe” revela que o Estado brasileiro descumpra deveres materiais e deveres procedimentais do regime jurídico do direito humano à água potável daquelas populações culturalmente diferenciadas, tal com disposto no Comentário Geral n.º 15 e na Resolução AG n.º 64/292.

A um só tempo o Estado brasileiro infringe deveres materiais, ao negar aos membros da comunidade “Aldeia Bananal” água potável *disponível, de qualidade e acessível* e viola deveres procedimentais, ao atuar de forma discriminatória em relação aos integrantes da comunidade “Aldeia Ka’ikoe” pela circunstância de reivindicarem direitos territoriais.

## Conclusão

O direito humano à água potável, reconhecido pelo direito internacional, carrega em seu regime jurídico características que apontam para a existência de deveres materiais (fornecimento de água *disponível, segura e acessível*) e deveres procedimentais (fornecimento sem discriminação) aos Estados. A particularidade dos Estados tidos como pluriétnicos é que novos sujeitos ganham visibilidade e postulam o direito à água potável em contextos interligados com a proteção a seus direitos culturais.

A pandemia causada pelo novo coronavírus SARS-Cov2 (COVID-19) impactou de forma mais gravosa grupos sociais especialmente vulneráveis. Comunidades indígenas que reivindicam direitos territoriais veem-se privadas de acesso à água potável sob a justificativa de que a pendência na regularidade formal das terras ocupadas constituiria óbice à satisfação daquele direito social e econômico. Nada mais paradoxal, o mesmo Estado que é omissor no

processo de regularização fundiária dos territórios tradicionais indígenas invoca sua omissão para justificar a negativa ao direito humano à água potável de povos indígenas com terras não regularizadas.

Há um hiato entre o que preveem as normas internacionais e nacionais sobre a estrutura pluriétnica do Estado brasileiro e o que se verifica no plano fático quanto ao acesso à água potável por parte daqueles grupos vulneráveis culturalmente diferenciados. Os casos das comunidades “Aldeia Bananal” e “Aldeia Ka’ikoe” estampam que há um longo caminho a ser percorrido até a concretização do projeto social inclusivo almejado pela Constituição de 1988.

O elemento fundiário jamais pode ser fator de *discrimen* para orientar a execução de políticas públicas de acesso aos direitos à água potável, saúde, educação e outros. Negar o direito à água potável a esses grupos vulneráveis a um só tempo agrava o quadro de vulnerabilidade e acaba por negar os seus próprios direitos culturais, os quais são expressados na relação com os territórios tradicionais.

O direito à água potável interconecta-se a outros direitos sociais, como a saúde no contexto pandêmico, e a direitos econômicos das comunidades indígenas, viabilizando a produção de alimentos no interior do território tradicional. No marco do pluralismo jurídico, cabe ao Estado brasileiro proceder, *sem discriminação*, ao fornecimento de água potável *disponível, segura e acessível* a todas as comunidades indígenas que habitam seu território, independente do seu *status* fundiário. O fundamento para o dever de não discriminação é expresso pelo reconhecimento normativo ao direito à diferença no quadro plural da sociedade brasileira.

O Ministério Público Federal tem destacada atuação em favor dos direitos humanos dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul. Historicamente, a instituição é sensível às demandas desses novos sujeitos culturalmente diferenciados e tem provocado, judicial ou extrajudicialmente, o Estado brasileiro a assumir, de fato, a postura inclusiva do Estado pluriétnico. A demanda por água potável no contexto da pandemia do novo coronavírus SARS-Cov2 (COVID-19) realça a vulnerabilidade de povos indígenas que reivindicam direitos territoriais em Mato Grosso do Sul.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 13. jul. 2020.

CESCR – COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. **General Comment n.º 15**: substantive issues arising in the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Geneva: United Nations, 11-29 Nov. 2002.

COLAÇO, Thais Luzia. **Elementos de Antropologia Jurídica**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

DISTRITO SANITÁRIO ESPECIAL INDÍGENA EM MATO GROSSO DO SUL. **Ofício n.º 1656/2019/MS/DSEI/SESAI/MS**. Negativa de fornecimento de água potável à “Aldeia Ka’ikoe” em Miranda/MS. Campo Grande, 2019.

DUPRAT, Déborah. A Convenção 168 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. **Revista Culturas Jurídicas**, vol. 1, n.º 1, p. 51-72, 2014.

JUSTIÇA FEDERAL EM MATO GROSSO DO SUL. 5.ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA. 1.ª VARA FEDERAL DE PONTA PORÃ. **Laudo Antropológico Kurusu Ambá I (Reintegração de posse n.º 0000052-52.2010.403.6005)**. Perícia antropológica sobre a comunidade de Kurusu Ambá I localizada na Fazenda “Nossa Senhora Auxiliadora” em Coronel Sapucaia/MS. Ponta Porã, 2019.

MACIEL, Luciano Moura. Dos sujeitos da modernidade aos “novos” sujeitos de direito: da invisibilidade ao reconhecimento jurídico pós-abissal. **Revista do Direito Ambiental da Amazônia** n.º 15, p. 173-197, Jul. - Dez. 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ação Civil Pública n.º 5008947-14.2019.4.03.6000**. Fornecimento de água potável à “Aldeia Ka’ikoe” em Miranda/MS. Campo Grande, 2019a.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Laudo Técnico n.º 827/2020 (PGR-00173586/2020)**. Acompanhamento da política indigenista de proteção à saúde dos povos indígenas na pandemia da COVID-19 em Mato Grosso do Sul. Campo Grande, 2020a.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Recomendação n.º 001/2019-MPF/PRMS/EKS**. Fornecimento de água potável à “Aldeia Ka’ikoe” em Miranda/MS. Campo Grande, 2019b.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Recomendação n.º 03/2020 (PR-MS-00010680/2020)**. Fornecimento de água potável à “Aldeia Bananal” em Aquidauana/MS. Campo Grande, 2020b.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**. Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em 13 jul. 2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 107**. Disponível em <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235197/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235197/lang--pt/index.htm)> Acesso em: 13 jul. 2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 169**. Disponível em <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236247/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm)> Acesso em: 13 jul. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993**. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>> Acesso em 13 jul. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20>

a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%202106%20(XX)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%20201965.pdf > Acesso em 13 jul. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007**. Disponível em <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf)> Acesso em 13 jul. 2020.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 – PIDESC**. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2020.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução A/RES/64/292, de 28 de julho de 2010**. Disponível em <[https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292)> Acesso em 13 jul. 2020.

PEREIRA, Déborah Duprat. O Estado Pluriético. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza & BARROSO-HOFFMANN, Maria (Orgs.). **Além da tutela: Bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro, editora Contra Capa Livraria, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

WOLKMER, A C; NETO, F. Q. V. & LIXA, I (Orgs.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

# FISCALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MULHERES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – BRASIL

**Rita de Cássia Krieger Gattiboni**

Auditora Pública Externa – TCE-RS – Graduação em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Mestrado em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestrado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; e Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul

## **Resumo:**

O objetivo desse trabalho é apresentar o processo que se desenvolve no Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul para a inclusão da fiscalização das Políticas Públicas para Mulheres nos Planos Anuais de Fiscalização. No ano de 2011, as conclusões de um processo de admissão que examinou um concurso público, indicaram discriminação de gênero em relação às mulheres. A partir disso, a Equipe de Auditoria propôs ao Conselho auditar políticas públicas para mulheres ou que o tema passasse a ser pautado no Tribunal. Com base nos documentos internacionais e no ordenamento jurídico pátrio, infere-se como dever constitucional dos Tribunais de Contas, após a Constituição Federal de 1988, além das fiscalizações contábeis centradas na legalidade ou ilegalidade das despesas, também a fiscalização da implementação de políticas públicas ratificadas pelo Brasil e absorvidas pelo arcabouço jurídico nacional e relacionadas com a distribuição mais equânime dos recursos públicos advindos dos tributos e com o cumprimento do determinado na Constituição Federal de 1988 no que tange à igualdade dos sexos.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas; Mulheres; Tribunais de Contas.

## **Fundamentação teórica, histórica, sociológica e legal para a inclusão da matéria nos itens a serem fiscalizados pelo TCE-RS**

A violência contra a mulher é um dos fenômenos sociais que mais ganhou visibilidade nas últimas décadas devido ao seu efeito devastador sobre a família, a sociedade, a economia e aos reflexos diretos na vida cotidiana (escola, saúde, trabalho e lazer). A Convenção sobre a Eliminação de Todas

as Formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida pela sigla *CEDAW* (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher. Aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, foi assinada pelo Brasil, com reservas, em 31 de março de 1981. Após a Constituição de 1988, que determinou a igualdade de gênero, o Brasil ratificou-a plenamente. A Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 93 de 1983 e promulgada pelo Decreto nº 89.460, de 20/03/1984. (PIMENTEL, 2013).

A Convenção deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado. De acordo com Sílvia Pimentel:

A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano. Nas palavras da jurista Flávia Piovesan “A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A Convenção trata do princípio da igualdade seja como obrigação vinculante, seja como um objetivo”.

(...).

Os Estados-partes têm o dever de eliminar a discriminação contra a mulher através da adoção de medidas legais, políticas e programáticas. Essas obrigações se aplicam a todas as esferas da vida, a questões relacionadas ao casamento e às relações familiares e incluem o dever de promover todas as medidas apropriadas no sentido de eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização, empresa e pelo próprio Estado.

(...).

Entretanto, a simples enunciação formal dos direitos das mulheres não lhes confere automaticamente a efetivação de seu exercício. Este depende de ações dos três poderes: **do Legislativo, na adequação da legislação nacional aos parâmetros igualitários internacionais; do Executivo, na elaboração de políticas públicas voltadas para os direitos das mulheres;** e, por fim, do Judiciário, na proteção dos direitos das mulheres e no uso de convenções internacionais de proteção aos direitos humanos para fundamentar suas decisões. (PIMENTEL SILVIA, p. 3-4)

Assim, a concretização dos direitos da mulher depende de uma ação articulada entre os poderes. O Legislativo deve de adequar a legislação aos princípios contidos na Convenção e na Constituição Federal de 1988; o Executivo deve de implementar políticas públicas voltadas para a concretização desses direitos; e o Judiciário deve de adequar e fundamentar as suas decisões consoante à Constituição e às Convenções ratificadas pelo Brasil e os Órgãos

de Controle. Entre eles, os Tribunais de Contas, dentro de suas atribuições constitucionais, devem de examinar a adequação das legislações aos princípios e diretrizes da Convenção e absorvidos pela Constituição Federal de 1988 e também verificar a existência de políticas públicas que possibilitem a concretização desses princípios.

Portanto, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, ratificada integralmente pelo Brasil, funda a partir dos Tratados Internacionais a igualdade entre homens e mulheres e estabelece uma série de princípios e diretrizes que devem de ser implementados pelos Estados-partes.

Deve-se anotar que há quarenta anos a Convenção ressaltou a função social da maternidade, a necessidade da responsabilização pelos cuidados com a família ser de responsabilidade compartilhada, a necessidade de fortalecimento de serviços sociais, mediante o fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinados ao cuidado das crianças. Friso essa proposição da Convenção, por que é em decorrência da responsabilização da mulher pelos trabalhos familiares e domésticos, sua restrição ao espaço privado. E quando não está restrita a este espaço, ou seja, trabalha também no espaço público, a mulher permanece com a responsabilidade pelos cuidados do ambiente privado. Essa situação impede a mulher de participar juntamente com o homem das decisões em todas as esferas da vida, ao mesmo tempo que a coloca num lugar de inferioridade, embasando o poder e a violência do homem sobre ela.

No entanto, foi na Conferência dos Direitos Humanos de Viena, de 1993, que inspirou a Convenção de Belém do Pará, que foram redefinidas as fronteiras entre espaço público e esfera privada, superando a divisão que até então caracterizava as teorias clássicas do Direito. A partir desta reconfiguração, os abusos que têm lugar na esfera privada – como o estupro e a violência doméstica – passaram a ser interpretados como crimes contra os direitos da pessoa humana. Consta que a Declaração de Viena foi o primeiro instrumento internacional que especializa a expressão de direitos humanos da mulher, conforme o seu art. 18, Parte I (PORTO, 2012, p.16) quando se escreveu, literalmente, que os Direitos do Homem também são Direitos das Mulheres e das crianças do sexo feminino, consoante esta no item 18, da Parte I, da Declaração de Viena:

**‘Os Direitos do Homem das Mulheres e das crianças do sexo feminino’, ‘os Direitos do Homem das Mulheres’, ‘dos Direitos do homem das Mulheres’,** até então, a mulher e menina não eram vistas em igualdade ao homem, mas subsumidas a ele. Também no item 36, da Parte II, estabeleceu-se a expressão **‘os Direitos Humanos pelas Mulheres’**, no item 37, da Parte II: **‘Direitos Humanos das Mulheres’** e, finalmente, no item 38, da Parte II, determinou-se que a eliminação da violência contra a mulher deve de ser não somente na vida pública, mas também na vida privada: **‘(...) do trabalho**

a desenvolver no sentido da eliminação da violência contra as mulheres na vida pública e privada (...)' (PORTO, 2012).

A afirmação muda todo o enfoque, porque passa a ser responsabilidade dos Estados-parte a erradicação da violência doméstica e familiar.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada a todos os povos e nações, estabelecendo, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, 1998). A Declaração, inicialmente, refere sempre aos direitos do homem, apesar de estatuir a igualdade de direitos dos homens e das mulheres. Somente com a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, a Declaração de Viena e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que os direitos dos homens foram estendidos formalmente às mulheres (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, 1998).

Atualmente, as publicações da DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos - não mencionam direitos dos homens e sim direitos humanos.

A DUDH, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Uma série de tratados internacionais de direitos humanos e outros instrumentos adotados desde 1945 expandiram o corpo do direito internacional dos direitos humanos. Eles incluem a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), **a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979)**, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), entre outras (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, 1998). Deste modo, somente a partir das últimas décadas do século XX, foram atribuídos às mulheres os direitos dos homens.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida por Convenção de Belém do Pará, foi adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 06 de junho de 1994, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 107 de 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º/8/1996.

A Convenção dispõe sobre o que se entende por violência contra a mulher e o âmbito de aplicação desse entendimento no Capítulo I:

## CAPÍTULO I

## DEFINIÇÃO E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

### Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. (BRASIL, 1996)

Observa-se que os **programas** referidos no Artigo 8 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher devem ser resultados nos Estados-parte da formulação de políticas públicas, as quais decorram de um Plano que por sua vez tenha origem em uma agenda que demanda uma formulação. No tangente à política pública de combate à violência à mulher, pode-se afirmar que a agenda decorre dos Tratados ratificados pelo Brasil (entre eles a Convenção em tela) e da Constituição brasileira (art.226,§8º), que representam uma agenda formal, bem como de uma agenda política, no sentido de ser um apelo dos movimentos feministas e de mulheres e também decorre de uma agenda da mídia, que desde sempre e muito antes dos órgãos oficiais, divulga notícias e dados respectivos à violência contra a mulher.

### Artigo 8

Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:

- a) promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos;
- b) modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;
- c) promover a educação e treinamento de todo pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher;
- d) prestar serviços especializados apropriados a mulher sujeitada a violência, por intermédio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação familiar, quando for o caso, e atendimento e custódia dos membros afetados;
- e) promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência;
- f) proporcionar à mulher sujeita a violência acesso a programas eficazes de recuperação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social;
- g) incentivar os meios de comunicação a que formulem diretrizes ade-

quadas, de divulgação que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito pela dignidade da mulher;

h) assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, consequências e frequência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias; e

i) promover a cooperação internacional para o intercâmbio de ideias e experiências, bem como a execução de programas destinados à proteção da mulher sujeitada a violência. (BRASIL, 1996)

No ano de 2003, em 1º de janeiro, foi criada a Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres – SNPM, do Brasil, com *status* de ministério e vinculada à Presidência da República. Em outubro de 2015, o órgão deixou de ter status de ministério e foi incorporado ao então recém-criado Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (MMIRDH), unindo a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, a Secretaria de Direitos Humanos e a Secretaria de Políticas para as Mulheres. (WIKIPÉDIA, 2019). Na página atual da SNPM está escrito: “Hoje, a questão de gênero está incluída nas políticas dos três níveis de Governo”, (GOVERNO FEDERAL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2018) o que significa que as políticas públicas de combate à violência à mulher são passíveis de serem fiscalizadas nos três entes da federação. Também nesse ano de 2003 foi criada a ouvidoria da mulher.

No ano de 2004, mês de julho, foi realizada a I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (I CNPM), da qual resultaram propostas que levaram à elaboração do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. (BRASIL, Presidência da República/Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2005). O Plano reconhece o papel fundamental do Estado, através de ações e políticas públicas, no combate a estas e outras desigualdades sociais (p.5). Conforme o Plano, a Política Nacional para as Mulheres orienta-se pelos seguintes pontos: Igualdade e respeito à diversidade – Equidade - Autonomia das mulheres – Laicidade do Estado – Universalidade das políticas – Justiça social – Transparência dos atos públicos – Participação e controle social (p.7-8). O Plano especifica a necessidade de atuação das três esferas da federação para que as políticas se concretizem.

O Plano Nacional de Políticas para as Mulheres previa no seu nascedouro (no ano de 2004) atuações em todas as áreas da sociedade brasileira, não somente no que tange à violência doméstica e familiar. Passados quase 20 (vinte) anos da elaboração do Plano ainda não há um diagnóstico dos avanços ocorridos nas 04 (quatro) linhas de atuação estabelecidas no PNPM (A. Autonomia, Igualdade no Mundo do Trabalho e Cidadania; B. Educação Inclusiva e Não Sexista; C. Saúde das Mulheres, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; D. Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres), deveria ser elabora-

do um diagnóstico de quais as áreas conseguiu-se avançar e quais estão precárias. Como essa é uma política que foi prevista em rede, isto é, articulada entre os entes federativos, o diagnóstico deveria ser em todo o território nacional.

Não se tem uma avaliação das ações efetivadas do PNPM. Apesar de vários índices, pesquisas, muitos deles advindos do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – órgão oficial, demonstrando a desigualdade da mulher em relação ao homem, no trabalho, na sociedade, na economia, entre outros, é a violência doméstica e familiar contra mulheres e meninas que tem maior visibilidade e tem demandado ações dos entes federativos, possivelmente pela própria estrutura da Lei Maria da Penha que prioriza e determina políticas públicas emanadas e organizadas pelos entes federativos.

Depois de muitos anos de lutas, o movimento de mulheres e feministas, conseguiu dar início a um novo momento na luta pelo fim da violência doméstica contra a mulher: nasceu a Lei Maria da Penha. (BRASIL, Lei Maria da Penha, 2006).

A Lei recebeu esse nome em homenagem à biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes que, após ter sofrido duas tentativas de morte por seu marido, lutou pela criação de uma lei que contribuisse para a diminuição da violência doméstica e familiar contra a mulher. Por causa dessas agressões, Maria da Penha ficou para paraplégica. Mesmo assim, o agressor custou a ser condenado, ficou apenas dois anos na prisão e foi beneficiado com o regime aberto, o que demonstra o descaso com que era tratado esse tipo de violência. (MACHADO, Madgéli Frantz; et al. 2018-2019)

A Lei Maria da Penha reconheceu a violência contra as mulheres como violação dos direitos humanos, propôs uma política nacional de enfrentamento à violência doméstica e familiar, com a criação de serviços específicos para atendimento das mulheres na rede pública de saúde, assistência social, habitação, etc. Foram criados mecanismos de criminalização do agressor e medidas integradas de prevenção, proteção e de assistência. Além disso, a Lei busca promover uma real mudança nos valores sociais, que naturalizam a violência doméstica contra a mulher, pretendendo ser um instrumento de mudança política, jurídica e cultural.

Durante muito tempo foi senso comum o dito: “Em briga de marido e mulher não se mete a colher”, o que significava que a violência contra a mulher era naturalizada e aceita como algo normal. Tanto é que matar mulheres em defesa da honra, foi pacífico por muito tempo. A partir da Lei Maria da Penha essa realidade passou a ser desconstruída, a violência contra a mulher tornou-se um problema assumido pelo Estado brasileiro e não mais restrita à ordem privada. Para que essa desconstrução seja possível, a Lei no TÍTULO I – DISPOSIÇÕES PRELIMINARES – ART. 2º. ART. 3º/§ 1º/ § 2º e ART. 4º e Título III – DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – CAPÍTULO I - DAS MEDI-

DAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO – ART. 8º, CAPÍTULO II – DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – ART. 9º, CAPÍTULO III – DO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL – ART. 12-B, TÍTULO VII – DISPOSIÇÕES FINAIS – ART. 35 e ART. 36, ART. 39, estabelece situações objetivas e determinadas que demandam o aporte de recursos públicos e a intervenção do/a gestor/a na implementação de políticas públicas visando o cumprimento da finalidade da Lei que é, além da punição do agressor, **a adoção de políticas públicas de prevenção** à violência doméstica, **a proteção**, bem como **a assistência**, tanto para a vítima e seus dependentes, como para o agressor, com o objetivo de quebrar o ciclo da violência. (BRASIL, Lei Maria da Penha, 2006).

Dentro disso, a Lei traz no seu bojo artigos que se referem expressamente à necessidade de políticas públicas que são de responsabilidade do Poder Público, especificamente do Executivo, conforme os artigos: 2º; 3º§1º e 2º; 4º; 8º/I/II/III/IV/V/VI/VII/VIII/IX; 9º; 12-B; 35/I/II/III/IV/V; 36 e 39.

O artigo 8º e 9º, nos seus *caputs*, utilizam verbos que determinam o/a gestor/a a implementar as políticas públicas. O Art. 8º usa o verbo **far-se-á** e o Art. 9º usa o verbo **será**. O que mostra que não é uma faculdade e sim uma obrigatoriedade do Poder Público. Esclarece-se que a violência de gênero não acontece somente no âmbito privado e das relações afetivas, também se manifesta nas relações sociais e de trabalho (como os assédios moral e sexual). Entretanto, somente a primeira hipótese é abrangida pela Lei Maria da Penha. Todavia, essas outras violências serão abarcadas por meio do previsto nos incisos VIII e IX do artigo 8º da Lei.

O Art.35 da Lei Maria da Penha estabelece que os entes federativos: União, DF, Estados e os Municípios **'poderão'** criar e promover, no limite das respectivas competências:

- centros de atendimento (inciso I) – no estado do Rio Grande do Sul foram criados os centros de referências regionais pelo Decreto N° 41.509, de 27 de março de 2002;

- casas-abrigos (inciso II) – no estado do Rio Grande do Sul a Lei ordinária N° 9.116, de 20 de julho de 1990 criou o Programa Estadual de Albergues para mulheres vítimas de violência;

- delegacias (inciso III) – art. 194 da Constituição Estadual;

- programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar (inciso IV);

- centros de educação e de reabilitação para os agressores (inciso V).

O verbo **'poderão'** constante no caput do art. 35 da Lei Maria da Penha não dá a faculdade ou a discricionariedade ao Gestor, à Gestora, de implantar ou não políticas públicas de combate à violência contra mulher. Na interpretação teleológica e sistemática do aparato legal tanto internacional, Tratados ratificados pelo Brasil, como nacional, Constituição Federal – art. 226, § 8º,

legislação esparsa, principalmente a Lei federal em tela (Lei Maria da Penha), determina que sejam implantadas políticas públicas e nessa implantação, os incisos do art. 35, indicam ações, medidas que deverão ser executadas por um dos entes federativos, a União, os Estados ou os municípios, nesse sentido está o verbo *‘poderão’*, pois está autorizado a qualquer dos entes federativos implantar políticas públicas de combate à violência à mulher, dentro dos seus limites, estes definidos na Constituição Federal. Portanto, o art. 35 da Lei Maria da Penha deverá ser cotejado com o art.24, § 1º, §2º, §3º, §4º (competência concorrente União/Estado/Distrito Federal) e art. 30, inciso II (competência exclusiva e suplementar do município), da Constituição Federal de 1988.

Conforme Porto (2012):

(...) – a existência de albergues femininos disponíveis ao menos regionalmente – trata-se de um dos objetivos gerais da lei, estampados no seu art. 35, II, em cujo caput diz o legislador que a União, o Distrito Federal, os Estados e os municípios poderão criar casas-abrigo para mulheres e dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar. A locução verbal, todavia, significa que os entes federativos deverão criar tais albergues de proteção, seja diretamente, seja delegando tal atividade a organizações não governamentais devidamente fiscalizadas pelo poder público, as quais poderão muito bem se desincumbir de alguns dos outros objetivos da lei como os programas de atenção integral às vítimas da violência doméstica e seus dependentes, projetos educacionais de enfrentamento da violência doméstica e inclusive os de reabilitação dos agressores. Em cidades menores é possível, inclusive, o consórcio intermunicipal para a operacionalização de tais projetos. Vale frisar que já não existem dúvidas de que a violência é um problema complexo, de origem multifatorial, relacionado a temas como assistência social, educação, saúde e segurança pública e, portanto, as pastas governamentais respectivas devem assumir as exigências legais pertinentes ao enfrentamento da violência doméstica.

O estabelecimento de ‘casa de passagem’ para mulheres vítimas de violência doméstica e seus filhos menores é uma obrigação do Estado de modo geral, mas como no esdrúxulo pacto federativo brasileiro, as exigências sempre recaem predominantemente sobre os municípios, é previsível que serão estes os responsáveis pela organização dos albergues. Todavia, há a justa expectativa de que Estados e União ingressem com recursos auxiliares para a construção ou manutenção destes estabelecimentos, o que não é possível é que entes federativos fiquem empurrando-se reciprocamente a obrigação imposta legalmente, até porque o sucesso nos resultados da Lei 11.340/06 depende em muito da necessária infraestrutura para sua realização. (PORTO, 2012. P. 81-82)

## **Fiscalização pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul**

O TCE-RS pode contribuir no aspecto da igualdade entre sexos com medidas de orientação, assim um manual para editais de concurso público,

processo seletivo para contratos temporários e processo seletivo público para empregos públicos, que contenham regras, que indiquem como cumprir a Constituição. Há muitos editais com regras que reforçam a desigualdade de oportunidades entre homens e mulheres. No ano de 2018, a equipe de auditoria da qual eu fazia parte, analisou um edital de concurso público que possibilitava a mulher que estava amamentando fazer a prova e, se necessário fosse, saísse para amamentar, no entanto o tempo gasto para isso não seria acrescentado no final da prova. Esse é um exemplo de como se manifesta no cotidiano uma desigualdade de oportunidade pelo fato de ser mulher. Nesse caso, a competição entre uma mulher que está amamentando e um homem e outra mulher que não está amamentando é visível, apesar de que quem elaborou o Edital não viu isso como uma forma de reforçar a desigualdade e também como forma de corroborar a verdade que a sociedade não colabora com a permanência no mercado de trabalho com a mulher que é mãe. Tem-se de escancarar esse tipo de situação para que ela possa ser resolvida, no sentido de mostrar as diversas formas que cotidianamente as mulheres são impedidas de estarem em igualdade com os homens. Pelas competências constitucionais, os municípios e os estados deverão regrar por meio de legislação os editais, mas não tendo legislação, ou se a legislação é contrária à CF/1988, cabe orientar para que o princípio constitucional seja cumprido. Essa é somente uma situação, mas na rotina das auditorias muitas outras similares surgem e que poderiam ser barradas com orientações.

Portanto, no que tange a busca de igualdade entre mulher e homem, tem-se uma política pública instituída no País, por meio do PNPM e, especificamente no que tange ao combate à violência contra a mulher, tem-se a Lei Maria da Penha que determina que os entes federativos implementem políticas públicas.

Assim, pode-se afirmar que o Brasil internalizou, por meio dos Planos e Pactos de Políticas para as Mulheres, bem como de combate à violência contra a mulher (fundamentalmente, com a Lei Maria da Penha e com a LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social) o indicado pela Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1981) e pela Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Belém, 1994).

Uníssono ao Glossário de termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, da ONUBR – Nações Unidas no Brasil, uma das metas da Agenda 2030, é alcançar a igualdade de gênero. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016)

O Glossário – 5 ratifica o contido na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1981) e o contido na Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Belém, 1994), bem como a Conferência de Viena (1993).

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

Contra a Mulher (Nova Iorque – 1981) que precedeu a Convenção de Belém (1994), já havia frisado a maternidade como função social (b) **Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos**, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.

Ao se abordar o tema com a sua devida complexidade, sabe-se que uma das principais causas da violência advém do lugar inferior que a mulher ocupa na sociedade em relação ao homem. Esse lugar hierarquizado está incrustado nas instituições e nas entranhas do cotidiano social. Conforme Simone de Beauvoir (BEAUVOIR, 1980), Marcela Lagarde de Los Rios (LAGARDE, 2014.) e outras feministas, decorre do fato da mulher ser considerada, nas estruturas de pensamentos baseadas no senso comum, um ser da natureza (em razão da maternidade) e o homem um ser da cultura. A maternidade acaba por desfavorecê-la e a mulher passa a ser a única responsável pelos filhos e filhas que gera - *“problema da mulher se quis ter filhos, problema da mulher se em um período x se ausentará do mercado de trabalho e assim por diante”* - e pelas funções de cuidado.

Portanto, no referente a políticas públicas para mulheres e, principalmente, o combate à violência, a política é construída em rede, desde os Tratados Internacionais, até a legislação nacional e federal, estadual e municipal. Diferente de outras modalidades de políticas, como a de resíduos sólidos, não há uma contrapartida do governo federal ou governo estadual, por exemplo, no caso de uma ação específica do município, o que poderá ocorrer é de o município aderir a algum programa (ou projeto) estadual ou federal, bem como o estado aderir a um programa federal. Mas isso não impede, como bem estabelece a Lei Maria da Penha, que cada ente implemente a política pública que entender necessária, ou até mesmo em consórcio com outros municípios. Também se o município, ou o Estado, ou a União não implementar a política pública, não há uma previsão legal de punição em quaisquer das esferas administrativa, civil ou penal. Isso faz com que muitos e muitas entendam a política pública para mulheres como uma faculdade, enquanto que se sabe conforme a Lei Maria da Penha que é uma obrigatoriedade.

Portanto, no caso da intervenção do TCE-RS a partir da fiscalização (aqui não no sentido de fiscalizar para punir, mas mais no sentido de fomentar) do previsto na Lei Maria da Penha, bem como da atuação em parceria com os jurisdicionados surge a possibilidade de essa política ser percebida pelos municípios e estados como fundamental, principalmente, em razão da necessidade de se atuar na prevenção e na proteção, porque depois que a violência acontece, as perdas e as necessidades de recursos são muito maiores.

## Considerações Finais

Desde o ano de 2011 o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil vem se mobilizando no sentido de fiscalizar políticas públicas para mulheres ou de pelo menos pautar o tema junto ao seu corpo técnico. O processo iniciou em decorrência de situação apontada em um processo de admissão no qual se constatou que mulheres aprovadas em concurso público para o cargo de Operário não foram nomeadas, enquanto no seu lugar foram contratados operários homens.

A Equipe de Auditoria buscou contato com membro do Conselho de Julgadores do qual decorreu o Documento nº 15158-02.99/14-8, quando foi proposto que: “este Tribunal passe a fiscalizar, no que couber, as políticas públicas que visam ao resgate e à valorização da dignidade das mulheres e ao combate à violência de gênero”. (Gabinete do Conselheiro Estilac Xavier).

Posteriormente, foi disparado questionário aos 497 municípios do estado do Rio Grande do Sul com questões relativas às políticas públicas para mulheres.

No Plano Operativo (documento que possui as orientações para a auditoria nos jurisdicionados) – 2016/2017, foi sugerida a fiscalização de políticas para mulheres nas auditorias, conforme Memorando Circular Nº 04/2016-SAM (Serviço de Auditoria Municipal):

### **TEMAS DE AUDITORIA**

No Plano Operativo 2016-2017 serão examinados, com base na criticidade do órgão auditado, os seguintes pontos de controle:

4.1 Temas Resultantes de Audiências Públicas e Compromissos assumidos com a Sociedade Civil organizada

a) Segurança: fiscalização dos recursos voltados às políticas das mulheres, por intermédio da Lei Maria da Penha; (Documento que orienta a Auditoria *in locu*, p.12)

No entanto, no meu entendimento, consoante se avance na questão de fiscalização de políticas públicas, nesse caso, políticas públicas para mulheres, penso que seria interessante a elaboração de um protocolo ou termo de compromisso que contenha, de acordo com a legislação, o mínimo do que um município deva possuir para que a rede de assistência, prevenção e proteção à mulher funcione. Assim, o município que aderisse/assinasse o protocolo ou termo de compromisso, comprometer-se-ia em implementar o mínimo exigido para a estruturação da rede. Dessa forma, o Tribunal atuaria em parceria com os jurisdicionados e com o controle social, não agindo punitivamente, mas na fomentação e com incentivo a criação da rede ao mesmo tempo que contribuiria com os municípios e o estado na melhora e otimização das políticas públicas para mulheres.

## Referências

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. RJ: Nova Fronteira, 1980.

BRASIL. [Lei Maria da Penha (2006)]. **Lei Maria da Penha** [recurso eletrônico] / Marcia Maria Bianchi Prates (organizadora). – 6. Ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019 – (Série legislação; n. 279) “Edição atualizada até 22/2/2019”. Versão E-book. Modo de acesso: [livraria.camara.leg.br](http://livraria.camara.leg.br).

BRASIL. Presidência da República/Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para Mulheres**. 2005. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm\\_compacta.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnpm_compacta.pdf)>. Acesso em 02 de Abr. de 2020.

BRASIL. [DECRETO N° 1.973, DE 1° DE AGOSTO DE 1996.] **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994**. 1996. Disponível em: <[GOVERNO FEDERAL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. \*\*Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres\*\*. 2018. Disponível em: <\[LAGARDE, Marcela. \\*\\*Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas\\*\\*. México-DF: Siglo XXI Editores: UNAM, 2014.\]\(https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/politica-para-mulheres#:~:text=Secretaria%20Nacional%20de%20Pol%C3%ADticas%20para%20Mulheres%20\(SNPM\)&text=Hoje%2C%20a%20quest%C3%A3o%20de%20g%C3%AAnero,termos%20de%20direitos%20e%20obriga%C3%A7%C3%B5es.></a>. Acesso em 01 de Abr. de 2020.</p></div><div data-bbox=\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm#:~:text=Para%20os%20efeitos%20desta%20Conven%C3%A7%C3%A3o,p%C3%ABblica%20como%20na%20esfera%20privada.></a>. Acesso em 04 de Abr. de 2020.</p></div><div data-bbox=)

MACHADO, Madgéli Frantz, *et al.* **Combate à Violência Doméstica Contra a Mulher**. Imprensa/TJRS - Administração 2018-2019. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/violencia-domestica/wp-content/uploads/sites/7/2020/05/Cartilha-Violencia-Domestica-TJRS.pdf>>. Acesso em 04 de Abr. de 2020.

PIMENTEL, Sílvia. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**. Disponível em: <[www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf)>. Acesso em 30 de Mar. de 2020.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. FILHO, Haroldo Machado, *et al.* **Glossário de termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas**. 2016. Disponível em: <<https://sinapse.gife.org.br/download/glossario-de-termos-do-objetivo-de-desenvolvimento-sustentavel-5-alcancar-a-igualdade-de-genero-e-empoderar-todas-as-mulheres-e-meninas>>. Acesso em 04 de Abr. de 2020.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Declaração Universal dos Direitos**

**Humanos.** 1998. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 14 de Abr. de 2020.

**WIKIPÉDIA. Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres da Presidência da República.** 2019. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Secretaria\\_de\\_Pol%C3%ADticas\\_para\\_as\\_Mulheres\\_da\\_Presid%C3%A2ncia\\_da\\_Rep%C3%BAblica](https://pt.wikipedia.org/wiki/Secretaria_de_Pol%C3%ADticas_para_as_Mulheres_da_Presid%C3%A2ncia_da_Rep%C3%BAblica)>. Acesso em 02 de Abr. 2020.

# INTERVENÇÃO COM AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES: A EXPERIÊNCIA DO PROJETO PARALELAS – TRAÇANDO NOVOS CAMINHOS

**Fernanda Proença de Azambuja**

Promotora de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso do Sul. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Mestre em Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona, Espanha. Idealizadora e Coordenadora do Projeto Paralelas – Traçando Novos Caminhos

**Luciana do Amaral Rabelo**

Promotora de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Centro Universitário de Campo Grande. Mestranda de Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

## **Resumo:**

O artigo apresenta a responsabilização dos homens autores de violência doméstica contra a mulher por meio de programas de reflexão e reeducação de agressores, com respaldo normativo em documentos internacionais e domésticos, como medida apta para proteger as mulheres e, ao mesmo tempo, proporcionar a redução da violência doméstica e familiar, evidenciando a relevância social e jurídica da iniciativa, recentemente objeto de alteração na Lei Maria da Penha. Explora o surgimento da iniciativa no mundo e no país, dando ênfase especialmente ao grupo reflexivo do Projeto Paralelas, desenvolvido pelo Ministério Público no interior do Estado de Mato Grosso do Sul. Avalia a eficácia do referido projeto, adotando a comarca de Chapadão do Sul como parâmetro de referência para os indicadores coletados. O trabalho utilizou método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, documental e de dados.

**Palavras-chave:** Direito Internacional dos Direitos Humanos; Lei Maria da Penha; Violência contra a mulher; Programas de Intervenção com autores de violência; Grupo Reflexivo para Agressores.

## **Introdução**

A violência contra as mulheres praticada por seus companheiros no âmbito doméstico representa uma violação generalizada dos direitos humanos

e está presente, atualmente, em todos os países do mundo, independente da classe social, idade, nível de instrução, capacidade econômica e etnia.

A violência contra a mulher tem sua gênese em relações sociais de domínio e submissão, na subordinação e discriminação da mulher, e na construção de identidades de gênero desiguais, circunstância potencializada no ambiente doméstico e familiar. Afinal, se os mais poderosos vínculos humanos se desenvolvem no ambiente doméstico, também é nele que se estabelecem relações conflituosas, perturbadoras e, por vezes, destruidoras das próprias vidas de seus membros (BARIN, 2016).

De fato, nas sociedades onde a definição do gênero feminino tradicionalmente é referida à esfera familiar e à maternidade, a referência fundamental da construção social do gênero masculino é sua atividade na esfera pública, concentrador dos valores materiais, o que faz dele o provedor e o protetor da família.

Assim, apesar de, atualmente, as mulheres integrarem maciçamente a força de trabalho, a distribuição social da violência ainda reflete a tradicional divisão dos espaços: o homem é a vítima da violência na esfera pública, enquanto a violência contra a mulher é perpetuada no âmbito doméstico, onde o agressor costuma ser o próprio parceiro (JESUS, 2015).

Tanto é assim que o relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) instalada para investigar a violência doméstica contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público, na aplicação de instrumentos legais para proteger as mulheres em situação de violência doméstica, concluiu que este tipo de violência é majoritariamente praticado pelo parceiro da mulher, sendo que a residência não é um lugar seguro em 80% dos casos.

Essa categoria específica de violência constitui, pois, um fenômeno criminal global, cuja erradicação exige aprofundamento em todo tipo de soluções: legais, preventivas, assistenciais, educativas, de intervenção social, econômicas, entre outras; e exige uma grande dose de sensibilidade e solidariedade da sociedade e dos agentes de Estado.

## **Proteção às Mulheres no Plano Internacional e a Previsão de Políticas de Responsabilização de Agressores**

A violência de gênero é, na acepção de Copello (2010), uma forma de violência estrutural, um mecanismo social para manter as mulheres na posição subordinada que ocupam na sociedade patriarcal. Desse modo, no caso da violência contra as mulheres, às circunstâncias individuais presentes em qualquer ato violento agrega-se o componente estrutural, que faz do ato agressivo reflexo e resultado de um modelo comportamental social vinculado à menor valoração do feminino e de sua submissão ao homem.

O Brasil é signatário de vários documentos internacionais de direitos humanos, que garantem proteção aos direitos humanos das mulheres, inclu-

sive os direitos à igualdade entre homens e mulheres e o direito a uma vida sem violência.

No plano internacional, destacam-se a Declaração para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (1967), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres - CEDAW (1979) e a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993). Ao subscrever esses documentos, o Brasil assumiu o compromisso de adequar a sua legislação interna para prevenir e evitar a desigualdade entre homens e mulheres e eliminar a violência contra a mulher.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é o instrumento de maior importância no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Portanto, Brasil como Estado-Parte tem a obrigação de garantir e respeitar na sua legislação interna, o exercício dos direitos e liberdades nela previstas. Tais direitos e liberdades, devem ser assegurados sem qualquer distinção, baseada no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação, conforme seu artigo 14 (CEDAW).

A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres de 1993 prevê, em seu preâmbulo, a necessidade de aplicação universal às mulheres dos direitos e princípios relativos à igualdade, segurança, liberdade, integridade e dignidade de todos os seres humanos.

Na Conferência do Cairo de 1994, que teve a participação de 184 países, foi afirmada a necessidade de os Estados, garantirem direitos específicos das mulheres, como o direito material à igualdade entre homens e mulheres. Já a Conferência de Beijing, de 1995, reconheceu os direitos das mulheres como direitos humanos e reafirmou que todas as mulheres têm o direito de controlar todos os aspectos de sua vida, sendo que o direito a viver sem violência deve ser garantido pelas legislações nacionais, com o objetivo de empoderar as mulheres.

A violência contra as mulheres é um obstáculo para a realização da igualdade material entre homens e mulheres para, inclusive, o desenvolvimento e a paz, conforme já reconhecido no Estatuto de Nairóbi para o Progresso das Mulheres, que determina a adoção de medidas destinadas a combater a violência contra as mulheres.

Em 2015, a Organização das Nações Unidas estabeleceu um plano mundial de ação coordenada entre governos, empresas, academia e sociedade civil para erradicar a pobreza e promover vida digna, garantindo que as pessoas alcancem a paz e a prosperidade dentro dos limites do planeta. Esse documento, chamado de Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, contém 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), desdobrados em 169 metas, envolvendo temáticas diversificadas.

A desigualdade entre homens e mulheres motivou um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030, o de número 5, que

reconhece a igualdade de gênero como uma condição para a construção de um mundo pacífico, próspero e sustentável. Isso porque o desenvolvimento sustentável não será alcançado se não forem eliminadas as barreiras tangíveis e intangíveis que impedem o pleno desenvolvimento e exercício das capacidades de metade da população, ou seja, das mulheres e meninas ao redor do mundo

Segundo Flávia Piovesan a perspectiva de gênero foi adotada para conceituar e revisitar os direitos humanos e, com a incorporação de tais perspectivas de gênero, nas legislações ao redor do mundo, o direito à igualdade de gênero se tornaram parte da plataforma dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012).

Destaque-se que, no cenário internacional, há recomendação da ONU para a realização de programas de responsabilização como estratégia das políticas de proteção às mulheres:

Criar, desenvolver e implementar um conjunto de políticas e apoiar o estabelecimento de programas de reabilitação, com a finalidade de encorajar e trazer mudanças nas atitudes e comportamentos de autores de violência contra a mulher e contra garotas, e para reduzir a probabilidade de reincidência, incluindo casos de violência doméstica, estupro e assédio, bem como monitorar e avaliar seu impacto e eficiência. (ONU. Comissão sobre o Estatuto das Mulheres – Conselho Econômico e Social. Documento E/CN.6/2013/11. 2013. p. 15, item “ggg”).

Há, no mesmo sentido, Recomendação da Comissão Europeia para que todos os estados membros efetivamente fomentem a responsabilização de agressores pelos atos de violência doméstica contra a mulher, mediante penas legais, e estabeleçam serviços e trabalhos de intervenção precoce com agressores, sem prejuízo da intervenção com as vítimas.

Ainda, cabe registrar que, ao realizar estudo de viabilidade para avaliar as possibilidades, oportunidades e necessidades de uniformizar a legislação europeia sobre violência contra a mulher, contra crianças e contra orientação sexual, a Comissão Europeia dedicou tópico específico ao tema da intervenção com agressores (2.7.8), criticando os países que não possuem programas de reabilitação do agressor integrados ao processo penal.

Desta forma, infere-se que o Estado brasileiro deve garantir políticas públicas que responsabilizem os autores de violência e evitem a reincidência, no que se inclui a iniciativa dos grupos reflexivos para agressores, tudo com o objetivo erradicar a violência contra as mulheres, pondo fim ao ciclo de violência.

## **Intervenção com Autores de Violência Doméstica Contra a Mulher no Ordenamento Brasileiro**

Apesar de ser signatário de várias dessas convenções internacionais,

conforme exposto acima, o Brasil ainda precisa avançar muito no âmbito da sua legislação interna para salvaguardar os direitos humanos das mulheres, principalmente o direito de viver uma vida sem violência, e assim, evitar a ocorrência de uma proteção insuficiente. Aliás, conforme assentado na Plataforma de Pequim de 2015, ainda persiste em todo o mundo, o desrespeito de todos os direitos humanos das mulheres, existindo a sua promoção e proteção insuficiente (PEQUIM, 2015).

No Brasil, a necessidade de intervenção estatal para combater a violência doméstica passou a ser imposta na esfera constitucional com a Carta Magna de 1988, encontrando fundamento no art. 226, §8º, cuja norma é o ponto de partida hermenêutico para a legislação infraconstitucional (ÁVILA, 2014).

Contudo, até o advento da Lei Maria da Penha, os avanços legais no Brasil haviam sido tímidos. Somente com a edição desse instrumento legal, que conferiu à violência doméstica e familiar contra a mulher um tratamento amplo e multidisciplinar, incrementando a tutela judicial e o nível de proteção penal e processual às ofendidas, é que a proteção dispensada pelo ordenamento jurídico brasileiro à mulher em situação de violência experimentou verdadeiro avanço.

Muito embora a Lei 11.340/2006 tenha estabelecido que a violência doméstica contra a mulher constitui violação dos direitos humanos (art. 6º), ela não criou nenhum tipo penal novo em sua redação original, somente vindo a prever o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência em 2018, quando foi introduzido o artigo 24-A na Lei 11.340/2006, em razão da edição da Lei 13.641. Assim, na maioria dos casos, exige-se do operador do direito que busque correspondência nas condutas tipificadas no Código Penal ou na legislação extravagante, conjugando-a com a Lei Maria da Penha.

Fato é que o enfrentamento da violência doméstica pressupõe a compreensão da complexidade das relações de poder de gênero no contexto doméstico e se desenvolve ancorado em um binômio: acolhimento e responsabilização. É dizer, o acolhimento da mulher e a responsabilização do agressor (BARIN, 2016).

Muito já tem sido dito e feito em relação ao primeiro ponto, por instituições públicas, entidades privadas e movimentos sociais. E com razão. Já que esta é a principal preocupação da legislação vigente. Com efeito, como pontua Ávila (2014), um dos grandes diferenciais da Lei Maria da Penha consiste em ser uma lei de proteção integral, que não possui acento repressivo, mas ao contrário, estabelece um conjunto de políticas públicas integradas e transversais de prevenção e proteção à vítima.

Sucedendo o paradigma de gênero que vivemos nos dias atuais exige que, para além da responsabilização punitiva formal do autor de violência doméstica, haja uma efetiva intervenção na origem do conflito, de forma a assegurar que a intervenção do Estado alcance efeitos frutíferos e duradouros de prevenção, evitando a reiteração da conduta delituosa que, infelizmente, é comum nesses casos (ÁVILA, 2014).

A propósito, a inserção e permanência da mulher em relações marcadas pela violência doméstica pressupõe, por si só, a reiteração de condutas delitivas, característica do denominado ciclo da violência doméstica.

Sobre o assunto, BARIN (2016) assinala que “O historial de agressões, a assunção pelo agressor de uma postura patriarcal possessiva e a síndrome da *learned helplessness* que normalmente atinge a mulher maltratada, tenderão a perpetuar o cenário de violência e a condenar ao fracasso qualquer solução acordada”, por isso é tão importante comprometer o agressor com a solução.

Justamente daí decorre a necessidade de o Poder Judiciário lançar mão de programas e projetos de intervenção com agressores para fazer cessar o ciclo da violência doméstica, especialmente se os parceiros permanecerem juntos, provocando os homens à reflexão e à responsabilização, para que reconheçam os atos de violência contra a mulher como crime, o que muitas vezes não acontece.

Antes que se vá adiante, é preciso esclarecer que o arquétipo de violência doméstica contra as mulheres em testilha é o que tem como autor o cônjuge, ex-cônjuge ou pessoa com quem mantenha ou tenha mantido uma relação de intimidade, seja de namoro, como cônjuges ou análoga, ainda que sem coabitação.

No âmbito da Lei Maria da Penha, o trabalho de intervenção com os autores de violência doméstica veio, originalmente, previsto no art. 30, dentro das atribuições da equipe de atendimento multidisciplinar dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e no art. 35, inciso V, que permitiu aos entes federados a criação de “centros de educação e de reabilitação para os agressores”, bem como no dispositivo que deu nova redação ao art. 152, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, para prever expressamente que “Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”.

Assim, ao contemplar a criação de órgãos e programas específicos destinados à intervenção com autores de violência contra a mulher, esses dispositivos deixaram claro a necessidade de se distinguir os serviços no âmbito dos serviços de assistência social, preservando a vocação dos equipamentos voltados ao atendimento psicossocial das mulheres em situação de violência (CREAS, CRAM ou CAM), conforme previsto na NOB-SUAS.

Isso significa que nos municípios equipados com órgão específico encarregado do atendimento de mulheres em situação de violência, usualmente chamados de Centro de Referência de Atendimento à Mulher (CRAM) ou de Centro de Atendimento à Mulher (CAM), estes equipamentos e suas respectivas equipes técnicas não poderão ter sua finalidade desviada para atendimento aos homens autores de violência, devendo, nesse caso, a intervenção com os homens agressores ser realizada por meio de programas específicos desenvolvidos por outros órgãos.

O mesmo raciocínio se aplica à hipótese de o município, menos estru-

turado, contar apenas com Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), equipamento da Proteção Social Especial de Média Complexidade voltado a famílias e indivíduos em situação de risco pessoal e social por violação de direitos.

Essa preocupação do legislador sinaliza que o aparato estatal deve ter por prioridade o atendimento à mulher em situação de violência, dedicando esforços à recuperação do suposto agressor apenas quando plenamente assegurada a proteção à vítima.

Importante esclarecer, também, que a redação original da Lei Maria da Penha previa, de modo expresso, a possibilidade de comparecimento obrigatório pelos agressores a programas de intervenção somente no caso de haver condenação criminal, isto é, em sede de execução penal. Mesmo assim, tal hipótese era aplicada por alguns juízes aos processos cautelares que concediam medida protetiva, com espeque no *caput* do art. 22 da citada lei, que enunciava rol exemplificativo de medidas que obrigam o agressor, permitindo ao magistrado fixar outras obrigações adequadas ao caso.

Mais recentemente, o legislador brasileiro avançou no regramento da matéria, ampliando expressamente a possibilidade de intervenção com homens autores de violência contra a mulher também para as medidas protetivas. A inovação foi trazida pela Lei 13.984, de 3 de abril de 2020, que introduziu os incisos VI e VII no artigo 22, passando a prever o comparecimento dos agressores a programas de recuperação e reeducação e o seu acompanhamento psicossocial, individual ou em grupo.

Destaque-se que, dada a sua natureza técnica, o acompanhamento psicossocial do autor deverá ocorrer nos centros de educação e reabilitação previstos na própria lei ou, na falta destes, em equipamentos adequados no âmbito da assistência social, desde que não coincidentes com o órgão de atendimento à mulher em situação de violência, sobretudo havendo medida protetiva em vigor, hipótese em que o Poder Público jamais deverá ser o responsável por provocar a frequência de ambos ao mesmo local.

## **Programas Voltados à Autores de Violência Doméstica Contra Mulher e as Diferentes Abordagens em Grupo**

Embora ainda incipiente no Brasil, a intervenção com agressores de violência doméstica contra as mulheres não é novidade no plano internacional. Nos EUA, a iniciativa teve início ainda na década de 70, ganhando maior visibilidade durante os anos 80, quando passou a ser aplicada em larga escala a ordem judicial de tratamento, em regra psicológico, como sanção imposta aos agressores de mulheres.

Inicialmente, entretanto, os programas de intervenção com agressores de violência doméstica contra as mulheres enfrentaram resistências, inclusive por parte do movimento feminista. Temia-se que a gravidade do delito fosse minimizada e o problema reduzido a alguns poucos indivíduos rotulados

como desviados ou doentes, ignorando as estruturas sociais que dão causa à violência contra a mulher (BARIN, 2016).

Também havia o receio de esses programas, em certa medida, contribuírem para manter a mulher ofendida vinculada ao relacionamento abusivo, por incutir-lhe a esperança de que o agressor mudaria – o que acontece existindo, ou não, projetos dessa natureza. Em verdade, a constatação de que muitas mulheres não queriam deixar o relacionamento com seus parceiros, mas sim a cessação da violência (HANNA, 1996), e o reconhecimento de que era necessário intervir com o homem agressor para evitar que o comportamento violento se repetisse não apenas em relação à ofendida, mas também nas futuras relações, com novas mulheres, serviram de estímulo à proliferação dos programas de intervenção com agressores nos EUA (BARIN, 2016).

Ainda, argumentava-se que tais programas consumiriam recursos destinados à assistência das vítimas de violência doméstica, ignorando-se o fato de que o encarceramento é muito mais dispendioso do que a manutenção de grupos responsabilizantes.

Com o passar dos anos, as críticas iniciais restaram superadas, tanto que a intervenção com agressores passou a ser considerada elemento essencial à redução da violência doméstica, sendo recomendada pela ONU e incorporada nos Planos Nacionais e nas legislações de diversos países.

Nesse contexto, tornou-se referência mundial na maioria dos trabalhos de intervenção com agressor o chamado Modelo de Duluth (Minnesota), idealizado em 1981, intitulado Domestic Abuse Intervention Project (DAIP), de caráter educativo e com uma mensagem antisexistista, ao qual foram incorporadas técnicas terapêuticas de tipo cognitivo-comportamental, dinâmicas e exercícios de desenvolvimento de habilidades sociais.

A partir do Modelo de Duluth, a prática de intervenção com autores de violência doméstica foi difundida sob variados formatos para Canadá, Austrália, diversos países europeus e o Brasil.

A título de ilustração, o Manual de Recursos de Estratégias de combate à violência doméstica da ONU (2003, p. 79) apresenta alguns programas, entre eles, o chamado DAIP, programa norte-americano de intervenção em casos de violência doméstica, que oferece um currículo que se reporta a uma seqüência de práticas de violência masculina contra mulheres, a partir do controle que o homem exerce sobre a vida da mulher.

O citado Manual de Recursos de Estratégias de combate à violência doméstica da ONU menciona ainda o programa canadiano New Directions (Novas Direções), que questiona explicitamente as estratégias de domínio e controle do homem sobre a mulher e desafia os participantes a alterar os padrões de pensamento e conduta que resultam em violência contra a mulher, ou para ela contribuem (ONU, 2003, p. 80).

É destaque também, no dito Manual, o programa escocês CHANGE, ligado ao sistema de justiça criminal e orientado por dois objetivos: reeducar o agressor e educar os profissionais e a população em geral acerca da violên-

cia doméstica. Subjacente ao programa CHANGE está a premissa de que a violência masculina contra a mulher é intencional e provém da desigualdade entre os sexos, com raízes históricas no regime patriarcal. Assim, visa aumentar a compreensão do homem sobre o significado da sua violência contra as mulheres e a capacidade de enfrentar o seu comportamento violento. Também ensina técnicas de cooperação, negociação, de pensamento positivo e de empatia (ONU, 2003, p. 80).

Daí se vê que, de modo geral, as intervenções junto ao agressor, orientadas pela reflexão e responsabilização, complementam os indispensáveis programas de atendimento à mulher em situação de violência, na medida em que ambos têm o mesmo objetivo: a proteção da mulher e a redução da violência, sendo que, por via reflexa, ambos contribuem para a diminuição dos custos sociais e econômicos advindos dessa violência específica.

Os programas de intervenção com agressores podem refletir diferentes teorias explicativas acerca da violência de gênero, contemplando desde abordagens lineares, centradas no indivíduo sob o aspecto biopsicológico, até abordagens mais complexas, multifatoriais, de cunho psicossocial e de construção sociocultural.

Uma das vertentes mais conhecidas e que integra a base da maioria dos atuais programas de intervenção é a teoria da aprendizagem social, segundo a qual a violência é um comportamento socialmente aprendido e, justamente por isso, pode ser desaprendido ou substituído por outra conduta mais adequada (BARIN, 2016).

Estudos da psicóloga norte-americana Cathy Spatz Widom, professora na universidade John Jay em Nova York, concluíram que a violência na família de origem efetivamente aumenta o risco de a pessoa se tornar violenta na vida adulta e que o abandono da criança parece ser tão negativo quanto o maltrato físico (ARIZA, 2002, p. 170).

Embora tais estudos revelem uma relação entre a vitimização na infância e o comportamento violento na vida adulta, não se trata de uma consequência necessária. Segundo Ariza (2002, p. 172), o fator determinante para a reprodução intergeracional da violência é a existência ou não de apoio psicológico para a superação do episódio traumático.

De outra banda, as teorias com viés sociopolítico acrescentam às demais a perspectiva de gênero, explicando a violência doméstica como resultado de uma combinação de fatores individuais, reflexo de dinâmicas comportamentais aprendidas na infância como forma de enfrentamento dos problemas; culturais, porque a motivação da violência contra a mulher reflete a estrutura patriarcal da sociedade, funcionando como recurso de autoafirmação do homem; e situacionais, já que em algumas circunstâncias o risco de ocorrência da violência doméstica é maior. Segundo essas teorias, a violência doméstica seria expressão de poder do homem ou reação à percepção de sua redução do poder.

Na prática, os programas de intervenção com agressores tendem a com-

binar diferentes componentes dos principais modelos teóricos. Isso porque adotar apenas uma vertente de compreensão da violência doméstica é uma solução muito simplista para a complexidade de um fenômeno multifatorial.

Tanto é assim que, em 2003, a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou uma pesquisa dos programas de intervenção junto a homens agressores em 38 países, intitulada *Intervening with Perpetrators of Intimate Partner Violence: A Global Perspective*, tendo concluído que, devido ao fenômeno ser complexo e multidimensional, comporta abordagens de diferentes vertentes teórico-explicativas.

Fato é que, partindo-se do pressuposto de que os crimes de violência doméstica contra mulheres são culturalmente motivados, posto que reflexo de uma cultura patriarcal, somente desconstruindo esse modo de pensar é que se poderá reduzir verdadeiramente o índice desses delitos.

Aliás, os elevados números de ocorrências de violência doméstica contra a mulher registrados no Brasil constituem forte indicativo de que, passados catorze anos de sua edição, a Lei 11.340/2006 ainda não atingiu a efetividade desejada, demandando maior comprometimento do Estado, de seus agentes e da sociedade para que as suas prescrições legais adquiram concreção.

Nessa senda, para se fomentar a alteração comportamental pretendida junto aos autores de violência doméstica, é preciso que as autoridades proporcionem recursos e meios eficazes para implementar os centros de educação e de reabilitação para agressores previstos no art. 35, V, da Lei 11.340/2006 – ainda inexistentes no país.

Não obstante, tem-se notícia de múltiplas iniciativas pontuais bem-sucedidas, no Brasil, voltadas à reflexão, reeducação e responsabilização de autores de violência doméstica, desenvolvidas em todas as regiões do país, em diferentes formatos. No presente estudo, tomaremos como referência o projeto “Paralelas – Traçando Novos Caminhos”, do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul (MPMS), considerando os dados do trabalho desenvolvido na comarca de Chapadão do Sul/MS, cujo diferencial é a sua interiorização, enquanto a maioria das iniciativas conhecidas no país concentram-se nas capitais dos Estados ou região metropolitana.

## **A Experiência do Projeto Paralelas – Traçando Novos Caminhos**

Sensível às situações enfrentadas no cotidiano criminal e cônica de que a complexidade da sociedade atual exige que os agentes de execução do Ministério Público sejam mais do que simples ‘despachantes criminais’ ou meros fiscais de aplicação sistemática e anódina da pena (GOULART, 2018, p. 138), cabendo-lhes protagonizar uma atuação sintonizada aos anseios e aspirações populares, é que foi idealizado, no âmbito do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (MPMS), o projeto de intervenção com autores de violência doméstica denominado PARALELAS – Traçando Novos Caminhos, o qual vem sendo aperfeiçoado desde sua implementação.

A iniciativa foi idealizada pela promotora de justiça Fernanda Proença de Azambuja e implantada, primeiramente, na comarca de Rio Verde de Mato Grosso/MS, em fevereiro de 2015. Pouco depois, em outubro de 2016, a mesma promotora implantou o projeto na comarca de Chapadão do Sul, cuja circunscrição abrange também o município de Paraíso das Águas, onde está em funcionamento até o momento. Posteriormente, outros promotores de justiça do Estado replicaram o projeto nas comarcas de Pedro Gomes, Corumbá, Amambai e Ponta Porã, todas localizadas em Mato Grosso do Sul.

O Projeto PARALELAS – Traçando Novos Caminhos tem como escopo romper o ciclo de violência doméstica por meio da imposição ao homem autor de violência doméstica da obrigação de comparecimento em grupos reflexivos e de reeducação, tanto em sede de medida de proteção quanto em execução de pena.

O projeto consiste em uma parceria entre o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Conselho da Comunidade da comarca para viabilizar o oferecimento de um espaço que possibilite aos homens autores de violência doméstica (re)pensar seus atos de maneira reflexiva, de modo a proporcionar uma mudança de comportamento nos relacionamentos, numa perspectiva reflexiva e responsabilizante, como parte da resposta punitiva estatal.

Acolhendo os direcionamentos da Lei 11.340/2006, o projeto Paralelas reconhece a importância do trabalho multidisciplinar, pois conta com a participação de profissionais psicólogos e assistentes sociais capacitados, que utilizam sua instrumentalidade, a dimensão teórico-metodológica na adoção do diálogo com os autores de violência, buscando a conscientização do ato de violento cometido e a desconstrução de conceitos patriarcais.

Antes do início dos grupos, todos os participantes passam por uma entrevista com a assistente social da Promotoria de Justiça para coleta de informações sobre perfil socioeconômico, situação conjugal, atitudes diante de conflitos, violência de gênero e saúde, as quais são lançadas em um sistema informatizado, disponível para acesso público no seguinte link: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaWMyOTcyOGMtNDUzOC00YTIxLWVEy-ZjctMDY3MzFkYmNiZDcwIiwidCI6ImU4OTQ5ZDFkLTM1ZDgtNGZk-Mi05Mzk1LWE2YjZlZTFmYzFmNSJ9>>, no portal eletrônico da instituição.

Tais informações são importantes tanto para o desenvolvimento do grupo reflexivo quanto para possíveis encaminhamentos para a rede de serviços (assistência social, saúde, tratamento álcool e droga, p.ex.), além de gerar indicadores sobre o público alvo, fornecendo dados úteis para a formulação de políticas públicas voltadas à redução dos índices de violência doméstica na comarca.

Em seguida, os homens são encaminhados aos grupos, cujos encontros são realizados todas as quartas-feiras, ocasião em que as profissionais envolvidas desenvolvem nos participantes um processo reflexivo, orientado por ações humanizadas, tendo como técnicas a escuta qualificada, a comunicação interpessoal e a realização de dinâmicas individuais e coletivas voltadas à re-

solução não violenta de conflitos e, principalmente, à conscientização do ato praticado, a partir da discussão de gênero e desconstrução de conceitos patriarcais.

Desde que foi implantado na comarca de Chapadão do Sul, em outubro de 2016, o Projeto Paralelas sofreu alguns aprimoramentos no seu formato, sendo que, atualmente, o grupo reflexivo é desenvolvido em 8 (oito) encontros semanais, ao longo dos quais são abordados temas como gênero, história de vida, família, tipos de violências, sentimentos e emoções, machismo, álcool e drogas, resolução de conflitos, entre outros, de modo a impactar positivamente a forma como o autor de violência se relaciona, provocando mudanças de comportamento de modo a cessar a violência contra mulher.

No encontro final de conclusão de cada grupo são ofertadas avaliações aos participantes quanto ao trabalho desenvolvido, bem como é ofertado o encaminhamento para psicoterapia pela rede pública de saúde do município. Havendo interessados, a manifestação constará no relatório da equipe técnica e a providência será adotada por meio de ofício enviado pela Promotoria de Justiça para a Secretaria Municipal de Saúde.

Após o encerramento de cada grupo reflexivo são enviados relatórios detalhados ao Poder Judiciário e à Coordenação do projeto, com o objetivo de informar sobre o andamento individual e coletivo dos trabalhos realizados, os quais são juntados no procedimento administrativo que monitora a iniciativa. Além disso, é peticionado nos processos criminais informando o cumprimento por cada agressor da obrigação imposta judicialmente.

Tomando por referência os dados da comarca de Chapadão do Sul/MS, tem-se que, desde a implantação do projeto – o qual teve os encontros presenciais suspensos por sete meses em razão da pandemia Covid – foram realizados, ao todo, 22 (vinte e dois) grupos reflexivos de autores de violência doméstica, tanto em sede de medidas protetiva quanto em execução de pena, somando 64 (sessenta e quatro) encontros grupais.

Ao todo, 135 homens concluíram o grupo reflexivo do projeto Paralelas e, destes, apenas 2 (dois) praticaram nova violência doméstica contra a mulher após a conclusão do grupo reflexivo, o que representa um índice de reincidência de 1,68% (um vírgula sessenta e oito por cento).

O resultado atingido com o projeto na comarca nominada é extremamente positivo, na medida em que o percentual de reincidência verificado ao longo de quatro anos é muito baixo quando comparado à média nacional de reincidência para delitos dessa natureza, estimada em 60 a 75% segundo dados oficiais, o que indica que o grupo reflexivo tem sido efetivo em atingir o seu objetivo de reduzir – e quiçá, no futuro, eliminar – as ocorrências de violência doméstica contra a mulher em Chapadão do Sul/MS.

## **Conclusão**

A resposta punitiva aos crimes de violência doméstica contra a mulher

ainda é insuficiente no Brasil, uma vez que as penas mínimas cominadas aos delitos de ameaça e lesão corporal, os mais recorrentes na prática forense, são ínfimas, correspondendo a um e três meses de detenção, respectivamente.

Justamente por conta das baixas penas e do regime aberto que elas ensejam é que a execução penal dos crimes de violência doméstica é considerada sem efetividade e pouco efeito surte no agressor, já que na maioria das comarcas do interior não há estabelecimento prisional adequado, sendo a reprimenda cumprida mediante mera assinatura periódica do apenado no fórum local, revestindo-se de um caráter meramente simbólico, incapaz de despertar no autor dos fatos a compreensão quanto à censura do comportamento praticado e, por consequência, uma mudança comportamental.

Nesse contexto é que a intervenção com homens autores de violência doméstica contra a mulher, por meio de grupos reflexivos, surge como estratégia eficiente para reduzir os índices dessa violência, na medida em que proporciona transformação dos padrões culturais patriarcais ainda presentes na nossa sociedade, fomentando o rompimento do ciclo da violência relacional íntima.

## Referências

ARIZA, Juan José Medina. **Violencia contra la mujer**. Sevilla: Universidad de Sevilla, Espanha, 2000.

ARRUDA, Rejane Alves de. EBERHARDT, Louise. **Desafios para a igualdade de gênero no Brasil**: uma análise sobre mecanismos legais e políticas públicas. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio (Coord). **Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030** [recurso eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: IDHG, 2020.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de (Coord). **Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero**: experiências e representações sociais. Brasília: ESMPU, 2014.

BARIN, Catusce Ribas. **Violência doméstica contra a mulher**: Programas de Intervenção com agressores e sua eficácia como resposta penal. Curitiba: Juruá, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. **Commission on the Status of Women**. Report on the fifty-seventh session (4-15 March 2013). Economic and Social Council Official Records, 2013. Supplement nº 7. Disponível em: <<http://www.undocs.org/E/2013/27>>. Acesso em: 29.09.2018

COMISSÃO EUROPEIA. **Opinion on EU strategy on violence against women and girls**. 2010. Disponível em: <[ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6574](http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6574)>. Acesso em: 29.09.2018

COPELLO, Patrícia Laurenzo. Introducción. Violencia de Género, Ley Penal e discriminación. In: COPELLO, Patrícia Laurenzo (Coord). **La violencia de género en la ley**: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España. Madrid: Dykinson, 2010.

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf)>. Acesso em 12/06/2020.

Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf)>. Acesso em 14/06/2020.

Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres. Disponível em: <<https://popdesenvolvimento.org/publicacoes/temas/descarregar-ficheiro.html?path=4%29+Direitos+Humanos%2Fc%29+G%C3%A9nero%2FDeclara%C3%A7%C3%A3o+Sobre+A+Elimina%C3%A7%C3%A3o+Da+Viol%C3%Aancia+Contra+As+Mulheres.pdf>>. Acesso em 21/06/2020.

GOULART, Marcelo Pedroso; ESSADO, Tiago Cintra; CHOUKR, Fauzi Hassan; OLIVEIRA, William Terra de (Orgs.). **Ministério Público: pensamento crítico e práticas transformadoras**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

HANNA, Cheryl. **No right to choose: mandated victim participation in domestic violence prosecutions**. In: Harvard Law Review, v. 109, n. 8, jun. 1996, p.1884

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei 11.340/2006**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OMS. **Intervening with perpetrators of intimate partner violence: a global perspective**. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42647/9241590491.pdf;jsessionid=2D9597CCF65BB5511EE85D70048AEDA2?sequence=1>>. Acesso em: 02.10.2018.

ONU. Gabinete das Nações Unidas de Viena. **Estratégias de combate à violência doméstica: manual de recursos**. Título original: Strategies for confronting domestic violence: a resource manual. Trad. Emanuel Fernando Gomes de Barros Matos. Lisboa: Direcção-Geral da Saúde, 2003.

PARLAMENTO EUROPEU. **Feasibility study to assess the possibilities, opportunities and needs to standardise national legislation on violence against women, violence against children and sexual orientation violence**. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/eplive/expert/multimedia/20110405MLT17038/media\\_20110405MLT17038.pdf](http://www.europarl.europa.eu/eplive/expert/multimedia/20110405MLT17038/media_20110405MLT17038.pdf)>. Acesso em: 30.09.2019.

PIOVESAN, Flávia Piovesan. **Comentário Jurídico: Direitos Sexuais e Reprodutivos sob o Prisma Jurídico**. Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia – Nova Letra, 2012, p. 449-457.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericanos e africano**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENADO FEDERAL. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito**. Relatório final. Brasília, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2013/06/relatoriofinalcpmi.pdf>> Acesso em: 08.03.2019.

# VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA: CONDIÇÃO PARA A VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA A MULHER

**Rayssa de Sales França**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada e Mestranda

## **Resumo:**

A violência doméstica contra a mulher está presente na sociedade e é verificada de diversas formas, sendo a violência física a mais identificada, por deixar marcas, porém, há uma violência também muito presente nas relações, a violência psicológica, a qual não é percebida tão facilmente, pois suas cicatrizes são notadas claramente apenas pela vítima. Por isso, o objetivo deste artigo é relacionar essas expressões de violência, investigando se a violência psicológica é um pressuposto inevitável para se chegar à violência física no âmbito doméstico. Através de pesquisa bibliográfica qualitativa, compreendemos o ciclo de violência analisado por Barroso Filho, bem como o conceito de violência simbólica do sociólogo Bourdieu. Além disso, também foi realizada uma análise de dados estatísticos sobre violência contra a mulher. Concluímos que a violência psicológica contra a mulher é uma condição para se deflagrar a violência física, aparecendo nas relações conjugais antes da agressão física, embora normalmente fique impune.

**Palavras-chave:** Violência Contra a Mulher; Violência Psicológica; Dominação Masculina; Tolerância Social.

## **Introdução**

É conhecimento histórico que há no mundo uma estruturação social em que a mulher aparece como um ser subordinado, inferior ao homem. Assim, se construiu uma divisão sexual que parece estar até hoje sendo encarada como algo natural e inevitável, isso porque há, de acordo com Bourdieu um “eternização das estruturas da divisão sexual” a partir de mecanismos históricos que se difundem em instituições como a família, a escola e a igreja.

Essa perpetuação é percebida com a imposição dessas entidades atribuindo uma identidade à mulher, que é forçada a se enquadrar no padrão desenvolvido, que é justamente aquele em que a mulher é inferior ao homem e existe para servi-lo. Esse cenário é visto ainda contemporaneamente, mas desde o século XIX há mobilização feminina para desconstruir esse pensamento.

A primeira onda do movimento feminista foi lançada em busca dos mesmos direitos alcançados pelos homens nas revoluções burguesas. A segunda onda, nos anos 1960 e 1970 visou o questionamento radical da naturalização dos papéis sociais de gênero, e teve como uma das principais figuras intelectuais na defesa das mulheres, Simone de Beauvoir que afirmava que a opressão das mulheres era – e ainda é – fruto da construção social do estereótipo da mulher, e que essa construção servia como pretexto para organizar a sociedade em patriarcado.

A autora afirmava que as mulheres são tão capazes de escolher quanto os homens e que, portanto, podem optar por elevar-se, movendo-se para alcançarem a “transcendência”, uma posição em que um indivíduo assume a responsabilidade para si e para o mundo, onde se escolhe sua liberdade.

A terceira onda do feminismo teve início da década de 1990 até a atualidade, e tem como finalidade a superação de algumas falhas da segunda onda, como a reflexão sobre o feminismo negro.

Decorre dessas ondas diversas conquistas, dentre as quais a que talvez tenha sido mais significativa foi a positivação de direitos, que culminou em normas protetivas e preventivas reconhecendo a igualdade de gênero, a violência contra a mulher e inclusive elencando suas formas de expressão.

O objetivo do presente trabalho é dar ênfase a uma das formas de expressão da violência contra a mulher, a violência psicológica. O que se justifica pelo fato de que é um tipo de violência de difícil identificação em razão de esta aparecer dissolvida em atitudes aparentemente não relacionadas ao conceito de violência, podendo desencadear uma gradação de violência, se tornando cada vez pior, o que causa graves consequências sociais, judiciais e de saúde pública.

Assim, esta pesquisa científica visa entender de que modo a violência psicológica é analisada nas decisões judiciais cuja demanda é a violência contra a mulher, notadamente nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, referentes ao ano de 2017.

## **A Positivação dos Direitos da Mulher: Vizinilizando a Violência**

### **O que é violência?**

Ao contrário do que poderia se defender, a violência não é necessariamente relacionada ao poder, conforme o que difunde Hanna Arendt (1994, p43) quando diz que “poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro está ausente”. Assim, pode-se afirmar que a autora assegura que o poder não é gerado pela violência, pelo contrário, a violência surge quando o poder está ameaçado.

Desse modo, a relação de oposição entre violência e poder é o que dá origem a violência contra a mulher, visto que historicamente, a mulher foi vista como um ser dominado, subordinado aos desejos do homem, o qual detinha o poder, seja dentro ou fora do lar. E com os fatos sociais em constante

mutação, as mulheres passaram a reivindicar seus direitos, buscando ganhar voz e serem tratadas em igualdade perante os homens, despertando neles um sentimento de impotência, pois quanto mais direitos elas alcançavam, menos eles podiam domina-las, o que ocasionou a violência cada vez mais aparente contra elas.

Nesse contexto, a violência contra a mulher foi percebida como um grave problema que atingia mulheres no mundo inteiro, e em virtude da necessidade de proteção das vítimas, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi a primeira a reconhecer que era imperativo combatê-la, criando mecanismos para tal, como será exposto.

## **A Positivção dos Direitos da Mulher como Forma de Evolução**

A legislação também é uma forma de instituir cidadania das mulheres, no entanto, não basta que se positivo um direito para que ele seja efetiva socialmente. A garantia do exercício da cidadania depende de outros fatores, sendo a legislação apenas o primeiro passo para a elaboração de estratégias políticas de combate às desigualdades sociais.

Um dos pontos principais de discussão nesse sentido é o fenômeno da violência contra a mulher, o que desemboca na grande preocupação com a superação dessa violência como condição necessária para o desenvolvimento social.

## **Instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil sobre o enfrentamento à violência contra a mulher**

A primeira das normas se refere a igualdade entre homens e mulheres e se encontra na Carta das Nações Unidas de 1945, no mesmo sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Em 1979, houve o primeiro instrumento internacional específico para proteção dos direitos da mulher, a Convenção pela eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, que foi corroborada em 1993, na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena. Além disso, foi elaborada a Convenção de Belém do Pará em 1994, a partir da qual houve a regulamentação das violações dos direitos humanos das mulheres, sendo este o primeiro instrumento que visa a eliminação da violência contra a mulher.

## **Legislação brasileira de proteção a mulher**

No Brasil, o marco inicial para o reconhecimento dos direitos da mulher foi a Constituição Federal de 1988, portanto, cumpre apontar a legislação pós constituição como evolução do enfrentamento a violência contra a mulher:

- 1 Lei 10.714/03 (Lei do Disque Denúncia);
- 2 Lei 10.778/03 (Notificação Compulsória);
- 3 Lei 10.886/04 (Tipificação Especial no Código Penal);

4 Lei 11.340/06 (Lei Maria Da Penha): Foi a primeira a elencar os tipos de violência no artigo 7º. É importante por que não tem apenas um cunho sancionatório, mas pedagógico, e traz diversas medidas para o enfrentamento da violência, sendo elas organizadas em 3 eixos: medidas criminais para a punição da violência; medidas de proteção da integridade física e psíquica e dos direitos da mulher e medidas de prevenção da violência;

5 Lei 13.114/15 (Lei do feminicídio).

## **Violência Invisível: um Caminho para a Violência Física**

É importante evidenciar que a violência psicológica é um dos fatores responsáveis pela naturalização e perpetuação do patriarcado. Por esse motivo é tão relevante entendê-la para poder combatê-la.

A legislação foi importante para as mulheres não apenas porque lhes deu direitos, mas porque lhes deu visibilidade. Reconheceu que a sociedade tem enraizada a dominação do homem sobre a mulher e que isso gera diversos problemas, sendo a violência um deles.

Posto isso, volto a dar enfoque a violência psicológica contra a mulher, a qual é objeto do trabalho.

A justiça brasileira considera como violência psicológica o que está disposto no artigo 7, II, da Lei 11.340/06 – lei Maria da Penha e diz:

Artigo 7º, II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Então, os comportamentos que caracterizam esse tipo de violência são comportamentos que desrespeitam a autonomia da mulher, e podem ser expressos por meio de ofensas, xingamentos, menosprezo, invalidação das opiniões da mulher, pela possessividade, onde o agressor tenta controlar todos os comportamentos da mulher, muitas vezes isolando-a. Nesse tipo de violência, o homem faz com que a mulher se sinta tão diminuída a ponto de se considerar inútil.

Em relação a esse tipo de violência, o mapa da violência de 2015 averiguou que está presente em 26,6% dos atendimentos em mulheres na fase adulta realizados no SUS entre os anos de 2003 a 2013, no Brasil inteiro, considerando as outras formas de violência. além disso, nesta mesma década foi registrado através de uma pesquisa nacional de saúde que a perturbação psicológica ultrapassou os índices da violência física, tanto em relação ao sexo feminino como masculino, quando as vítimas responderam qual a violência

mais grave sofrida nos últimos 12 meses da vida delas.

Os dados não são tão atuais, pois os mapas da violência dos últimos anos se concentraram em dados de homicídios contra as mulheres e também nos crimes cyberneticos, não incluindo a violência psicológica nos gráficos.

A questão é porque após tantos anos e tantas aquisições em relação aos direitos das mulheres e a sua conquista de espaço social, elas ainda permanecem vulneráveis à violência doméstica. Isso se dá, pois “A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder que leva a uma relação de dominante e dominado. O processo de naturalização é feito a partir da dissimulação, utilizada com o intuito de tornar invisível a violência conjugal.” (DIAS, 2013, p. 17).

## **Violência simbólica**

Para entender melhor o conceito de violência psicológica e o motivo pelo qual é necessário seu enfrentamento, recorro ao que ensina o sociólogo francês Pierre Bourdieu sobre violência simbólica.

O autor afirma que a dominação masculina é legitimada pela ordem social que é embasada na divisão sexual. Portanto, existe uma construção social das diferenças existentes entre os sexos biológicos, insculpida com alicerce na dominação do masculino sobre o feminino. Trata-se então de uma construção arbitrária da natureza, que determina uma organização simbólica da ordem das coisas, fundando-se na divisão sexual concebida pelo androcentrismo.

A violência simbólica é a forma de exercer e impor essa dominação masculina. É caracterizada por ser desempenhada com a cumplicidade do dominado, que por ter intrínseco na consciência o dever de submissão, contribui para o desencadeamento da violência.

Segundo o autor “A violência simbólica se institui por meio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, a dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural.” (BOURDIEU, 2002, p. 47).

Assim, a violência simbólica é perpetrada pelo que Bourdieu chama de força simbólica, a qual é uma forma de poder exercida sem muito esforço, o que se deve ao fato de existirem as estruturas pré-estabelecidas, que difundem a dominação, e estão intrínsecas no mais profundo inconsciente, funcionando como molas propulsoras, portanto, essa força se manifesta sem necessidade de qualquer coação física, ou repressão psicológica.

Desse modo, o referido autor afirma que a dominação masculina é difundida a partir do exercício dessa violência simbólica, “violência suave, in-

sensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente do desconhecimento, do reconhecimento, ou, em última instância, do sentimento.” (BOURDIEU, 2002, p.8-9).

Diante do exposto, é possível relacionar a violência simbólica a violência psicológica contra a mulher, ressaltando que esta última nada mais é que a expressão de uma cultura androcêntrica enraizada na sociedade até os dias atuais. O agressor pretende, com suas condutas, ver a mulher amedrontada, inferiorizada e diminuída, e impedi-la de exercer sua liberdade e condição de alteridade em relação a ele (DIAS, 2013, p. 67).

A violência psicológica é, portanto, produto das relações desiguais de poder, e se mostra, através de atitudes consideradas naturais pelo agressor, como por exemplo, o controle que ele busca ter sobre a forma de ser da mulher, o que ocorre porque, para ele, a mulher deve ser domesticada, não tem voz, não tem poder de ser o que quiser ser. Isso se deve ao fato de que o mundo está construído sob os pilares do princípio de divisão social, que naturalizou a dominação do masculino sobre o feminino.

## **Ciclo da violência**

A partir do que já foi explanado, nesse momento o focamos no objetivo do trabalho, que é saber se a violência psicológica é condição para a violência física contra a mulher, nas decisões judiciais do TJPA.

Segundo Barroso Filho, em estudo para o Conselho Nacional de Justiça, existe um ciclo de violência doméstica, composto por 3 fases: 1- a criação da tensão; 2 – o ato de violência e 3 – fase amorosa, tranquila (Lua de Mel).

Para o autor, a existência de um ciclo da violência surge por que o agressor, antes mesmo de ferir fisicamente a companheira, tem a necessidade de baixar a autoestima da mesma, de forma que ela possa tolerar as agressões por se sentir totalmente dependente dele. O início desse ciclo se dá com as violações psicológicas à mulher, quando o homem busca diminuí-la mediante pequenas coisas que ela diz ou faz, até que esta se sinta insignificante a ponto de acreditar que ninguém iria cobiçá-la caso ele a abandonasse, o que a torna extremamente vulnerável à violência física, que posteriormente se expressa.

A primeira fase é justamente onde ocorre a violência psicológica, em que o agressor visa inferiorizar a mulher de tal maneira que ela mesmo concorde que é insignificante, reduzindo sua autoestima de maneira drástica.

Quando a mulher atinge esse ponto, passa a se retrair para não provocar o agressor. Mas, como a situação já está dominada, qualquer insatisfação do agressor, será usada para agredir de forma mais severa, entrando na segunda fase, que dura de 24 a 48 horas, e consiste num evento específico em que o homem agride fisicamente, seja com socos, pontapés, tapas, empurrões fortes, deixando marcas aparentes na mulher. Essa fase termina quando o conflito se acalma, mas há ainda um afastamento dos dois.

Após certo tempo, que é muito relativo, entra a fase 3 em que o homem se mostra arrependido pelo que fez, promete que não fará de novo, e torna a ter atitudes amorosas, o que muitas vezes faz com que a mulher que já se encontra muito vulnerável psicológica e fisicamente, aceita de volta e o ciclo se repete.

## **O sistema penal como agente da revitimização**

Vera Cristina de Andrade disserta sobre a ineficácia do sistema penal para resolução de conflitos envolvendo a violência contra a mulher, afirmando que o direito foi gerado num ambiente de desigualdade, alicerçado no androcentrismo, então, por mais que haja uma legislação positiva em relação aos direitos das mulheres, não se vê a concretização plena desses direitos.

Assim, quando a mulher recorre ao direito penal, há uma revitimização, pois o sistema tem enraizado o androcentrismo, e desfere nova violência contra a mulher.

Cenário que é ainda mais latente quando nos referimos a violência psicológica, tendo em vista que toda prova é imaterial, deve ser baseada primordialmente na palavra da vítima.

## **Violência Psicológica: a Rotina dos Tribunais**

A partir de uma pesquisa do Sistema de Indicadores de Percepção Social, em que visitou-se 3.809 domicílios para responderem um questionário acerca do tema: violência contra a mulher, percebe-se que há uma tolerância social a violência psicológica contra a mulher, pois embora 89% dos entrevistados tenham respondido que são contrários a assertiva que diz *“um homem pode xingar e gritar com a sua própria mulher”*, também 89% dos entrevistados concordou que *“roupa suja se lava em casa”* e uma boa porcentagem concordou que só deve-se recorrer ao Estado quando há agressão física.

Então, para a sociedade, deve-se tolerar a violência psicológica, considerando desnecessária a intervenção do Estado nessas situações. É como se houvesse um limite que a mulher deve suportar, sem ter a quem recorrer, e aguardar chegar a uma situação mais grave, de violência física, para pedir ajuda. Mais uma vez, percebe-se a invisibilidade social da violência psicológica contra a mulher.

## **A identificação do ciclo de violência doméstica e da revitimização nas jurisprudências**

Foi verificado que na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará a modalidade de violência psicológica contra a mulher é percebida na forma de crimes como ameaça e perturbação da tranquilidade, não obstante sejam raras as demandas judiciais em que a tem como objeto. Porém, nos casos em que se reconhece essa modalidade de violência, em geral no momento

da sentença já houve prescrição da pretensão punitiva, pois os prazos para esses crimes são muito curtos.

Nas jurisprudências foi identificado o ciclo da violência. Contudo, em razão das denúncias só ocorrerem quando há agressão física, a violência psicológica muitas vezes passa despercebida na aplicação da pena, segundo diz o próprio juiz:

Muitas das vezes vem ameaça e violência física, [...] numa denúncia, vem a ameaça e o crime de lesão corporal, mas nem sempre. [...] eu diria que poucos são os casos, [...] de que a pessoa responde concomitantemente pelos dois crimes (informação oral).

Ou seja, a violência psicológica está presente, mas não é punida. Há uma escassez de casos em que há demanda de violência psicológica isoladamente da demanda de violência física, na maioria das ações penais, as duas modalidades estão cumuladas.

## Considerações Finais

Foi verificado no presente estudo que a violência psicológica pode ser o início de um caminho para a ocorrência da violência física, porque existe um ciclo em que as agressões psicológicas buscam diminuir a auto estima da mulher antes de haver a eclosão da agressão física em desfavor dela. Constatamos também que o exercício da violência psicológica como difusora desse ciclo se deve ao fato de que está intrínseca na sociedade como expressão de uma violência simbólica, a qual é exercida sem muito esforço, pois alicerçada em estruturas sociais pré-estabelecidas que propagam a dominação do masculino sobre o feminino, naturalizando condutas que jamais deveriam ser naturais.

Sendo assim a violência psicológica se apresenta de modo implícito nas relações conjugais, passando despercebida, o que leva a um processo paulatino de agressões, do qual decorre a violência física.

Foi identificado que a violência psicológica ainda é tolerada socialmente, visto que apesar da consciência social de que comportamentos que expressam a violência psicológica não são naturais, ainda há grande resistência da sociedade em aceitar a interferência do judiciário em relação a tais condutas, o que nos leva a concluir que a existência dos ciclos de violência doméstica está distante de ser extinto.

Outro ponto de conclusão foi a percepção de que a violência psicológica recebe um tratamento irrisório em relação a violência física, e só é percebida quando cumulada com a violência física, e por esse motivo permanece impune.

É urgente a necessidade de uma reconstrução social, levando em consideração não mais uma cultura patriarcal, mas sim tendo como base o princípio da igualdade de gêneros na sua mais ampla acepção, buscando políticas

públicas de inclusão da mulher, fomentando sua independência financeira, e a educação em direitos humanos, para que as mulheres se sintam seguras e protegidas.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 87-114, jan. 1996. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741>>. Acesso em: 16 Abril de 2017.

ARENDT, H. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

BARROSO FILHO, José. **O perverso ciclo de violência contra a mulher: afronta a dignidade de todos nós**. Atos administrativos do Conselho Nacional de Justiça, Brasília. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/atos%ADadministrativos/atos%ADsecretaria%ADgeral/433%ADinformacoes%ADpara/imprensa/artigos/13325%ADDo%ADperverso%ADciclo%ADda%ADviolencia%ADdomica%ADcontra%ADa%ADmulher%ADafronta%ADa%ADdignidade%ADde%ADtodos%ADn4/4>> Acesso em: 17 de Fevereiro de 2017.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kuhner – 2ª ed – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

\_\_\_\_\_. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz, 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945**. Carta das Nações Unidas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm). Acesso em: 21 de Novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.714 de 13 de Agosto de 2003**. Lei do Disque Denúncia. Brasília, DF, 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.714.htm). Acesso em: 10 de Novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.778.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.778.htm). Acesso em: 19 de Novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm). Acesso em: 10 de Novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.114, de 16 de abril de 2015**. Lei do Femicídio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13114.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13114.htm). Acesso em: 11 de Novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres - SPM. Violência contra

mulher é combatida com disque denúncia. **Portal Brasil**, Brasília, 20 de junho de 2014. Disponível em: [http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/06/violencia-contra-a-mulher-e-combatida-com-disque-denuncia-e-campanhas/@@nitf\\_custom\\_galleria](http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/06/violencia-contra-a-mulher-e-combatida-com-disque-denuncia-e-campanhas/@@nitf_custom_galleria). Acesso em: 21 de Abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Balanco 2015: Ligue 180 Central de atendimento à mulher**. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/wp-content/uploads/2016/03/SPM\\_Ligue180\\_Balanco2015.pdf](http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/wp-content/uploads/2016/03/SPM_Ligue180_Balanco2015.pdf). Acesso em: 06 de Abril de 2017.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 51/01: Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes**. Brasil. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf). Acesso em: 16 de Novembro de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 13.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 26 de Novembro de 2016.

GOIVINHO, Renato Ribeiro. **Lei Maria da Penha e o crime de ameaça: algumas considerações sob a ótica da Jurimetria**. Minas Gerais: 2014. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/site//graduacao/anais2014/21.pdf>. Acesso em: 21 de Abril de 2017.

GOMES, Maíra Marchi. **Violência Psicológica: Sobre a invisibilidade da psicologia por parte do direito**. Empório do Direito, Santa Catarina, 22 fev. 2016. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/violencia-psicologica-sobre-a-invisibilidade-da-psicologia-por-parte-do-direito-por-maira-marchi-gomes/>. Acesso em: 14 de Abril de 2017.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS): tolerância social à violência contra as mulheres*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327\\_sips\\_violencia\\_mulheres\\_novo.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf). Acesso em: 05 de Abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher** - Convenção de Belém do Pará. 1994. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em 21 de Novembro de 2016.

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Informe mundial sobre la violencia y salud**. Genebra (SWZ): OMS; 2002.

REIS, Carolina Eloáh Stumpf. **A Evolução da Problemática da Violência de Gênero da Legislação Brasileira**. Porto Alegre: PUCRS, 2008. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/copia\\_monografia\\_carolina\\_stumpf\\_reis.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/copia_monografia_carolina_stumpf_reis.pdf). Acesso em: 05 de Maio de 2017.

SÃO PAULO. **Convenção Sobre a eliminação de todas as formas de**

**discriminação contra a mulher.** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher>>. Acesso em: 22 de Novembro 2016.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015:** Homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: Flasco, 2015. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br](http://www.mapadaviolencia.org.br). Acesso em: 17 de Novembro de 2016.

# A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO PARTO E OS OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA DEVIDA

**Vânia Alexandra dos Santos Simões**

Admitida a Doutoramento em Direito Público pela Nova School of Law. Mestre em Direito. Pós-Graduada em Direito da Medicina & Justiça Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

**Yasmin Faissal Nogueira**

Mestranda em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa

## **Resumo:**

Trata-se de um inquérito realizado aos profissionais forenses para compreender se existe uma resposta adequada do sistema de justiça português ao fenómeno da violência obstétrica no parto e os possíveis obstáculos com os quais as parturientes se deparam ao buscar a responsabilização jurídica adequada dos profissionais de saúde envolvidos. Procurou-se analisar o nível de conhecimento destes profissionais acerca do tema, se já lidaram com algum caso de violência obstétrica na sua atividade profissional, o desfecho dos casos (condenação ou absolvição), os fundamentos da absolvição, a jurisdição e, na jurisdição penal, a tipificação atribuída. Os resultados obtidos demonstram que, embora o ordenamento jurídico português possua mecanismos e preceitos legais para tutelar as vítimas de violência obstétrica, há fatores que inviabilizam a efetivação da responsabilidade jurídica devida.

**Palavras-chave:** Violência Obstétrica; Responsabilidade médica; Princípio da igualdade de armas.

## **Introdução**

O presente estudo foi realizado com intuito de averiguar se existe uma resposta adequada do sistema jurídico português ao fenómeno da violência obstétrica no parto e quais os possíveis obstáculos enfrentados pelas parturientes na busca pela responsabilização dos profissionais de saúde envolvidos. Para o efeito, foi realizado um inquérito aos profissionais forenses com o objetivo de avaliar o seu nível de conhecimento acerca do tema de uma forma geral e a sua atuação profissional em possíveis casos de responsabilidade mé-

dica no parto.

A violência obstétrica é uma forma de violência institucional de género que pode consistir em atos de violência física, psicológica ou sexual e ser praticada durante a gravidez, o parto e o puerpério, conforme reconhece a Organização Mundial de Saúde na Declaração sobre prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde (2014)<sup>1</sup>. Embora a violência obstétrica seja normalizada, não se trata de um fenómeno recente, tendo o termo ganhado popularidade a partir de duas iniciativas legislativas Latino-americanas que criaram o conceito jurídico de violência obstétrica<sup>2</sup>.

Ainda que patente na realidade dos partos hospitalares em Portugal, a violência obstétrica não é um fenómeno expressamente reconhecido pela legislação portuguesa, não existindo a tipificação desta forma de violência no Código Penal Português, nem tão pouco a sua conceptualização no ordenamento jurídico português. Não obstante esse facto, a Lei 110/2019, de 9 de setembro, veio estabelecer um regime de tutela das mulheres em idade reprodutiva em contexto de saúde, incluindo no parto, consubstanciando a 2ª alteração à Lei 15/2014, de 21 de março. A Lei 15/2014, de 21 de março, com as alterações introduzidas pela Lei 110/2019, de 9 de setembro, veio ampliar a responsabilização dos profissionais de saúde na assistência ao parto, na medida em que as grávidas/parturientes/puérperas são agora titulares de direitos específicos, os quais estão expressamente consagrados e cuja violação por parte dos profissionais de saúde os fará incorrer em responsabilidade civil, o que não se verificava antes desta alteração legislativa, pois a parturiente não tinha direitos inerentes à sua condição específica e os seus direitos eram os mesmos de qualquer outro utente/paciente. Para além de ampliar a responsabilização civil dos profissionais de saúde no que toca ao parto, a Lei 110/2019, de 9 de setembro, possibilitou a plena tutela das vítimas de violência obstétrica ao consagrar direitos em favor das parturientes, criando assim ilícitos específicos para preenchimento dos pressupostos para a concretização da responsabilidade civil, afirmando assim a responsabilidade médica nestes casos.

A partir da edição da referida Lei, o ordenamento jurídico passou a con-

---

1 WORLD Health Organization. The prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth: WHO statement 14.23. 2014. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/134588>

2 VENEZUELA. Lei nº 38668, de 23 de abril de 2007. Ley Organica Sobre El Derecho de Las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia. Asamblea Nacional de La República Bolivariana de Venezuela, 2007.

Disponível em: <http://repositorios.unes.edu.ve:8080/jspui/bitstream/123456789/368/1/Ley%20Org%20C3%A1nica%20sobre%20el%20Derecho%20de%20las%20Mujeres%20a%20una%20Vida%20Libre%20de%20Violencia.pdf>; ARGENTINA. Lei nº 26.485, de 11 de março de 2009. Ley de proteccion integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres em los ambitos em que desarrolen sus relaciones interpersonales. Senado y Cámara de Diputados de La Nación Argentina, 2009. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/ley\\_de\\_proteccion\\_integral\\_de\\_mujeres\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/ley_de_proteccion_integral_de_mujeres_argentina.pdf)

tar com mecanismos específicos para tutelar as vítimas de violência obstétrica, sendo ainda necessário avaliar se o sistema de justiça está preparado para absorver tais inovações e como fica a responsabilidade jurídica para além da responsabilidade civil.

Dessa forma, inicialmente será delineada a metodologia do estudo, especificando o método de realização do inquérito.

Em seguida serão apresentados os resultados obtidos através das questões colocadas aos profissionais forenses.

Após será feita uma discussão dos resultados para ser possível fundamentar as conclusões apresentadas.

Por fim, serão apresentadas as considerações finais sobre as conclusões e algumas sugestões das autoras.

## Metodologia

O presente estudo foi realizado com a finalidade de avaliar como são tratados os casos de violência obstétrica pelo sistema de justiça português e os possíveis obstáculos à efetivação da responsabilidade jurídica devida. Para tanto, a pesquisa se baseou na coleta, análise e discussão de dados, além de revisão bibliográfica sobre o tema.

A coleta dos dados ocorreu através de um inquérito aos profissionais forenses realizado com recurso à plataforma *Google forms*. A divulgação do inquérito foi solicitada junto do Centro de estudos Judiciários, do Conselho Superior da Magistratura e da Ordem dos Advogados e realizada através de email. Ao inquérito responderam 76 profissionais: 40 juizes, 27 advogados e 9 procuradores.

## Resultados

As respostas obtidas através do formulário *online* indicam que 80% dos inquiridos disse saber o que é a violência obstétrica, resultado corroborado pelo fato da generalidade dos entrevistados se demonstrar familiarizado com grande parte das intervenções médicas expostas no questionário, que são exemplos característicos desta forma de violência. Uma das intervenções mais conhecida foi a episiotomia (67%) e a menos conhecida, o ponto do marido (22%).

Relativamente ao consentimento informado, cerca de 70% dos inquiridos entendeu que todos os procedimentos médicos realizados no parto carecem do consentimento informado da parturiente e cerca de 30% dos inquiridos entendeu que nem todas as intervenções realizadas no parto carecem de consentimento informado da parturiente.

Com relação à atuação profissional dos inquiridos, os resultados demonstram que 22% deles já lidou com algum caso de responsabilidade médica no parto.

O questionamento sobre o desfecho dos processos tidos revelou que

47% culminaram em absolvições, 33% em condenações parciais ou acusações parcialmente procedentes e 20% dos casos obtiveram condenação total no pedido. Cerca de 70% dessas absolvições advieram de processos-crimes, pelo que a taxa de sucesso dos processos crimes em que a obstetrícia esteja implicada, é pouco expressiva.

Entre os fundamentos de absolvição estão a falta de prova (40%), ausência de crime e/ou ilícito (20%), ausência de apuramento de negligência dos profissionais (20%), falta denexo causal entre o dano verificado e a conduta médica (10%) e ainda questões relativas ao apuramento da responsabilidade médica em equipa (10%).

A jurisdição na qual correram maior número de processos foi a jurisdição penal (54%), seguida da administrativa (35%) e da cível (11%).

Relativamente à jurisdição penal, o crime mais recorrente foi a ofensa à integridade física negligente (56%), homicídio negligente (22%), ofensa à integridade física agravada (11%) e intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (11%).

Entre os casos que correram na jurisdição penal, apenas um dos casos teve procedência total da acusação, tratando-se de uma condenação por ofensa à integridade física negligente (artigo 148º do Código Penal Português). Entre as condenações parciais há casos de ofensa à integridade física negligente (artigo 148º), um homicídio negligente (artigo 137º) e uma ofensa à integridade física agravada (artigo 147º). Um caso de homicídio negligente (artigo 137º) resultou em absolvição do profissional de saúde por falta de provas. Duas acusações por ofensa à integridade física negligente (artigo 148º) culminaram em absolvições por não se ter verificado a ocorrência de crime e por não se ter apurado negligência, tendo os profissionais conseguido abrigar-se no artigo 150º do Código Penal Português<sup>3</sup>. Houve ainda uma absolvição por falta de prova pela acusação conjunta por ofensa à integridade física (artigo 148º) e intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (artigo 156<sup>94</sup>).

---

3 “As intervenções e os tratamentos que, segundo o estudo dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou uma pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. [...]”. O artigo 150º do Código Penal é uma regra específica do ordenamento jurídico português que retira a tipicidade das intervenções médico-cirúrgicas, desde que realizadas de acordo com os parâmetros por ele estabelecidos, funcionando como uma causa de exclusão da tipicidade.

4 1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 - O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou, b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

## Discussão

Embora limitado pelo número de respostas, o inquérito realizado corresponde a uma amostra significativa capaz de apontar indícios de como o sistema de justiça português responde aos casos de violência obstétrica, daí a importância de uma análise cuidadosa dos resultados obtidos.

Apesar de ter ganho força nos últimos anos, o debate acerca da violência obstétrica ainda não atingiu de forma satisfatória todos os setores da sociedade, sendo ausente no campo das políticas públicas e tendo pouco alcance na seara jurídica. Assim, pode-se perceber como um avanço o fato de 80% dos profissionais forenses que responderam ao inquérito já terem ouvido falar em violência obstétrica e em sua generalidade estarem familiarizados com algumas das intervenções a caracterizam. Salientamos o fato de o ponto do marido<sup>5</sup> ser a intervenção menos conhecida já que é uma marcante forma de violência obstétrica. Embora não existam dados estatísticos, a realização não consentida desta intervenção está presente no relato de várias vítimas o que levou o partido político PAN a apresentar um Projeto de Resolução recomendando ao governo português a realização de um estudo sobre o ponto do marido.<sup>6</sup>

Outra característica da violência obstétrica traduz-se na realização de intervenções sem o consentimento informado da parturiente, motivo pelo qual o fato de 31% dos inquiridos ter referido que nem todas as intervenções citadas carecem de consentimento informado deve funcionar como um sinal de alerta. Deve-se ter cautela em relação ao percentual de 69% dos inquiridos que afirmam ser necessário o consentimento informado para todas as intervenções referidas, isso porque não é possível avaliar o grau de informação que acreditam ser imprescindível à tomada de decisão. Além disso, o consentimento tácito continua a assumir um papel relevante na obstetrícia, a par da invocação do caráter rotineiro do procedimento pelos profissionais de saúde para excluir a necessidade do consentimento expresso da parturiente. No parto, a mulher encontra-se em uma situação de vulnerabilidade acrescida, condição essa reconhecida pelo artigo 15º A nº1 e 3 da Lei 110/2019, de 9 de setembro e pela Organização Mundial de Saúde (OMS) que define as grávidas, parturientes e puérperas como grupo vulnerável<sup>7</sup>. Isso não significa que estas utentes/pacientes estejam inaptas a fazer escolhas, consentir ou dissentir intervenções ou procedimentos, devendo deixar-se as decisões relativas ao parto a cargo dos profissionais de saúde. Aliás, como já referido, a aniquilação da autonomia da mulher é uma expressão comum da violência obstétrica.

5 Ponto a mais na sutura de lacerações ou da episiotomia com o intuito de promover um estreitamento da vagina e, alegadamente, incrementar o prazer sexual masculino. Possui graves consequências para a saúde sexual das mulheres podendo causar dor durante a relação e até mesmo necessitar de correção cirúrgica.

6 PORTUGAL. **Projeto de resolução 623/XIV (PAN)**. 10 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=45204>

7 *Ibidem* cit. 1.

O percentual de inquiridos que em sua atuação profissional já lidou com algum caso de responsabilidade durante o parto foi de apenas 22%, o que sugere um descompasso entre a realidade (hospitalar) e aquilo que chega ao poder judiciário. Esta disparidade pode estar relacionada à falta de informação, uma vez que muitas mulheres, embora se sintam desconfortáveis com as suas experiências de parto, não dispõem de literacia suficiente sobre o tema para compreender que foram vítimas de uma forma de violência. Além disso, as situações de violência obstétrica foram sendo de tal modo normalizadas ao longo do tempo que algumas formas de violência passaram a ser consideradas procedimentos de rotina. Enquanto isso, as mulheres foram levadas a acreditar que uma certa dose de sofrimento é inerente ao parto e que elas devem estar dispostas a aceitá-lo, crença que as leva a desistir da busca de ajuda por vergonha ou medo de serem desacreditadas. A falta de recursos também é um fator relevante para as situações em que recorrer aos tribunais representa custos que devem ser suportadas pela própria vítima, incluindo a contratação de um advogado. Por fim, outra possibilidade está relacionada ao receio da vitimização secundária, uma vez que procurar o sistema de justiça pode significar ter de reviver o trauma e lidar com instituições ainda com resquícios de características patriarcais.

Acerca dos fundamentos para absolvição (47% dos casos referidos), o mais citado foi a falta de provas, que continua a ser o principal obstáculo à efetivação da responsabilidade na obstetrícia. Contribuem para tal situação a ausência de acompanhante no parto, a fraca literacia das mulheres para compreender o que está a acontecer no parto, a ausência ou deficiente instrução do processo clínico das parturientes e pactos de silêncio entre os profissionais de saúde. Com relação ao ónus da prova, a violência obstétrica ainda é encarada pelo legislador português como um evento médico, dissociando-se as questões de género inerentes, pois que a sua erradicação vem regulada num diploma relativo a direitos e deveres dos utentes de saúde, a Lei 15/2014, de 21 de março. Assim, na jurisdição cível, o ónus da prova comunga da doutrina associada às questões que suscitam a responsabilidade médica (negligência médica, ausência ou deficiente prestação do consentimento informado, entre outros aspetos). O ónus da prova em casos de violência obstétrica no parto pode envolver diferentes situações tais como, ausência ou deficiente prestação do consentimento informado; questões relativas ao trato profissional de saúde/parturiente e à má prática clínica. Ao nível da prática clínica, o legislador facilitou a prova a favor da parturiente, ao estabelecer legalmente quais as *leges artis* do parto, ficando assim a cargo do profissional de saúde provar que as cumpriu, conforme estabelecido nos n.ºs 2 e 6 do artigo 15.º F da Lei 110/2019, de 9 de setembro – Medicina Baseada na Evidência e as Recomendações da Organização Mundial de Saúde para uma experiência positiva de parto. Quanto às questões de maus-tratos verbais ou físicos, que não respeitem ao consentimento informado ou à deficiente prestação de cuidados de saúde, a prova dos factos recai sobre a parturiente. Existe ainda uma cor-

rente jurisprudencial e doutrinária minoritária, plasmada, nomeadamente no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7/10/2010 – Relator Ferreira de Almeida<sup>8</sup>, que admite que a obstetria tem subjacente uma obrigação de resultado, sendo uma especialidade de grande risco, em que os profissionais de saúde devem empregar a técnica adequada. Autores como Cavalieri Filho, consideram que, se o/a obstetra provar que não foi negligente, não responde pelos danos, pois haverá a inversão do ónus da prova, neste caso<sup>9</sup>. Porém, esta corrente não atende ao facto de o parto ser um evento imprevisível, pelo que, ainda que se possa concordar com a solução final (a da inversão do ónus da prova) não é possível concordar com as premissas em que assenta tal silogismo. Relativamente ao cumprimento do dever de informação e de obtenção do consentimento informado, cabe ao profissional de saúde provar que cumpriu os deveres a que legal e deontologicamente obrigado. Há que ter ainda em consideração que a lógica da prova a favor da parturiente em sede de processo crime não poderá ter lugar por conflitar com o princípio da presunção da inocência, princípio juspenalista estruturante do nosso ordenamento jurídico, valendo apenas para ações de responsabilidade civil em que esteja em causa a aplicação da Lei 110/2019, de 9 de setembro.

Com relação à ausência de crime, inexistente em Portugal a tipificação da violência obstétrica, pelo que alguns casos de violência obstétrica acabam por não se enquadrar em nenhum tipo legal de crime como é o exemplo das microagressões, advindas da violência psicológica infligida às parturientes e que não se reconduzem necessariamente ao crime de injúria. A questão da ausência de apuramento de negligência dos profissionais é um ponto que merece atenção, uma vez que a confusão entre a violência obstétrica e negligência médica pode acabar inviabilizando a responsabilidade jurídica devida. A violência obstétrica do ponto de vista da prática clínica é consubstanciada por más práticas clínicas que ao longo do tempo acabaram sedimentadas como sendo “a normalidade clínica<sup>10</sup>”. Práticas essas, realizadas de modo consciente e cujos resultados obtidos pelos profissionais de saúde são os desejados. Já a negligência médica refere-se a condutas que violam as *leges artis*, na sequência de violação de deveres de cuidados, por exemplo, pelo que os resultados verificados não são desejados pelos profissionais implicados nestas situações. Assim, por se enquadrar na designada “normalidade clínica”, a violência obstétrica acaba por ficar fora do contexto da negligência médica, inviabilizando

8 Acórdão relativo ao processo nº 1364/05.5TBBCL.G1, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae-802577b5003a8527?OpenDocument>

9 André Gonçalves Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, p.633, *apud* Cavalieri Filho.

10 André Gonçalves Dias Pereira, na obra já identificada, p.665, menciona o Acórdão da Relação de Lisboa de 27/10/1998 que faz menção à “normalidade da prática clínica” que é o que não está de acordo com as *leges artis* mas é costume fazer assim. Assim, se um médico atuou segundo a normalidade da prática clínica, a circunstância dos resultados dessa atuação terem sido nocivos para o paciente não determinam a existência de um erro que configure um caso de negligência médica, defende o Acórdão.

a responsabilidade dos profissionais de saúde em casos de violência obstétrica na sua dimensão física, categorização onde se inserem as más práticas clínicas que são tidas como violência obstétrica. É de relevar ainda que o excesso de medicalização no parto contribui tanto para a verificação de iatrogenias desnecessárias no pós-parto, que apresentam nexos causais diretos com a atuação médica, quanto para a verificação de eventos adversos, isto é, de estados clínicos ou patológicos sem nexos causais diretos com a atuação médica, mas que são verificados após uma intervenção ou procedimento médico.

O fato de a jurisdição penal ter sido aquela em que correram o maior número de processos pode ter relação com ser ela a que acarreta menores custos processuais para as vítimas e ser a mais célere comparativamente com a jurisdição administrativa ou cível. O Ministério Público desempenha ainda um papel relevante no apoio às vítimas, haja visto que vigora o modelo acusatório em Portugal, em sede de processo penal. Verifica-se ainda uma maior percentagem de ações contra hospitais públicos, uma vez que a jurisdição administrativa tem maior expressão de casos comparativamente à jurisdição cível, vigorando em Portugal uma dualidade de regimes, quer substancial, quer processual, no que toca à responsabilidade médica, uma vez que o tribunal competente é afetado em razão da natureza jurídica da entidade onde ocorreu o parto, pública ou privada.

## Considerações finais

Com o precedente estudo é possível afirmar que alguns passos importantes foram dados pelo sistema jurídico português no que diz respeito à responsabilização jurídica dos profissionais de saúde envolvidos em situações de violência obstétrica. O crescimento do debate público e a edição da Lei 110/2019, de 9 de setembro, contribuíram para uma maior conscientização e informação dos profissionais forenses acerca do tema.

Ainda assim, o número de casos que chega ao poder judiciário ainda é pouco expressivo em comparação com o número de casos relatados em pesquisas<sup>11</sup> e campanhas de denúncia, isso porque ainda falta informação às próprias vítimas, às pessoas de sua rede de apoio e à sociedade em geral, além do desgaste físico, financeiro e emocional que representa um processo judicial.

No tocante aos casos de violência obstétrica que geram demandas judiciais, o principal obstáculo enfrentado para a efetivação da responsabilidade jurídica devida são as dificuldades probatórias. Processos clínicos insuficientemente instruídos, negação do direito ao acompanhante ou pactos de silêncio entre os profissionais de saúde são alguns dos motivos apontados. Outros obstáculos identificados são a ausência de um crime específico e a confusão

11 Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto, *Experiências de Partos 2012-2015*, Lisboa, 2015 (1ª edição). Neste inquérito, 50% das inquiridas declarou que o seu parto não correu conforme desejavam, percentagem que nos indicia que os casos de violência obstétrica em Portugal assumem proporções significativamente maiores do que os casos efetivamente reportados junto dos tribunais.

entre violência obstétrica e negligência médica.

Assim, faz-se necessária uma resposta eficaz do sistema de justiça para colmatar estas situações, apostando-se, por exemplo, em perícias forenses especializadas junto das parturientes para averiguação dos danos e do seu concreto nexos causal com o parto em si, e a criação de um tipo penal específico de violência obstétrica.

## Referências

ARGENTINA. **Lei nº 26.485**, de 11 de março de 2009. Ley de proteccion integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres em los ambitos em que desarrolen sus relaciones interpersonales. Senado y Cámara de Diputados de La Nación Argentina, 2009. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/ley\\_de\\_proteccion\\_integral\\_de\\_mujeres\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/ley_de_proteccion_integral_de_mujeres_argentina.pdf).

ASSOCIAÇÃO Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e no Parto. **Experiências de parto em Portugal**. Lisboa. 2015. Disponível em: [http://www.associacaogravidezparto.pt/wpcontent/uploads/2016/08/Experi%C3%Aancias\\_Partos\\_Portugal\\_2012-2015.pdf](http://www.associacaogravidezparto.pt/wpcontent/uploads/2016/08/Experi%C3%Aancias_Partos_Portugal_2012-2015.pdf).

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica**, [s.n.], Coimbra:2012, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>

PORTUGAL. **Projeto de resolução 623/XIV (PAN)**. 10 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=45204>

PORTUGAL. **Lei 110/2019, de 9 de setembro**, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/124539905/details/maximized>

PORTUGAL. **CÓDIGO PENAL – Decreto- Lei 48/95, de 15 de março**, consultado na sua versão até à 52ª alterações, de 31/08, introduzida pela Lei 58/2020;

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Acórdão de 7/10/2010, relator Ferreira de Almeida, relativo ao Processo nº 1364/05.5TBBCL.G1**

VENEZUELA. **Lei nº 38668**, de 23 de abril de 2007. Ley Organica Sobre El Derecho de Las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia. Asamblea Nacional de La República Bolivariana de Venezuela, 2007. Disponível em: <http://repositorios.unes.edu.ve:8080/jspui/bitstream/123456789/368/1/Ley%20Org%C3%A1nica%20sobre%20el%20Derecho%20de%20las%20Mujeres%20a%20una%20Vida%20Libre%20de%20Violencia.pdf>

WORLD Health Organization. **The prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth**: WHO statement 14.23. 2014. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/134588>

## ANEXO

### Inquérito aos profissionais forenses sobre violência obstétrica

Qual a sua profissão?

- Advogado (a)
- Juiz (a)
- Procurador (a)

Sabe o que é violência obstétrica?

- Sim
- Não

Alguma vez já ouviu falar das seguintes intervenções?

- Episiotomia
- Manobra de Kristeller
- Ponto do marido
- Tricotomia (raspagem de pêlos pubianos)
- Lavagem intestinal

Das manobras identificadas na questão anterior, na sua opinião, quais as que carecem do consentimento informado da parturiente?

- Todas as intervenções
- Nenhuma das intervenções
- Algumas das intervenções

No âmbito da sua prática forense, já lidou com algum caso de responsabilidade médica no parto?

- Sim
- Não

Se respondeu “sim” na pergunta anterior, qual o desfecho judicial do processo?

- Condenação total no pedido/ Acusação totalmente procedente
- Absolvição
- Condenação parcial/ Acusação parcialmente procedente

Nos casos em que tenha havido absolvição quais os fundamentos da mesma?

Qual jurisdição em que correu termos o processo ou a maior parte dos processos como os quais lidou?

Cível

Penal

Administrativa

Se respondeu anteriormente que o processo correu na jurisdição penal, qual a tipificação legal em causa no processo?

# A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A APATRIDIA COMO FATORES DECORRENCIAIS DO FENÔMENO DAS MULHERES REFUGIADAS

**Maria Eduarda Mendes Carneiro**

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa

## Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica referente à vulnerabilidade da mulher refugiada, tendo como base os riscos enfrentados na travessia das fronteiras internacionais, na discriminação de gênero presente em legislações que versam sobre nacionalidade e refúgio, e nos casos de apatridia como consequência dessa discriminação. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo Adicional de 1967 do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), apenas menciona cinco razões para o reconhecimento de um indivíduo como refugiado: o temor de perseguição baseado na raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social específico ou opinião política. Ao estabelecer apenas estas condições, a perseguição relacionada à questão de gênero é considerada em guias de diretrizes posteriores ao estatuto, ocasionando uma menor importância na esfera jurídica às solicitantes de refúgio por razão de gênero.

**Palavras-chave:** Mulher Refugiada; Apatridia; Violência; Legislações.

## Introdução

A trajetória das mulheres refugiadas é marcada pela intensa vulnerabilidade, pelos diversos tipos de violências<sup>1</sup> sofridas não somente nas travessias das fronteiras internacionais, mas no novo país ocupando o título de **MULHER REFUGIADA** e nas diversas legislações atuais discriminatórias, em que o preconceito relacionado ao gênero é agravado de forma a ser causa e consequência da apatridia. Sendo assim, o presente artigo científico possui como foco central a análise crítica referente aos aspectos mencionados anteriormente.

Como base introdutória, é primordial citar a concepção de Refugiado presente na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951<sup>2</sup>, que

1 Violência Moral, Psicológica, Sexual, Física, Social e Cultural.

2 [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_)

cita em seu artigo 1º, que *refugiado* é considerado toda pessoa que temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.”. Ressalta-se que a definição legal de refugiado amplia uma ideia meramente de perseguição e violação de direitos civis e políticos, não enquadrando as questões de gênero em sua conceituação.

Posteriormente, o artigo abordará as dimensões da violência de gênero em contexto de refúgio, em que verifica-se constante intensificação de casos. Nos últimos anos, várias foram as manchetes denunciando essa violência: “Uma em cada cinco refugiadas são vítimas de violência sexual no mundo” (ONU MULHERES, 23 de junho de 2017); “Até chuveiros são perigosos para mulheres refugiadas na Grécia” (R7 Internacional, 5 de outubro 2018); “Mulheres refugiadas relatam estupro em troca de abrigo na Europa” (FÓRUM, 27 de janeiro de 2016); “Mulheres e crianças já são 2/3 dos refugiados e representam grupo mais vulnerável à violência” (JORNAL MULIER, 27 de junho de 2016), e assim outras diversas manchetes que poderiam aqui serem mencionadas.

Por fim, os aspectos referentes à apatridia<sup>3</sup> causada pelas legislações discriminatórias vigentes que serão citadas e as consequentes políticas realizadas como forma de mitigar, ainda que insuficientemente, os problemas ocasionados pelo intenso preconceito e desprezo às mulheres refugiadas, serão citadas e explanadas visando a obtenção do resultado parcial.

A metodologia adotada será a indutiva, exploratória em doutrinas, legislações vigentes e estudos produzidos no campo das ciências sociais e jurídicas, mormente no campo das teorias feministas.

## **As Lacunas Jurídicas de proteção à mulher refugiada**

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, estabelece apenas cinco razões para a solicitação do Refúgio<sup>4</sup>: O temor de perseguição baseado na raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social específico ou opinião política. Sendo assim, é notório que a conceituação referente ao refugiado foi especificado de forma genérica, sem levar em consideração a questão da violência de gênero e dos diferentes preconceitos sofridos pelas mulheres que desencadeiam o refúgio como “solução”.

As diretrizes do ACNUR no Protocolo Adicional de 1967, especificam um direito maleável e não obrigatório na questão da perseguição em razão da violência de gênero, pelo fato dessas diretrizes não serem assinadas pelos

---

relativa\_ao\_Estatuto\_dos\_Refugiados.pdf, consulta realizada em 21 de agosto de 2020.

3 Apatridia significa a ausência de vínculo formal de nacionalidade.

4 O ato de concessão de Refúgio consiste em conceder abrigo, amparo e proteção ao refugiado.

mesmos países signatários do Estatuto dos Refugiados, gerando uma lacuna jurídica na proteção da mulher refugiada por razão de violência de gênero, agravando assim, a forma de tratamento da refugiada e o não reconhecimento no processo de solicitação de refúgio.

Ao longo da década de 1980, o ACNUR realizou conferências que possuíam como tema central o debate acerca da violência sexual sofrida pelas solicitantes de refúgio, despertando de forma significativa uma atenção considerável para a perseguição baseada no gênero.

Em 1991, o ACNUR criou as Diretrizes sobre a Proteção Internacional que especificava a perseguição baseada no gênero. Todavia, o reconhecimento dessa perseguição não foi suficiente para a proteção jurídica necessária das mulheres refugiadas por motivo de preconceito e violência de gênero, devido o fato que o Estatuto de 1951 é a principal fonte jurídica do ACNUR e o documento em que os Estados podem ser signatários, diferentemente do Guia de Diretrizes de 1991, permanecendo assim, apenas as cinco razões<sup>5</sup> para sua aceitação.

Posteriormente, no ano de 2002, o ACNUR realizou a edição das suas Diretrizes sobre a Proteção Internacional na Perseguição de Gênero, com base nas projeções, diálogos e modificações relatados no Segundo Grupo de Consultas Globais sobre a Proteção Internacional, que contou com especialistas em San Remo (Itália), resultando em alterações e melhorias em suas diretrizes, como forma de adequação aos padrões e conceitos do Século XXI, visto que o Guia de Diretrizes não se adequava a alguns paradigmas do novo século.

Após as modificações realizadas, é notória a melhoria do ponto de vista legal das diretrizes, visto que é possível sua aplicação em situações nas quais há a perseguição de gênero como justificativa para a solicitação do *status* de refugiada, ainda com a forte existência do patriarcado e da opressão sofrida, e da significante generalidade, por ter a violência de gênero como uma perseguição a determinado grupo social, sem uma citação específica.

## **As Mulheres Refugiadas e a exposição à violência**

Estudos acadêmicos estimam que uma em cada cinco refugiadas – ou mulheres deslocadas em complexos contextos humanitários – tenham sofrido violência sexual, número ainda subnotificado. A discriminação contra as mulheres e meninas é causa e consequência do deslocamento forçado e da apatridia. Muitas vezes, esta discriminação é agravada por outras circunstâncias, como origem étnica, deficiências físicas, religião, orientação sexual, identidade de gênero e origem social (ONU MULHERES, 2017).

Dessa forma, a intensa vulnerabilidade das mulheres refugiadas é caracterizada pela recorrente incidência de casos de violência sexual, física, psico-

---

5 Raça, Religião, Nacionalidade, Pertencimento a um grupo social específico ou Opinião Política.

lógica, moral e cultural, levando o refúgio a se tornar mais desafiador, tendo ligação direta com o processo de adaptação a uma nova realidade.

Em relação aos tipos de violências sofridos, podemos explicar que a **violência cultural** se expressa na questão religiosa, de âmbito íntimo e pessoal, muito forte na vida da maioria dessas mulheres, que pode provocar um choque cultural por motivos religiosos (SCHWINN, COSTA, 2016, p.11).

Quanto a **violência física**, a sua caracterização se dá pelos diversos casos de agressão e tortura a mulheres refugiadas, ocasionando assim, a forte presença da **violência psicológica**, que inicia-se com a opressão e perseguição sofrida no país de origem em razão do gênero e é prolongada nos casos de tortura, agressão e preconceito vivenciados no país que possui o *status* de refugiada.

Em relação à **violência sexual**, há a utilização do uso do estupro como arma de guerra, do tráfico internacional de mulheres e meninas para fins sexuais e das reiteradas situações de abuso sexual na travessia das fronteiras internacionais. Nos campos de refugiados, mulheres e crianças são alvos de agressões físicas e de investidas sexuais e, tendo que conviver em um espaço restrito, com um enorme contingente de pessoas sem ocupação, que passaram por diversos traumas, se tornam alvo de violência latente (HINRICHS, 2015). É o momento em que todas as violências se encontram (SCHWINN, COSTA, 2016, p11):

O que facilita ainda mais as investidas é o fato de essas mulheres e crianças não disporem de uma rede de contatos sociais, não dominarem o idioma do país, nem saberem onde procurar ajuda. Os agressores podem ser parceiros violentos, companheiros de abrigo invasivos, vigilantes que se aproximam das crianças emocionalmente carentes e cometem abuso sexual (HINRICHS, 2015).

Dessa forma, é possível citar como exemplificação das situações e das violências retratadas anteriormente, o caso da refugiada eritreia Samrawit, de vinte anos de idade, que deixou a Eritreia após a partida de um parente próximo que temendo por sua vida, fugiu do alistamento militar, sendo levada para a Ruanda em outubro de 2019, junto com 123 refugiados que estavam detidos na Líbia. Sem família no novo país, Samrawit se sentiu ameaçada, e diante da probabilidade de recrutamento forçado decidiu fugir. Em busca de segurança, foi sequestrada e levada por traficantes de pessoas para uma cidade no Sudão, perto da fronteira com a Líbia, sendo mantida por dois meses em um acampamento de traficantes em Kufra, onde seus captores exigiram inicialmente US\$ 6.000 para a sua liberdade (ACNUR, 2020).

De acordo com a refugiada eritreia, os banheiros eram horríveis, a água era insuficiente e a situação se agravava mais para as mulheres, devido o fato de que no período menstrual, não podiam realizar a higiene necessária nesse local. Acrescenta ainda que os traficantes exigiam dinheiro e a estupravam a céu aberto ou debaixo dos carros, além das constantes agressões físicas, das

queimaduras feitas por plástico derretido e das tentativas de afogamento mergulhando sua cabeça debaixo d'água (ACNUR, 2020).

Um relatório publicado pelo ACNUR (Agência da ONU para Refugiados) e pelo Centro Misto de Migração (CMM) no Conselho Dinamarquês para Refugiados, intitulado “Nesta viagem, ninguém se importa se você vive ou morre” (em tradução livre), detalha como centenas de refugiadas e migrantes estão morrendo e a cada ano em viagens da África Ocidental e Oriental para a Líbia e o Egito (ACNUR, 2020).

Milhares de refugiadas sofrem abusos e violações extremas aos Direitos Humanos, incluindo assassinatos, tortura, extorsão, **violência sexual** e trabalho forçado por contrabandistas, traficantes, milícias e algumas autoridades do Estado.

Os casos dessa violência são ainda mais recorrentes durante a crise provocada pela Covid-19, em que as mulheres refugiadas enfrentam o maior risco de vulnerabilidade. Em meio a essa crise, de acordo com a alta comissária adjunta para a Proteção Internacional no Acnur, Gillian Triggs, é mais provável que as mulheres refugiadas e deslocadas dos seus países sejam forçadas a fazer “sexo para sobreviver” ou a casar enquanto ainda são menores. O aumento do risco de violência contra mulheres deslocadas deve ser levado em consideração pelos Estados nas suas respostas à crise do Coronavírus, em que cada país precisa garantir que os serviços para vítimas de violência sejam considerados essenciais e permaneçam acessíveis (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Ainda de acordo com Gillian Triggs, o Alto Comissariado distribuiu fundos de emergência para mulheres consideradas em risco de violência e está coordenando ações no setor humanitário para garantir que a violência sexual e a violência de gênero sejam atenuadas em todas as intervenções (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Sendo assim, é de clara evidência a vulnerabilidade das mulheres refugiadas e a violência sofrida por essas mulheres, sendo atenuadas ainda que de forma insuficiente, pelas políticas realizadas por diversas organizações.

## **A ligação evidente entre o refúgio e a apatridia**

Segundo a jurisprudência internacional majoritária aceita no Direito Consuetudinário, apátrida é o indivíduo que não é considerado por qualquer Estado, segundo sua legislação, como seu nacional. O termo foi utilizado pela primeira vez em 1918, por Charles Claro, advogado no Tribunal de Apelação em Paris, que apesar da prevalência da sua utilização, não é a nomenclatura mais adequada para caracterizar estes indivíduos, por semanticamente expressar a falta de pátria de uma pessoa (DOI, 2015, p. 27).

Em decorrência da intensa situação de apatridia, os apátridas foram introduzidos na competência do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, que inicialmente realizava proteção somente aos refugiados, como forma de buscar soluções para problemas recorrentes.

De certa maneira, o termo **refúgio** e apatridia possuem intensa ligação, visto que grande parte dos refugiados tornam-se apátridas, como por exemplo, os filhos de mulheres refugiadas grávidas da Síria que nasceram em período de deslocamento e exílio sem documentação, não conseguindo comprovar a nacionalidade dessas crianças, tornando-se apátridas.

A apatridia em si, é acentuada pela discriminação de gênero referente às mulheres, em que em vários países não é permitido à mulher ter as mesmas condições do homem no que tange à nacionalidade escolhida, de forma que não lhes é permitido adquirir, mudar ou manter a nacionalidade escolhida, aumentando assim o risco de apatridia nos casos em que mulheres refugiadas casam-se com um estrangeiro. São encontrados exemplos de países em que a nacionalidade da mulher não é transmitida para a sua filiação, assim como casos citados anteriormente, em que a esposa perde a sua nacionalidade ao casar-se com um estrangeiro, situações essas presentes e resguardadas por legislações que serão citadas posteriormente no presente artigo científico.

O artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, garante que *todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países* e em seu artigo 15, complementa que todo ser humano tem direito a uma nacionalidade, não a podendo privar, assim como não se pode negar a nenhum ser humano o direito de mudá-la, todavia, o disposto nos artigos não é posto em prática, uma vez que esse direito é negado a mais de 10 milhões de pessoas que são apátridas no mundo, intensificado em parte pela discriminação contra as mulheres refugiadas, no que tange ao status de refúgio, ao fato de serem mulheres e a presença de diversas legislações discriminatórias nos dias atuais.

Dessa forma, é possível apontar como exemplificação do dificultoso reconhecimento da condição de apátrida, a ocorrência das irmãs Maha e Souad Mamo, que são as primeiras apátridas da história reconhecidas pelo Brasil, após a nova Lei de Migração, em vigor desde novembro de 2017, que dedicou uma seção especial à proteção dos apátridas, garantindo a residência e um processo de naturalização simplificado. A naturalização das irmãs foi entregue durante evento na 69ª sessão do Comitê Executivo da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). Segundo o Coordenador-geral do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), Bernardo Laferté, esta é a etapa mais recente do avanço legislativo no país no compromisso pela redução da apatridia (JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2018).

Sendo assim, é notório obsevarmos a ligação e a semelhança existente entre o refugiado e o apátrida, visto que a vulnerabilidade e a discriminação é presente em ambas as situações, agravadas ainda mais no preconceito por razão de gênero, em que há a concretização do complicado processo de refúgio e apatridia. Posteriormente, serão citadas legislações discriminatórias vigentes que intensificam a discriminação de gênero e a relação entre apatridia, mulheres refugiadas e preconceito.

## Legislações discriminatórias vigentes decorrenciais da apatridia e da vulnerabilidade feminina

As Legislações Discriminatórias vigentes nos dias atuais, significam reflexos da intensa discriminação e desigualdade de gênero presentes em diversos países ao redor do mundo. Destacam-se casos em que as crianças não podem adquirir a nacionalidade de sua mãe, tornando-se assim vulneráveis a apátridas. Até momento recente, leis discriminatórias eram corriqueiras no mundo, visto que em muitas situações, tais leis derivam do fato que países passam por processos de independência, mantendo partes das legislações iguais as legislações antigas. **É** necessário o reconhecimento, com grande **ânimo**, das reformulações nas legislações de diversos países após a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres. No entanto, tal quadro e mudança legislativa não engloba as legislações de todos os países e muitos exemplos de discriminação ainda são encontrados em pleno vigor (CORREA; TAVARES, 2015, p.7).

Um caso emblemático, que atualmente é referência no combate a apatridia, é do Vietnã. Em 2009, foi aprovada no país a Lei de Nacionalidade Vietnamita (Law on Vietnamese Nationality). A lei define em seu artigo 30 o conceito de apatridia, e restitui a nacionalidade vietnamita a mulheres nascidas no Vietnã, que haviam se tornado apátridas após se casarem com estrangeiros e terem se divorciado antes de conseguir a cidadania estrangeira para ela e seus filhos. A lei também atribui nacionalidade vietnamita a crianças nascidas no Vietnã, cujos pais são apátridas, enquadrando-se nessa situação os filhos de mulheres refugiadas apátridas, significando assim, uma ruptura no preconceito construído em sua base legislativa (CORREA; TAVARES, 2015, p.8).

A perda da nacionalidade por conta do matrimônio é apenas uma das situações em que a mulher poderá se tornar apátrida. Segundo relatório do UNHCR (2009, p.44-45), muitas mulheres viram apátridas *de facto* pelo motivo do tráfico internacional de pessoas. Nesta situação, a mulher possui nacionalidade, mas tem seus documentos confiscados pelos traficantes. É uma situação diferentes das mulheres que não podem adquirir a nacionalidade por lei (apátridas *de jure*) (SIMÕES, CAMPOS, 2019).

Apesar dos avanços realizados pelo Vietnã, a discriminação de gênero nas leis de nacionalidade ainda é uma realidade em 27 países do mundo, conforme relatório do ACNUR.

Para apresentar os países que possuem leis de nacionalidade discriminatórias de gênero, o relatório do ACNUR criou a tabela, a seguir exposta, onde se dividem os 26 países em três categorias conforme a lei de cada um: a) Vermelho: leis de nacionalidade que não permitem à mãe conferir sua nacionalidade a seus filhos, sem ou com limitadas exceções. Essas leis criam o grande risco de apatridia. b) Laranja: leis de nacionalidade com alguma precaução para evitar a apatridia, com exceções como permitir a nacionalidade da mãe nos casos em que o pai é desconhecido ou apátrida. c) Amarelo: leis de nacio-

nalidade que limitam a conferência da nacionalidade pela mãe, mas adicionam garantias que assegurem a não ocorrência da apatridia (UNHCR, 2017, p.3); (SIMÕES, CAMPOS, 2019).

Quadro 1 – Países com leis de nacionalidade discriminatórias de gênero

Bahamas	Malaysia
Bahrain	Mauritania
Barbados	Nepal
Brunei Darussalam	Oman
Burundi	Qatar
Iran	Saudi Arabia
Iraq	Sierra Leone
Jordan	Somalia
Kiribati	Sudan
Kuwait	Swaziland
Lebanon	Syria
Liberia	Togo
Libya	United Arab Emirates

Fonte: UNHCR, 2017, p.3 ; SIMÕES, CAMPOS, 2019.

Após a análise do quadro, observa-se que embora em níveis diferentes, a discriminação de gênero é presente nas legislações descritas anteriormente. Os países de cor vermelha (Brunei, Darussalam, Iran, Kuwait, Lebanon, Qatar, Somalia, Swaziland) são aqueles em que a situação é mais alarmante, por possuírem leis discriminatórias e não apresentarem exceções em que a mãe pode conferir nacionalidade aos seus filhos. As legislações mais preocupantes são do Qatar, Somália, Brunei e Irã, países em que em hipótese alguma, a mãe passará nacionalidade aos filhos, agravando assim, a situação das mulheres com pátria reconhecida e das mulheres refugiadas, de forma que se a legislação é preconceituosa para mulheres com nacionalidade e nativas, quanto as mulheres refugiadas é de maior recorrência ainda a apatridia para si e para os filhos.

Os países de cor laranja (Bahamas, Bahrain, Barbados, Burundi, Iraq, Jordan, Kiribati, Liberia, Libya, Malaysia, Nepal, Oman, Saudi Arabia, Sudan, Syria, Togo, United Arab Emirates) e de cor amarela (Mauritania e Sierra Leone), embora também apresentem leis discriminatórias, têm exceções que, ao serem aplicadas, evitam a ocorrência da apatridia. Contudo, cabe observar que estas exceções não são favoráveis, pois somente serão aplicadas, permitindo a conferência da nacionalidade pela mãe, quando o pai for desconhecido ou apátrida. Ou seja, não se torna um direito da mulher, mas apenas uma alternativa na lei quando o pai, detentor do direito de passar a nacionalidade aos filhos, possuir uma destas características que deixaria a criança apátrida (SIMÕES; CAMPOS, 2019).

## Políticas de Proteção às Mulheres Refugiadas

Em meio a intensa situação de vulnerabilidade vivenciada pelas mulheres refugiadas, políticas de apoio são realizadas com o intuito de mitigar, ainda

que de forma insuficiente, essa enorme vulnerabilidade. Sendo assim, é possível citar vários programas de proteção e assistência destinados especificamente a essas mulheres, devido à perseguição de gênero e outras situações de risco e violência que estão expostas.

Como exemplo, podemos citar o Projeto Vidas Refugiadas, que é caracterizado pela pretensão de visibilizar e voz às mulheres solicitantes de refúgio no Brasil, abordando o refúgio pelo olhar delas, que ainda representam a minoria nos grupos de refugiados e que enfrentam dificuldades para serem ouvidas e terem seus direitos preservados (POST, 2016, p. 28).

Outro programa realizado no Brasil e destinado às mulheres refugiadas é o Empoderando Refugiadas, que teve início em setembro de 2015 por meio de uma parceria entre a Agência Nacional da ONU para Refugiados (ACNUR), a Rede Brasil do Pacto Global, a ONU Mulheres, a empresa de consultoria em recursos humanos Fox Time, a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo e o Programa de Apoio para a Recolocação de Refugiados (PARR). O Empoderando tem como objetivo oferecer cursos de capacitação e de preparo para o mercado de trabalho brasileiro, assessoria de *coaching* e ajuda psicológica. Durante o funcionamento do Empoderando, várias palestras foram destinadas a explicar o processo da abertura de pequenas empresas no Brasil e explanação dos diversos ramos de comércio, sendo o alimentício e o estético os mais citados por elas (POST, 2016, p. 29).

Em especial a situação da Covid-19, mulheres refugiadas e migrantes de Roraima - Brasil, são foco da campanha da ONU Mulheres e do Fundo de População das Nações Unidas no Brasil (UNFPA), com apoio do Governo de Luxemburgo, através do programa Liderança, Empoderamento, Acesso e Proteção (LEAP), no desenvolvimento de roteiros de sensibilização que comunicam sobre prevenção, monitoramento dos sintomas e resposta à Covid-19, tendo como objetivo principal a sensibilização de pessoas migrantes e refugiadas dentro de abrigos e ocupações espontâneas, e em um segundo momento, o trabalho envolve as mulheres e o grupo de gestantes e lactantes, que necessitam de informações específicas dado o contexto diferenciado que estão vivendo (ONU MULHERES, 19 de maio de 2020)

Possuindo como referência a situação da pandemia, temas como saúde, prevenção e eliminação da violência de gênero e compartilhamentos de tarefas e cuidados com a família são acentuados. Devido a essa situação, questões de gênero foram abordadas na campanha de sensibilização #RespostaCovid-ComAsRefugiadas #RespostaCovidComAsMigrantes, iniciada em 22 de abril de 2020, pela ONU Mulheres e UNFPA, tendo conteúdos divulgados nas redes sociais até o final de maio de 2020 (ONU MULHERES, 19 de maio de 2020).

Sendo assim, é indispensável que países continuem a desenvolver projetos como os citados anteriormente, com o intuito de minimizar os traumas sofridos e facilitar a inclusão no país de refúgio.

## Considerações Finais

Entende-se como resultado parcial, que as lacunas jurídicas existentes nos ordenamentos que regem o pedido do reconhecimento da situação como refugiada, funcionam como causa e consequência da intensa vulnerabilidade e dos diversos casos de violência passados por essas mulheres.

Tomando essa situação como referência, a fragilidade é intensificada por esses dispositivos e a não proteção à mulheres refugiadas é decorrenciada desde o meio jurídico até a realidade vivenciada nos abrigos e nas travessias das fronteiras internacionais.

Cabe destacar, que a discriminação é intensa a ponto da maioria dessas mulheres serem apátridas e ao menos puderem ser reconhecidas como tal, pelo processo de enorme preconceito e mínima mudança no âmbito jurídico.

Em consequência dessa realidade, diversas políticas são realizadas por organizações com o intuito de mitigar a opressão e os traumas, facilitando assim, ainda que de forma insuficiente a inclusão no país de refúgio, pelo fato de que a mudança que precisa ocorrer, são nas legislações vigentes nos países e na sociedade no processo de desconstrução da cultura patriarcal ainda existente que ocasiona o intenso preconceito e discriminação.

## Referências

ABREU, L. L. Gênero e a Questão de Refúgio: As lacunas jurídicas de proteção à mulher refugiada. **Cadernos de Relações Internacionais**, Rio de Janeiro, Volume 2, 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/35209/35209.PDFXXvmi=>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954, de acordo com o artigo 43. Série Tratados da ONU, N° 2545, Vol. 189, p. 137. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 21 de agosto de 2020.

DOI, T. L. **Mulheres Apátridas: A Discriminação de Gênero como gerador da apatridia**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

ONU. Mulheres refugiadas e migrantes de Roraima são foco de campanha da ONU Mulheres e do UNFPA na pandemia Covid-2019, com apoio do Governo de Luxemburgo. **ONU Mulheres**, 2020. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

PANDEMIA aumenta risco de violência contra mulheres refugiadas. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/>

noticia/2020-04/pandemia-aumenta-risco-de-violencia-contra-mulheres-refugiadas. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

POST, C. B. Violência de Gênero e concessão e refúgio no contexto internacional e brasileiro. **PUCRS**, Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <https://www.pucrs.br>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

REFUGIADA sobrevivente de abuso sexual recebe apoio para recomeçar. **ACNUR**, 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/07/30/refugiada-sobrevivente-de-abuso-sexual-recebe-apoio-para-recomecar/>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

SCHWINN, A. S; COSTA, M. **Mulheres Refugiadas e Vulnerabilidade:** A dimensão da violência de gênero em situações de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência. *Revista Signos*, Lajeado, ano 37, n. 2, 2016. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/signos/article/view/1100/0>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

SIMÕES, B. B; CAMPOS, H. C. Apátrida em legislações dicriminatórias de gênero. **Rev. Direito Práx.** Vol.10 no.3. Rio de Janeiro July/Sept. 2019 Epub Sep, 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662019000301725](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000301725). Acesso em: 24 de setembro de 2020.

SNJ reafirma compromisso do Brasil com refugiados e apátridas. **Justiça e Segurança Pública**, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1545916153.13>. Acesso em: 26 de setembro de 2020

TAVARES, C. D. I; CORREA, B. L. Risco de Apatridia por Discriminação de Gênero. **Livros do CONIBDH:** Direitos Humanos Fundamentais, Espírito Santo, 2015. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/16-Risco-de-apatridia-Isabella-Tavares-e-Larissa-Correa.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2020.

UMA em cada cinco refugiadas são vítimas de violência sexual no mundo. **Onu Mulheres**, 2017. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/uma-em-cada-cinco-refugiadas-sao-vitimas-de-violencia-sexual-no-mundo/>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

# NATION IN TRANSIT: THE ROLLBACK OF FUNDAMENTAL FREEDOMS FOR VULNERABLE GROUPS IN HUNGARY

**Adrienne Komanovics**

Corvinus University of Budapest. Law Degree of the University of Pécs. Master Degree (LLM) of the University of Essex. Doctorate Degree (PhD) of the University of Pécs

## **Abstract:**

The conservative-nationalist government which has been in power in Hungary since 2010 has pushed through major constitutional and legal changes, having long-term impact on the country's justice system and other institutional issues related to checks and balances. The democratic backsliding has had a disproportionate impact on vulnerable groups, including the migrants and asylum-seekers, Jews, religious minorities, persons with disabilities, homeless people or, the focus of this paper, members of the Romany population, women, and the LGBTQI community. It is argued that the combined effect of legislative measures and hostile, homophobic and xenophobic rhetoric has led to the significant deterioration of the situation of vulnerable groups in the last ten years. The research aims to throw light on the Hungarian authorities' failure or incapability to provide adequate protection to various categories of vulnerable groups.

**Keywords:** Hungary; Vulnerable groups; Roma; Women; LGBT+ community.

## **Introduction. Brief overview of the situation in Hungary from 2010**

The right-wing alliance of Fidesz (Alliance of Young Democrats) and Christian Democratic People's Party (KDNP) won a two-thirds parliamentary majority in 2010, 2014, and 2018. Fidesz, which started as a group of liberal, democratic, open-minded young politicians after the transition to democracies in the former satellite States of the USSR, has undergone a fundamental change by the end of the 1990s. From 2010 onwards, during their uninterrupted governance, the ruling party has reshaped the political, economic and societal landscape (Wahl, 2020). As Freedom House has observed, "Hungary today can no longer be regarded as a democracy but belongs to the growing

group of hybrid regimes, sitting in the “gray zone” between democracies and pure autocracies (Filippov, 2020).” Indeed, the last ten years have witnessed constitutional and legal changes that have allowed the ruling party to consolidate control over Hungary’s independent institutions, to hamper the functioning of opposition groups, journalists, universities, and nongovernmental organizations who have voiced criticism of the government. Many institutions (judiciary, prosecutor’s office, public media), though formally independent, have been packed with loyalists (Kornai, 2019; Krekó, 2018).

In a first step, a new constitution was forced through the Parliament in 2011 with a very tight schedule, without adequate consultation with the opposition or the civil society, and without time for proper parliamentary debate and scrutiny. Since then, it has been amended several times, often in relation to laws that the Constitutional Court had earlier ruled unconstitutional (HRC, 2018, para. 5; Venice Commission 2011).

Academic freedom is under increased pressure, as evidenced by the refusal of the Government in 2018 to sign an agreement that would have allowed the Central European University (CEU), a private university founded by Hungarian-American philanthropist George Soros, to continue its operations in Hungary. This was found to have been incompatible with EU law (Case C-66/18, *Commission v. Hungary*). Then, in 2019, the Parliament adopted a law reorganizing the 200-year-old Hungarian Academy of Sciences, stripping it of its network of research institutions (Act LXVII of 2019).

NGOs have been operating in an increasingly hostile political environment. In 2017, the Parliament passed the so-called “foreign agent” law (Act LXXVI of 2017), which required NGOs funded above a certain amount to register as “organizations receiving support from abroad”. As in the case of “lex-CEU”, the CJEU found that the restrictions imposed by Hungary on the financing of civil organisations by persons established outside that Member State were incompatible with EU law (Case C-78/18, *Commission v. Hungary*).

Since 2010, media outlets have been subject to an unprecedented level of ownership concentration and direct political influence. The increasingly hostile atmosphere and legal constraints resulted in the dramatic decrease in independent and critical platforms (Bodoky, 2019).

Judicial independence also remains a matter of concern: the powers of the Constitutional Court has been reduced, and the Court has been filled with loyal judges, resulting in decisions favouring Government interests. The practice of appointing judges and court leaders under the authority of the President of the National Judicial Office (NJO) has been found extremely controversial. In its report, the European Association of Judges observed that “since May 2018 the Hungarian Judiciary is facing a very grievous situation which in some aspects comes close to a ‘constitutional crisis’ due to the activity of the President” of the NJO (EAJ, 2019, p. 10).

Hungary’s performance in the fight against corruption has been deteriorating steadily. There are a number of companies with close ties to the Gov-

ernment which are supported primarily by public funds, and allegations of corruption or misuse of public (or EU) funds are not properly investigated (GRECO, 2019; TI, 2019). In Transparency International's 2019 Corruption Perceptions Index<sup>1</sup> Hungary ended up 70th out of 180 countries, the third-most corrupt EU Member State, together with Romania and just after Bulgaria.

Whereas Hungary has ratified most of the core human right treaties, there is a marked capacity and commitment gap in the implementation thereof (Komanovics, 2019). With concerns over whether the developments described above are compatible with its core principles and values, Article 7 TEU has been triggered against Hungary. On 12 September 2018, the European Parliament has asked EU Member States to determine whether Hungary is at risk of breaching the EU's founding values.<sup>2</sup> Due to the Covid-19 pandemic, the Council has not been able to hold discussions under Article 7 this year,<sup>3</sup> however, it was stated that "there is no basis to end the Article 7 procedures against ... Hungary" and those procedures must be continued.<sup>4</sup>

The democratic backsliding has had a disproportionate impact on various segments of the Hungarian society, including the migrants and asylum-seekers, Jews, religious minorities, persons with disabilities, homeless people or, the focus of this paper, members of the Romany population, women, and the LGBTQI community. These will be examined in turn.

## Romani population

The Romani people constitute Hungary's largest ethnic minority. According to the 2011 census, out of a total population of approx. 10 million there were 308,957 Roma (3.1 per cent),<sup>5</sup> although it is estimated that their number is much higher, close to 876 thousand (8.8 per cent).<sup>6</sup>

Romani people have been "migrants" in Hungary for 800 years, said a (Roma) mayor of a mainly Roma-populated village.<sup>7</sup> Indeed, they face economic and social difficulties which is partly due to the fact that after the collapse of the Communist regime the majority of Roma lost their jobs. The austerity measures introduced after the 2008 financial crisis or the lockdown in 2020 led to further marginalisation. Various surveys point at the high rate

1 Corruption Perceptions Index 2019, Transparency International, <https://www.transparency.org/cpi2019>

2 <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180906IPR12104/rule-of-law-in-hungary-parliament-calls-on-the-eu-to-act>

3 <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/gac/2020/09/22/>

4 German Minister of State for European Affairs Michael Roth; 23 Sept 2020; <https://rnx.news/article/article/eu-to-maintain-article-7-procedures-against-poland-and-hungary>

5 During the census, answering questions relating to nationality was not compulsory. <http://www.ksh.hu/nepszamlalas/#> and [http://www.ksh.hu/nepszamlalas/reszletes\\_tablak](http://www.ksh.hu/nepszamlalas/reszletes_tablak)

6 [https://hvg.hu/itthon/20180222\\_Ennyi\\_roma\\_el\\_Magyarorszagon](https://hvg.hu/itthon/20180222_Ennyi_roma_el_Magyarorszagon)

7 [https://index.hu/belfold/2017/10/04/a\\_kocsogmentesito\\_polgarmester\\_ocseny\\_helyett\\_is\\_szivesen\\_latja\\_a\\_menekulteket/](https://index.hu/belfold/2017/10/04/a_kocsogmentesito_polgarmester_ocseny_helyett_is_szivesen_latja_a_menekulteket/)

of Roma unemployment, low representation of Roma in political and public life, racial violence and hate speech, racial discrimination, segregation in education, substandard living conditions, discrimination in the access to health care and services, and a lower life expectancy rate (SR on racism, 2012, paras. 34-41).

Arguably the main problem, which perpetuates social exclusion, is segregation in education. Despite various initiatives, lack of equality in access to quality education for Roma persists. This is typical in areas where Roma live in a higher than national average density, i.e. in the more underdeveloped, Northern and Eastern regions of the country. The case chosen for description originates from a small town called Gyöngyöspata,<sup>8</sup> with 2500 inhabitants where the affected children lived in a segregated area in very poor conditions. As it transpired from the documents submitted to the courts,

The Romani children had been kept in segregated classrooms on the second floor of the ... Primary School for over a decade. They testified that they rarely ever met their non-Romani schoolmates; they were not allowed to take part in the carnival ball; they were not taken on class trips; and they were denied IT and swimming lessons. Many of the children were unable to ever graduate, and the inferior education they received meant that many left school barely able to read or write. (Lee, 2020).

Chance for Children Foundation (CFCF),<sup>9</sup> a civil organisation fighting for equal rights in education for Romani and marginalized children and focusing on school desegregation, submitted a claim as *actio popularis* (Section 20(1) of Act CXXV of 2003) on behalf of all Roma children of Gyöngyöspata against the primary school and its maintainer, the Municipality of Gyöngyöspata.<sup>10</sup> Although the respondent school claimed that they were unaware of the students' ethnic background, the court refused to accept it. In a small town like Gyöngyöspata it is a matter of common knowledge who is of Roma origin. The court found that the separation of the Roma children from the children belonging to the majority population was contrary to the principle of equal treatment. The separation, including the spatial division, was aggravated by the poorer quality of education. The court, however, dismissed the complaint as to the remainder. Thus, the applicant could not prove discrimination in relation to the separate catering (the dining room was simply too small to have all children at the same time), the exclusion from swimming classes (the school cannot be required to provide swimwear), or the exclusion from after-school care (which was only available to students whose both

8 <https://goo.gl/maps/t2xnnu17jauWJPjn7>

9 <http://www.cfef.hu/en/about-us>

10 In fact, the case was based on a report published by the Parliamentary Commissioner for National and Ethnic Minority Rights on Gyöngyöspata in April 2011, finding that Roma children were physically segregated from non Roma children in the primary school of Gyöngyöspata. See <http://www.kisebbszegiombudsman.hu/data/files/203198066.pdf>

parents were in employment). These distinctions had objective justifications. Thus, in December 2012, the Regional Court ordered the municipality and the school to put an end to segregation. The decision was upheld by the Metropolitan Court, and then by the Supreme Court (Kúria) in March 2015.<sup>11</sup>

Based on this, various affected persons lodged a complaint in the Regional Court claiming compensation for the infringement of personality rights, which was granted, and was upheld at second instance as well.<sup>12</sup> At this stage, the respondent authorities offered education and training opportunities in place of damages to the affected Gyöngyöspata families, which they refused. Then the municipality requested a review of the decision from the Supreme Court, submitting that education and training schemes would better suit the needs of the Romani families. The Prime Minister observed in January 2020 that “[t]he decision handed down by the court [of appeal] offends the sense of justice of many in Hungary.”<sup>13</sup> “We take the side of the 80 percent who are decent, working Hungarians who demand a suitable education for their child”, he added.<sup>14</sup> The PM found the judgment unfortunate as the affected Roma families would be granted money in exchange for nothing. “If I were to live there, I would pose the question: Why do people from a certain ethnic background, who live in the same community and same village as I do, receive a significant amount of money without doing any work,” the PM said.<sup>15</sup>

Besides, the Government alleged that it was the “Soros<sup>16</sup> network” which was behind this “unfortunate” decision. “It seems that Soros-funded, activist organizations launched this action” and “[n]ow, thanks to George Soros and the activist lawyers funded by him, those who pushed the case in the first place, the municipality of Gyöngyöspata is likely to be driven into bankruptcy, while social tension between Roma and non-Roma groups in the region is expected to rise.”<sup>17</sup>

Despite this undue political pressure, the Supreme Court, in May 2020, rejected the request for review and ordered the municipality of Gyöngyöspa-

---

11 See the Decision of the Supreme Court (Kúria) No Pfv.IV.20.097/2015/3. of 25 March 2015, available at [http://cfcf.hu/sites/default/files/Gypata\\_Kuria.pdf](http://cfcf.hu/sites/default/files/Gypata_Kuria.pdf) (in Hungarian)

12 Approx. EUR 280,000 for 60 plaintiffs, calculated by the semesters spent in educational segregation. This was not a high award for the affected people, but quite a challenge for the budget of the respondent municipality, a small town in one of the most deprived regions of Hungary.

13 <http://abouthungary.hu/blog/heres-why-the-high-courts-ruling-failed-the-people-of-gyongyospata/>, 17 May 2020

14 <https://hungarytoday.hu/orban-on-gyongyospata-case-govt-sides-with-decent-working-hungarians/>, 31 January 2020

15 <http://abouthungary.hu/blog/heres-why-the-high-courts-ruling-failed-the-people-of-gyongyospata/>, 17 May 2020

16 Hungarian-born US businessman George Soros, an opponent of Hungarian Prime Minister Viktor Orbán

17 <http://abouthungary.hu/blog/heres-why-the-high-courts-ruling-failed-the-people-of-gyongyospata/> and <https://hungarytoday.hu/orban-on-gyongyospata-case-govt-sides-with-decent-working-hungarians/>

ta to pay more than €280,000 in compensation to the families of 60 Roma students. The Supreme Court based its decisions on the relevant and unequivocal provisions of the Hungarian Civil Code which provides that “in case of compensation for non-pecuniary damages, the only way to assess the compensation is monetary compensation, there is no legal possibility to apply compensation in kind”.<sup>18</sup>

Dissatisfied with the verdict, a legislative proposal was submitted to the Parliament by the Government. In the so-called *Lex Gyöngyöspata*, amending the law on national public education, a new paragraph was introduced providing that in education segregation cases the only remedy is educational or training services provided or covered by the respondent schools and municipal authorities (Act LXXXVII of 2020 amending Act CXC of 2011). Thus, anyone else in any other segregation scenario could claim monetary compensation for non-pecuniary damages, with the sole exception of victims of *educational* segregation. This is, however, a clear case of indirect discrimination as far as educational segregation has a disproportionate impact on Roma children. The solution chosen was not what common sense would dictate, i.e. the introduction of further measures to address the underlying causes, but new rules depriving victims of monetary compensation, even though pecuniary damages were intended to cover not only the lower quality of education but, and to a greater extent, the psychological damage as well.

## Women

Disapproving of the more liberal family dynamics and the weakening of the role of the traditional family, the incumbent Government has from the beginning promoted conservative values, which has had a marked impact on the situation of women. While the new Hungarian constitution, passed during the first period of the current administration, provides for a constitutional guarantee of equality for women (Article XV), several provisions are based on the idea of the patriarchal extended family.

The Fundamental Law regards families as the basis of the survival of the nation and encourages the commitment to have children (Article L). Family policy is focused on maintaining demographic growth, which is directly linked to the anti-Muslim and anti-migrant sentiments prevalent in Hungarian internal policy. In its original version, Article L of the Fundamental Law provided that “Hungary shall protect the institution of marriage as the union of a man and a woman established by voluntary decision, and the family as the basis of the survival of the nation”, without actually defining the term “family”. In 2013, the relevant article was complemented by a sentence providing that “family ties shall be based on marriage or the relationship between parents and children.”<sup>19</sup> Thus, registered partnerships, partnerships, single-parent

18 <https://www.romaeducationfund.org/a-victory-for-all-supreme-courts-decision-on-the-gyogyospata-case/>

19 Fourth Amendment of the Fundamental Law, 25 March 2013

families, blended families, same-sex partnerships, and the children living with them, are all excluded from the concept of family. A further restriction is envisaged by a draft bill submitted during the second wave of the coronavirus, by the addition that “the mother is a woman and the father is a man.” As the aim of this proposal is to further marginalize sexual minorities, this will be addressed in the next chapter of this paper.

Another controversial issue is the availability of contraception and abortion services. As demographic growth is a priority for the Government, it is no surprise that the Fundamental Law protects the life of the foetus from the moment of conception (Article II).<sup>20</sup> The picture, however, is more complex. In fact, the Act on the Protection of Foetal Life (Act LXXIX of 1992), which has not been changed after the adoption of the new constitution, provides for the possibility of abortion in four cases: if the foetus is lethally afflicted, to protect a pregnant woman’s health or life, if the pregnancy is a result of a rape, or if the woman is in grave crisis situation. Admittedly, the last condition is quite flexible, and covers a wide array of justifications, including the woman’s financial situation, relationship issues, and the fact that the affected woman does not wish to have more children.<sup>21</sup> However, there are various procedural and regulatory barriers that complicate access to abortion care in practice, including mandatory counselling and waiting periods, and the refusals of care on grounds of conscience and religion. In addition, women are still required to explain why they are seeking an abortion (CRR, 2019; EHF, 2018). As far as prevention is concerned, Hungarian women have limited access to modern, efficient methods of contraception. The State does not subsidize any form of contraception, and emergency contraception is only available upon prescription (WG, 2017, paras. 74 and 101(c)).

The sponsoring by Hungary of an anti-abortion declaration in October 2020 marks another step backwards.<sup>22</sup> There are only two other European signatories (Belarus and Poland), while other signatories, about 30 largely illiberal or authoritarian governments, include States like Saudi Arabia, Bahrain, the United Arab Emirates, Iraq, Sudan, South Sudan, Libya, ranking very low in various equality indexes (GIWPS, 2019). The non-binding declaration, which calls on States to promote women’s rights and health, but without access to abortion, uses “pro-family” language, emphasising the “role of the family as foundational to society” and that “women play a critical role in the family”. It reaffirms that each nation has the sovereign right to make their own laws in regard to abortion. Such a declaration, while clearly lacking binding force, represent a move towards a more conservative policy on sexual and reproduc-

---

20 The Hungarian constitution is the only constitution in Europe granting the right to life from conception. See <https://reproductiverights.org/press-room/abortion-under-attack-in-hungary>

21 See <https://tasz.hu/cikk/kisokos-az-abortuszrol>

22 Geneva Consensus Declaration on Promoting Women’s Health and Strengthening the Family, 22 October 2020, <https://www.hhs.gov/sites/default/files/geneva-consensus-declaration-english.pdf>

tive health and rights.

Women has been traditionally underrepresented in political life in Hungary and this has not changed during the last 10 years. According to the data of Inter-Parliamentary Union, in 2010, 9.1% percent of the 386 MPs were women (with the 100th position in the IPU-ranking). In the 2014 election, when the Parliament was downsized to 199 members, 19 female MPs (9.5%) were elected (Hungary falling back to the 127th position), with a slightly better results after the 2018 elections: 20 women out of 199 (10.1 per cent), with Hungary having the 158th position in the world ranking.<sup>23</sup> The same pattern is prevalent in other contexts, including the composition of the cabinet,<sup>24</sup> the Constitutional Court,<sup>25</sup> or scientific life (Lamm-Nagy, 2019; Takács, 2017, Békési, 2004).

The chances for change are slim, as evidenced by the discriminatory stereotyping widespread in the public narrative. At a party congress in December 2015, László Kövér, a founder of the ruling Fidesz party, Speaker of Parliament, stated that:

We don't want the gender craziness. We don't want to make Hungary a futureless society of man-hating women, and feminine men living in dread of women, and considering families and children only as barriers to self-fulfilment ... And we would like if our daughters would consider, as the highest quality of self-fulfilment, the possibility of giving birth to our grandchildren. (Zsubori, 2018).

The suggestion that a woman's place is at home, not in politics was greeted by a round of applause. Such assertions from the highest level have been typical all through the three periods of the Orbán administration. Indeed, UN bodies have also raised concern over the fact that there are absolutely no consequences for public figures if they use sexist and abusive language and expressions affecting women's dignity (WG, 2017, para. 100(d)).

Later, gender studies and feminist thought have also become the target of attacks. In August 2018, the Government decided to revoke accreditation from all gender studies programmes, with senior government officials questioning the rationale for this field of academic study. The two universities affected were given 24 hours during vacation season to comment on a draft decree including a provision that all permissions given to the "Masters-programme in gender studies" were simply revoked. There was no explanation in the draft, and government politicians came up with various justifications ("economizing taxpayers' money as they plan to finance more strategic study

23 The data used here relate to the composition after election (June of 2010, 2014 and 2018), without taking into account subsequent changes during the period. See <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif-arc.htm> (for data between 1997 and February 2019) and <https://data.ipu.org/women-ranking?month=6&year=2020> (from March 2019 onwards) of the Inter-Parliamentary Union. – There are 24 women as of August 2020.

24 See Women in Politics: 2019, <https://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2019-03/women-in-politics-2019>

25 Four women out of 15, <https://www.alkotmanybirosag.hu/a-jelenlegi-tagok>

programs promoting the government's main aim: demographic growth"; "there is no need for these graduates in the labour market"; "gender studies does not fit into Christianity and Christian values"; "lack of students' interest in the course – a claim made without any data supporting it" none of them very convincing) (Pető, 2018). Apart from the misunderstanding that "gender ideology" is a weapon aimed at destroying the nuclear family, this move sets a dangerous precedent of State intervention into higher education.<sup>26</sup>

The last momentum chosen for describing the rise of anti-gender politics in Hungary is the issue of domestic violence. Before 2013, domestic violence was not considered a distinct criminal offence. In 2013, the Criminal Code was amended to include domestic violence as a separate offence, extending to physical, psychological and economic violence (Section 212/A of Act C of 2012). While the provisions seem to be adequate, much is to be said about their implementation. Thus, according to official data for 2013, Hungary has one of the lowest reporting rates for rape among 33 European countries (WG, 2017, para. 84). The reasons for not contacting the police are manifold, NGOs describe government responses to violence against women as inadequate. As reported, "the application of the law and regulations remained problematic", and "gender-sensitive training for law enforcement actors was inexistent, resulting in inefficient and ineffective response to cases of violence against women" (WG, 2017, para. 83).

While in 2014 Hungary signed the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention),<sup>27</sup> its ratification has been delayed for several years, as the ruling party did not whole-heartedly support it.<sup>28</sup> Then, on 5 May 2020, the Parliament adopted a declaration rejecting the ratification of the Istanbul Convention,<sup>29</sup> thus removing any remaining uncertainties. Ironically, the decision was made during the Covid-19 lockdown, even though the onset of the pandemic resulted in a significant increase in domestic violence.<sup>30</sup> The main reasons for the refusal were the following. Firstly, it was argued that all le-

---

26 See the statement of the European University Association (EUA) of 24 August 2018, <https://eua.eu/news/130:eua-condemns-hungarian-government-plan-to-ban-gender-studies.html>

27 Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CETS No. 210; adopted in Istanbul on 11 May 2011; entry into force on 1 August 2014.

28 "The Hungarian government has ignored civil society pressure to ratify the Convention, previously describing their concerns as 'political whining?'" <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/05/hungary-blocking-of-domestic-violence-treaty-further-exposes-women/>

29 Political statement on the importance of the protection of children and women, and on the rejection of the ratification of the Istanbul Convention (2020). See [https://www.parliament.hu/internet/cplsql/ogy\\_irom\\_adat?p\\_ckl=41&p\\_izon=10393](https://www.parliament.hu/internet/cplsql/ogy_irom_adat?p_ckl=41&p_izon=10393) Results: 115 in favour, 35 against, 3 abstentions.

30 See e.g. <https://www.coe.int/en/web/portal/covid-19-preventing-combating-violence-against-women> or <https://www.coe.int/en/web/genderequality/women-s-rights-and-covid-19>

gal guarantees to protect women from domestic violence were already contained in Hungarian law, which is, unfortunately, not true as there are serious problems with law enforcement as well as with the availability of specialized support services.<sup>31</sup> Second, Hungary refused to accept that violence against women (e.g. female genital violence, dowry-related violence, serious domestic violence, or trafficking) would qualify as a persecution within the meaning of the 1951 Refugee Convention. Finally, the Convention allegedly promotes “destructive gender ideologies”. The Government is convinced that gender ideology undermines “traditional family values” and encourages homosexuality.<sup>32</sup>

## LGBTQI population

After the transition to democracy, Hungarian law has recognized the cohabitation of same-sex couples and, since 2009, they have also been able to enter into registered partnerships, guaranteeing rights and duties very similar to those stemming from marriage (WG, 2017, para. 10). The trend has, however, reversed since 2010. Both the new constitution (Fundamental Law) and the Family Protection Act contain discriminatory language against LGBTQI persons. LGBTQI Hungarians are allowed to pursue civil unions, but they remain prohibited from adopting children – as a couple. They are forced to apply as single persons, choosing either to disclose or conceal before the authorities the fact that they have a partner. There is a growing intolerance against the LGBTQI community, fuelled by the hostile, homophobic rhetoric of the Government, including a statement made by Parliament speaker László Kövér who compared same-sex relationships to paedophilia when discussing his opposition to same-sex adoptions in May 2019.<sup>33</sup>

Before 2017, legal gender recognition was not specifically regulated by the law. According to established practice, the opinion of a psychiatrist, a psychologist and an urologist/gynaecologist were required, to be submitted to the State registry office, while the final decision was made by the relevant department of the Ministry of Human Capacities. Preliminary medical or surgical treatment (gender affirmation surgery) was not a precondition. In case of a positive opinion by the Ministry, the registry office modified the birth certificate. On the basis of the birth certificate thus modified further identity documents (identity card, passport, driving licence) and other documents (diploma, degree, contracts, etc.) were amended or exchanged in a way so as not to disclose the gender change. However, due to various legal uncertainties, from

---

31 See e.g. <https://www.hrw.org/news/2013/11/06/hungary-chronic-domestic-violence>

32 The Convention’s “ideological approach is contrary to the Hungarian legal order and the convictions of [the government],” an MP said. <https://www.theguardian.com/world/2020/may/05/hungarys-parliament-blocks-domestic-violence-treaty>. See also <https://www.hrw.org/news/2020/05/08/hungary-rejects-opportunity-protect-women-violence>

33 <https://freedomhouse.org/country/hungary/freedom-world/2020>

May 2018 State authorities have suspended legal gender recognition proceedings, in contravention of the Hungarian rules.<sup>34</sup> Then, on 19 May 2020, the Parliament voted 133 to 57 in favour of an omnibus bill amending certain laws relating to public administration,<sup>35</sup> Section 33 thereof replacing the category of “sex” on the civil registry with “sex assigned at birth” in Act I of 2010 on civil registration procedure. The civil registry serves as the basis for all legal identity documents used by Hungarian citizens. Thus, it will no longer be possible for transgender and intersex people to bring their documents into alignment with their gender identity.

The decision has been received with incomprehension not only because it cements structural discrimination and marginalisation of LGBTQI people, but also due to the circumstances of the adoption. Indeed, it was drafted and adopted in the midst of the first wave of the coronavirus and hidden among the many sections of an omnibus bill simultaneously amending various laws and provisions.<sup>36</sup>

Another contentious issue is the availability of adoption by single people. Since same-sex couples are prohibited from adopting children, they were forced to apply as single persons. In October 2020, however, a ministerial decree instructed the competent authorities that adoption by a single applicant is possible only if there is no other eligible married couple in the region or in the country. In other words, single adoptive parents are at the bottom of the list (Decree 35/2020 (X. 5.) EMMI). Admittedly, it is the best interest of the child to grow up in a whole family and the authorities normally preferred married couples over single applicants, nevertheless such a sweeping restriction is arguably counterproductive.

During the worrying rise in Covid-19 infections, and just a few hours after the adoption of an emergency bill, various legislative proposals were submitted to the Parliament on 10 November 2020. One proposal envisages the amendment of the Fundamental Law by complementing Article L on the notion family with the following: “the mother is a woman and the father is a man”. A further amendment would stipulate that “Hungary protects children’s right to the *gender identity they were born with* and ensures their upbringing based on our national self-identification and *Christian culture*.”<sup>37</sup>

Another element of the complex legislative package, submitted without prior consultation, is a *de facto* ban on singles from adopting children by amending the Child Welfare Act (Act XXXI of 1997). While the previous rules adopted in October 2020 already marked a clear preference for married couples, the final decision was nevertheless made by the regional child pro-

34 See <https://hatter.hu/tevekenysegunk/jogsegelyszolgalat/jogi-gyorstalpalo/nemvaltas-tranzicio> and <http://hatter.hu/hirek/az-alkotmanybirosaghoz-fordultunk-az-alaptorveny-ellenes-33-ss-kapcsan>

35 <https://www.parlament.hu/irom41/09934/09934.pdf>

36 On the international reaction see e.g. <https://budapestpride.hu/hirek/mi-tortent-a-33-as-paragrafussal-marcius-31-ota>

37 <https://www.parlament.hu/irom41/13647/13647.pdf>, emphasis added.

tection services. Actual practice was divergent, services were less progressive in the countryside but more permissive in the bigger cities. Not satisfied with this situation, the latest proposal aims at totally depriving the child protection services of this freedom of decision and preserving it to the minister responsible for family policy. The minister shall grant permission only in exceptional cases, with the effect that same-sex couples, single people, and unmarried different-sex couples will essentially be excluded from adopting children.<sup>38</sup> This move supposedly simply closes the loophole hitherto “misused”.<sup>39</sup>

What strikes the reader is not only the actual content of the latest proposals but the fact that they are totally unrelated to the epidemiological situation and could, or should, have waited until the pandemic is over. Indeed, the timing is rather interesting, to say the least: just a few hours after passing the bill on the introduction of the state of emergency, these legislative proposals were already prepared for submission. Unfortunately, this seems to be a general pattern with the adoption of legislation in Hungary after 2010.

## Conclusions

In the previous chapters, the situation of selected vulnerable groups have been analysed. It is argued that the combined effect of legislative measures and hostile, homophobic and xenophobic rhetoric has led to the significant deterioration of the situation of these groups in the last ten years. The research aimed to throw light on the Hungarian authorities’ failure or incapacity to provide adequate protection to various categories of vulnerable groups.

Direct and indirect discrimination of the Roma, underrepresentation of women and the Roma in political life, opposition to women’s rights progress under the guise of a return to “traditional values,” growing intolerance against the LGBT+ community all feed into a broader backslide of human rights in Hungary.

As far as the legislative process is concerned, various trends can be discerned. The observation made by the Human Rights Committee in relation to the Fundamental Law can be extended: legislation in general has been subject to frequent amendments, often in relation to provisions that the Constitutional Court or other courts had earlier ruled unconstitutional or unlawful, respectively (HRC, 2018, para. 5). Secondly, supermajority in Parliament secures the adoption of bills on controversial issues (the concept of family, educational segregation, legal gender change, etc.) without wide and substantive debate and prior consultation with stakeholders or civil organizations. Thirdly, and partly overlapping with the previous, the Government apparently exploits the pandemic situation inasmuch as in both cases when the state of emergency was declared (in the spring and the autumn of 2020) it initiated legislative

---

38 <https://www.parlament.hu/irom41/13648/13648.pdf>

39 <https://novakkatalin.hu/2020/11/20/fiu-lany-a-legbiztosabb-pontok-az-eletben/>

offensive on issues which were not related to the exceptional situation. Since under state of emergency the rights of freedom of assembly and movement, and possibly the freedom of speech as well, are restricted, it is much easier to silence critical voices. The lack of proper opportunity for discussion in either the Parliament or civil society, the limitations on demonstrations have a great potential for abuse by Governments (Venice Commission, 2020). As a first step, the Parliament should postpone the vote until the state of emergency is lifted, and later a radical overhaul would be necessary to restore the rule of law in Hungary. [Manuscript completed on 22 November 2020]

## **Bibliography** (All URLs last accessed on 22 November 2020)

BÉKÉSI, László. **A politika földrajza**. Budapest, 2004

BODOKY, Tamás. **This is how Fidesz reintroduced one-party rule over the media system in Hungary**. Átlátszó, 11 November 2019, <https://english.atlatszo.hu/2019/11/11/this-is-how-fidesz-reintroduced-one-party-rule-over-the-media-system-in-hungary/>

CEDAW. **Concluding observations on Hungary**, CEDAW/C/HUN/CO/7-8. March 2013, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/cedaw.c.hun.co.7-8.pdf>

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS (CRR). **European Abortion Laws: A Comparative Overview**. 26 November 2019, <https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/European%20abortion%20law%20a%20comparative%20review.pdf>

EAJ (European Association of Judges). **Report of the fact-finding mission of the EAJ to Hungary**. 2019, <https://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2019/05/Report-on-the-fact-finding-mission-of-a-delegation-of-the-EAJ-to-Hungary.pdf>

EHF (European Humanist Federation). **Abortion in Europe, Status report**. May 2018, <https://humanistfederation.eu/wp-content/uploads/Abortion-Status-Report.pdf>

FILIPPOV, Gábor. **Report on Hungary**. Freedom House 2020, <https://freedomhouse.org/country/hungary/nations-transit/2020>

GIWPS (Georgetown Institute for Women, Peace and Security). **Women, Peace and Security Index 2019/20: Tracking sustainable peace through inclusion, justice, and security for women**. 2019, Washington, <https://giwps.georgetown.edu/wp-content/uploads/2019/12/WPS-Index-2019-20-Report.pdf>

GRECO (Group of States against Corruption). **Fourth Evaluation Round. Compliance Report Hungary**. 1 August 2019, <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-4>

HRC (Human Rights Committee). **Concluding observations on the sixth periodic report of Hungary**, CCPR/C/HUN/CO/6. 9 May 2018

HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and**

**related intolerance, Githu Muigai, Mission to Hungary.** 23 April 2012, A/HRC/20/33/Add.1, <https://undocs.org/en/A/HRC/20/33/Add.1>

KOMANOVICS, Adrienne. **Az egyezségokmányok érvényesülése: a nemzetközi ellenőrzés hatékonyságának korlátai.** In: Csapó, Zsuzsanna (ed.): Jubileumi tanulmánykötet az 1966. évi emberi jogi egyezségokmányok elfogadásának 50. évfordulójára, Budapest, 2019, pp. 141-162

KORNAI, János. **Hungary's U-Turn.** *Capitalism and Society*, 10(1), 2015, pp. 34-48

KREKÓ, Péter and ENYEDI, Zsolt. **Explaining Eastern Europe: Orbán's Laboratory of Illiberalism.** *Journal of Democracy*, (29)3, 2018, pp. 39-51

LAMM, Vanda and NAGY, Beáta. **2019 ismét a „nők éve” az akadémián – Törekvések a nők tudományos pályafutásának támogatására [Once again, a “year of women” at the Hungarian Academy of Sciences efforts to promote women's academic career],** *Magyar Tudomány* 180 (2019) 11, pp. 1649–1665

LEE, Jonathan. **Roma are Leading the Fight against Authoritarianism in Hungary.** 13 May 2020, <http://www.errc.org/news/roma-are-leading-the-fight-against-authoritarianism-in-hungary>

PETŐ, Andrea. **Attack on Freedom of Education in Hungary.** The case of gender studies. 2018, <https://blogs.lse.ac.uk/gender/2018/09/24/attack-on-freedom-of-education-in-hungary-the-case-of-gender-studies/>

TAKÁCS, Izolda. **Szkülla és Kharübdisz között. Női kvóta vagy egy természetes, de évtizedeket igénylő lassú változás a női akadémikusok arányában? Debreceni Szemle,** 2017, pp. 349-363. [http://szemle.unideb.hu/wordpress/wp-content/uploads/11\\_Takacs\\_2017\\_3.pdf](http://szemle.unideb.hu/wordpress/wp-content/uploads/11_Takacs_2017_3.pdf)

TI (Transparency International). **Corruption, Economic Performance and the Rule of Law in Hungary.** 29 January 2019, [https://transparency.hu/wp-content/uploads/2019/01/CPI\\_2018\\_narrativ\\_en\\_20190208.pdf](https://transparency.hu/wp-content/uploads/2019/01/CPI_2018_narrativ_en_20190208.pdf)

Venice Commission (European Commission for Democracy through Law). **Opinion no. 614/2011 on Three Legal Questions Arising in the Process of Drafting the New Constitution of Hungary.** 28 March 2011, CDL-AD (2011)001

Venice Commission (European Commission for Democracy through Law). **Report – Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency: Reflections.** CDL-AD (2020)014. Strasbourg, 19 June 2020, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)014-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)014-e)

WAHL, Thomas. **Rule of law developments in Hungary.** 19 May 2020, <https://eucrim.eu/news/rule-law-developments-hungary/>

Working Group (WG) on the issue of discrimination against women in law and in practice, Report on its mission to Hungary; A/HRC/35/29/Add.1, 21 April 2017.

ZSUBORI, Anna. **Gender studies banned at university – the Hungarian government's latest attack on equality,** *The Conversation*, October 9, 2018, <https://theconversation.com/gender-studies-banned-at-university-the-hungarian-governments-latest-attack-on-equality-103150>.

# **VIOLÊNCIA DE GÊNERO, DOMÉSTICA E FAMILIAR: UMA ANÁLISE DA PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA**

**Ilka Maria de Barros Corrêa Ferreira Lima**

Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie no ano de 2017, pós-graduada em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo em 2020, mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

Se a violência de gênero é o símbolo mais brutal da desigualdade, é sinal de que há outros símbolos de desigualdade – as mulheres não têm garantidos os mesmos direitos que os homens. Enquanto os indivíduos do gênero masculino têm sua liberdade e direitos garantidos e protegidos, os indivíduos do sexo feminino os têm controlados e usurpados. Esse tipo de violência reflete as disparidades existentes na nossa sociedade, demonstrando tratar-se de uma violência que se dirige sobre as mulheres por essas serem consideradas indignas dos direitos mínimos de liberdade, respeito e capacidade de decisão, o que se deu em razão de toda uma evolução histórico-social. Cabe ao Direito Penal do gênero compreender as ciências humanas em busca de um redimensionamento do papel da mulher na sociedade, resguardar os direitos das mulheres e combater todas as formas de violência e discriminação. O domínio sobre o corpo feminino e como este se dá por meio da violência doméstica é o objeto de estudo deste artigo.

**Palavras-chave:** Domínio; Violência; Criminologia; Gênero; Vítima.

## **Introdução**

O presente artigo científico tem por objetivo estudar e avaliar a posição da mulher e sua proteção jurídica, passando por temas como o feminismo e debatendo sua influência nos direitos das mulheres.

Ao longo da história, a concepção de que a mulher não existia como sujeito de direitos foi essencial para que valores como o patrimônio, a castidade, a virgindade, o recato e a honra conjugal fossem responsáveis por orientar os parâmetros do Direito.

A violência contra mulher encontra-se, na realidade, pautada nos “valo-

res” cultivados pela sociedade patriarcal. As desigualdades sociais e culturais são fatores que se associam diretamente com a discriminação feminina e sua dominação pelos homens.

Esse tipo de violência reflete as desigualdades existentes na nossa sociedade, demonstrando na essência que se trata de uma violência que se dirige sobre as mulheres por serem consideradas por seus agressores carentes dos direitos mínimos de liberdade, respeito e capacidade de decisão.

Com o decorrer do tempo, o Direito Penal e suas reprimendas se tornaram mecanismos para a solução dos complexos aparatos sociais.

No decorrer deste artigo discutiremos acerca dos tipos de violência, sua origem, e da sua forma de tratamento pelo Direito e outras ciências conforme nossa evolução como sociedade.

## O Direito Penal do Gênero

De acordo com Nilo Batista, existe o risco de que o Direito Penal contemporâneo, que tem por missão a defesa da sociedade, proteção de bens, valores, ou interesses, garantindo a segurança jurídica ou a confiabilidade nela ou confirmando a validade das normas<sup>1</sup> – seja cumprida de forma ineficaz ou insuficiente.

Preleciona Soraia Mendes da Rosa, citada por Silvia Chakian em sua dissertação, que o Direito como um todo, e nisso se inclui o Direito Penal, foi produzido por homens e para os homens.<sup>2</sup> De modo que não é missão fácil abarcar as mulheres em qualquer papel, especialmente como também sujeito de direitos e capaz de tê-los violados e tornar-se vítima.

Como menciona Silvia Chakian sobre o entendimento de Alexandre Rocha de Almeida, torna-se tarefa **ádua** construir uma política criminal racional, sem que se compreenda quais as verdadeiras causas sociais que originaram o combate e sem que se atente para as demais formas de controle extrapenais de controle social.<sup>3</sup>

Segundo a análise de Silvia Chakian, o presente se verifica na violência de gênero, uma vez que é impossível esperar efetividade da lei que endurece a violência de gênero se esta não é compreendida como uma tarefa que envolve família, escola, imprensa, religião e, especialmente, políticas públicas e redes protetivas, dentre outros.<sup>4</sup>

Também sob sua **ótica**, entende-se que o direito penal contemporâneo de gênero deve ser compreendido por meio de uma análise de conhecimento

1 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: renvan, 2011. 3ª reimpressão, julho de 2017, p. 108.

2 MENDES, Soraia da Rosa. 2014. Apud. SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. 2018.

3 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. 2016, apud SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. 2018.

4 SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. **A Tutela Penal da Mulher: Histórico, limites e exigências para uma proteção eficiente**. São Paulo – SP, 2018. Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, p. 242.

empírico, normativo, da sociologia, antropologia e criminologia.<sup>5</sup>

Seguindo o mesmo entendimento da autora, apesar dos avanços legislativos que proporcionaram grandes conquistas no que tange à questão do gênero e aos direitos das mulheres, é impossível conceber um modelo de tutela penal eficiente sem o resgate da criminologia, sob a perspectiva feminista, de modo a resguardar os direitos das mulheres e combater todas as formas de violência e discriminação.<sup>6</sup>

Tal afirmação decorre do fato de que a violência de gênero não se encerra com a violação da norma penal, constituindo verdadeira disfunção social, fruto de concepções discriminatórias feitas em relação à mulher ao longo da história da civilização, conforme o entendimento de Chakian.<sup>7</sup>

Ainda, é papel das ciências humanas entender que toda a disfunção que gira em torno da violência contra a mulher pauta-se na preexistência de uma relação afetiva entre o agressor e a vítima.

## **Criminologia feminista e a violência doméstica**

Pela análise de Rita Laura Segato, em razão de sua característica de violência expressiva – cuja finalidade é a expressão do controle absoluto de uma vontade sobre a outra – que a agressão que mais se aproxima do estupro é a tortura, física ou moral.<sup>8</sup> Nesse campo, podemos abordar a violência doméstica.

Segundo a autora, domínio, soberania e controle respondem por seu universo de significação e relacionam-se à ideia de colonização. Desse modo, o autor da violência responde pela contenção, censura, disciplina, redução da mulher, encarnando ato soberano, de colonizador.<sup>9</sup>

A dominação da mulher se dá por meio da violência. A violência doméstica e familiar contra a mulher nada mais é do que uma forma de controlar o indivíduo do gênero feminino e mantê-lo no patamar de ser inferior, responsável única e exclusivamente pela satisfação do homem e seus desejos mais primitivos, sejam eles sexuais, de territorialidade, de poder, dentre outros.

Conforme prevê Rita Laura Segato, isso se dá porque durante toda a história do gênero, a produção da masculinidade obedece a processos diferentes aos da produção da feminilidade. Por meio do estudo de uma perspectiva transcultural, evidências indicam que a masculinidade é um status condicionado à sua obtenção, sendo certo que esse deve ser reconfirmado com uma certa regularidade, por meio de um processo de prova ou conquista e submetido

5 Ibid.

6 Ibid., p. 246.

7 CHAKIAN, Op. cit., p. 247.

8 SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: a escritura nos corpos das mulheres de Ciudad Juarez. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 13(2): 265-285, p. 271, maio-agosto/2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X200500020004>. Acesso em: 12 nov. 2020.

9 Ibid.

à arrecadação de tributos de um outro que, por sua posição naturalizada nessa ordem de status, é percebido como o provedor do repertório de gestos que nutrem a virilidade.<sup>10</sup>

Para Segato, para que um sujeito adquira seu título de masculinidade, é necessário que outro sujeito não o tenha. Em situações sociopolíticas “normais” na ordem de status, as mulheres são as responsáveis pela entrega do tributo, enquanto cabe aos homens o papel de receptores e beneficiários.<sup>11</sup>

Ainda de acordo a autora, o homem e a mulher se relacionam em uma estrutura que estabelece uma ordem simbólica marcada pela desigualdade que se encontra presente e organiza todas as outras cenas da vida social, sendo estas regidas pela assimetria de uma lei de status.<sup>12</sup>

A filósofa feminista Susan Moller Okin trata sobre a dicotomia entre os espaços público e privado e refere-se ao ambiente doméstico como um ambiente também político, uma vez que mesmo no interior das residências permanece uma ambiguidade, resultando diretamente das práticas e teorias patriarcais, que tem sérias consequências práticas, especialmente no que tange às mulheres.<sup>13</sup>

Okin trata dentro dessa esfera da divisão do trabalho entre os sexos e seu papel fundamental para essa dicotomia desde seus princípios teóricos. Os homens são vistos como ligados às ocupações da esfera da vida econômica e política e responsáveis por elas, enquanto as mulheres seriam responsáveis pelas ocupações da esfera privada da domesticidade e reprodução. As mulheres, por sua vez têm sido vistas como “naturalmente” inadequadas à esfera pública/política, dependentes dos homens e subordinadas à família.<sup>14</sup>

Esses pressupostos têm claros efeitos de grande alcance na estruturação da dicotomia e de cada uma das esferas que a compõem.

Sob o entendimento de Okin, os indivíduos do gênero masculino e seus direitos são induzidos a serem livres de intrusão de terceiros e também têm seus direitos protegidos de modo a não sofrerem interferência no controle que exerciam sobre os outros membros da sua esfera de vida privada – em sua maioria mulheres – aqueles e aquelas que, seja pela idade, sexo ou condição de servidão, eram vistos como legitimamente controlados por eles e tendo sua existência limitada à sua esfera de privacidade. Não há qualquer noção de que esses membros subordinados das famílias devessem ter seus próprios direitos à privacidade.<sup>15</sup>

---

10 Ibid, p. 272.

11 Ibid.

12 Ibid, p. 273.

13 OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 16(2): 440, p. 307, maio-agosto/2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/02.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

14 Ibid., p. 308.

15 Ibid.

## A Violência como Ferramenta de Poder

De acordo com Silvia Chakian, quando do uso do Direito Penal para os casos de violência contra a mulher, seja ela doméstica ou sexual, verificava-se muitas vezes, pela ausência de legislação adequada, ou pela má aplicação por parte dos Tribunais, uma espécie de “aceitação”. Reforçou-se ao longo do tempo o clima cultural de tolerância, que gera um poderoso efeito sobre o comportamento dos homens em relação às mulheres.<sup>16</sup>

De modo que se torne viável o estudo do ordenamento jurídico brasileiro e, tendo em vista que este regulamenta a violência de gênero, faz-se necessário, inicialmente, compreender o que é “violência”. Para tanto, vamos além do conceito técnico da palavra, na busca do real entendimento do que se procura tipificar como violência no âmbito penal.

A violência é um fenômeno complexo, que não comporta propriamente uma definição ou delimitação científica. Trata-se de uma questão a ser apreciada por meio de fatores biológicos, sociais, culturais, econômicos e políticos, vigentes ao tempo do delito. Em um esforço para precisar o que viria a ser “violência”, a Organização Mundial de Saúde (OMS) a estabeleceu como sendo: o uso deliberado da força física ou do poder, seja em grau de ameaça ou de forma efetiva, contra si próprio, outra pessoa, um grupo ou comunidade, que cause ou tenha probabilidade de causar, lesões, morte, danos psicológicos, transtornos ao desenvolvimento pessoal e social ou privações do atendimento às necessidades.<sup>17</sup>

Em complementação, podemos tratar a violência como qualquer manifestação de poder que se traduza por ato de brutalidade, constrangimento, abuso, proibição, desrespeito, discriminação, imposição, invasão, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém, caracterizando relações que se baseiam na ofensa e na intimidação pelo medo e pelo terror.

A violência consiste em um comportamento deliberado e consciente, que pode provocar lesões corporais ou mentais à vítima.

É considerada violência de gênero aquela que é exercida contra qualquer indivíduo que se identifique com o gênero feminino. Neste sentido, também se aplicam as noções de violência machista, violência no seio do casal e violência doméstica e familiar, raramente denunciados por uma questão de vergonha ou por receio.

Neste sentido, impondo-se a direta relação entre os atos de violência e a manifestação de poder de um indivíduo sobre o outro, ressalta-se o posicionamento da autora Hannah Arendt em sua obra “Sobre a Violência”:

Ao que parece, a resposta dependerá do que compreendemos como poder. E o poder, ao que tudo indica, é um instrumento de domina-

16 CHAKIAN, Op. cit., p. 247.

17 DAHLBERG, Linda L. e KRUG, Etienne G. apud OKIN, Susan Moller. **Violência: um problema global de saúde pública**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v11s0/a07v11s0.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

ção, enquanto a dominação, assim nos é dito, deve a existência a um ‘instinto de dominação’. Lembramo-nos imediatamente do que Sartre disse a respeito da violência quando em Juvenil que ‘um homem sente-se mais homem quando se impõe e faz dos outros um instrumento de sua vontade, o que lhe dá um ‘prazer incomparável.’<sup>18</sup>

Rita Laura Segato, ao analisar os feminicídios ocorridos entre os anos de 1993 e 2004 na cidade de Juárez, no México, apontou uma diferença fundamental entre esse tipo de crime e os crimes de gênero ocorridos na intimidade do espaço doméstico, porquanto mulheres que pertencem ao círculo de relações dos abusadores, sejam elas filhas, afilhadas, sobrinhas, esposas etc. são as maiores vítimas. Se dentro do espaço doméstico o homem abusa das mulheres que se encontram sob sua dependência porque pode fazê-lo, porque estas já formam parte do território que ele controla, o agressor que se apropria do corpo feminino em um espaço aberto, público, o faz porque deve para mostrar que também pode. No primeiro caso, trata-se de uma constatação de um domínio já existente; enquanto no segundo, trata-se de uma exibição de capacidade de domínio que deve ser reproduzida com certa regularidade e pode ser associada a gestos rituais de renovação dos votos de virilidade.<sup>19</sup>

Por meio desse entendimento, podemos interpretar os corpos das mulheres como territórios de guerra.

Ainda de acordo com a autora, é lá que reside o poder, sendo certo que ele está condicionado a uma demonstração pública de um ato predatório do corpo feminino.<sup>20</sup>

Realizando uma analogia a respeito do seu estudo sobre os feminicídios e a violência doméstica, especialmente a vivenciada no Brasil, podemos considerar que esta forma de violência se trata de uma mensagem, emanada de um sujeito autor que só pode ser identificado, localizado e ter seu perfil estabelecido por meio de uma análise rigorosa desses ilícitos como atos comunicativos. Para Segato, é por meio de seus crimes que encontramos o autor e a realidade na qual está inserido, na medida em que percebemos o ato violento como uma mensagem.<sup>21</sup>

Também de acordo com Rita Laura Segato, “A violência constituída e cristalizada em forma de sistema de comunicação transforma-se em uma linguagem estável e passa a se comportar com o quase-automatismo de qualquer idioma.”<sup>22</sup>

Seguindo a analogia da autora, há o entendimento de que o corpo feminino pode ser “sacrificado” para um bem maior e coletivo, sendo assim facilmente naturalizado pela comunidade. Parte desse processo constitui a vitimização dupla da então vítima, assim como a vitimização dupla e tripla de

18 ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994, p. 32.

19 SEGATO, Op. cit., p. 275.

20 Ibid.

21 Ibid., p. 277.

22 Ibid.

sua família.<sup>23</sup>

Ainda de acordo com a analogia, um mecanismo de defesa cognitiva faz com que, para reduzir a dissonância entre a lógica e a realidade, haja uma inversão de papéis.

Assim como ressalta Segato em seu artigo, é comum que o condenado lembre de sua vítima com um rancor por associá-la à perda de sua liberdade, na própria vítima deposita-se a culpa pela crueldade com que foi tratada. É comum que se opte por reduzir o sofrimento diante da injustiça intolerável testemunhada, alegando que “deve haver uma razão”. Assim, as mulheres vítimas de violência doméstica transformam-se rapidamente em adúlteras, péssimas companheiras ou mães, prostitutas, mau-caráter, mentirosas, festeiras, viciadas em drogas e em tudo aquilo que tornaria a violência sofrida por elas justificável.<sup>24</sup>

Diante o exposto, é primordial para o direito penal a adoção de medidas de prevenção e repressão da violência como um todo, bem como o combate às discriminações e supostos “valores sociais” que possam motivar os chamados “atos de violência”.

No que tange à violência de gênero, ainda mais claro o dever do Estado, principalmente na esfera criminal, em patrocinar e evitar os danos individuais e coletivos e o correlativo direito à prevenção dos danos derivados da falta de defesa.

A desigualdade é fruto da cultura patriarcal e machista dominante na sociedade, impondo nas leis e costumes uma falsa ideia de superioridade dos homens e de inferioridade e subordinação das mulheres.

Tem-se como tendência mundial considerar prioritária a adoção de medidas de consequências imediatas da violência, promovendo ajuda às vítimas e punindo os agressores.

Embora estas respostas sejam também importantes, necessário seria dar prioridade ao investimento na prevenção primária da violência, isto é, em medidas que impeçam que esta chegue a produzir-se. O direito penal deve assegurar às vítimas dos bens por ele tutelado sua eficaz proteção. De forma que, havendo um determinado grupo de pessoas, que reiteradamente sofre com desacertos sociais, deverá socorrê-los com a tutela diferenciada dos demais.

Se a violência de gênero é o símbolo mais brutal da desigualdade é porque há outros símbolos de desigualdade; as mulheres não desfrutam de modo garantido dos direitos humanos e liberdades públicas. Ao Estado incumbe, então, o dever de garantir que as leis reconheçam os mesmos direitos a todos os cidadãos.

Neste sentido, cumpre ressaltar que a violência de gênero não afeta apenas o âmbito privado, mas se manifesta como um real problema de proporções coletivas.

Logo, a iniciativa do legislador não pode ser vista como ato arbitrário de

<sup>23</sup> Ibid., p. 278.

<sup>24</sup> Ibid.

desigualdade na forma de tratamento da vítima, justamente porque, no caso, é essencial que a tutela penal seja executada em sentido de promover essa discriminação positiva, o que equivale a dizer que, para que os direitos humanos sejam protegidos por um regime de Direito deve haver sim um movimento no sentido de igualar penalmente.

As mais recentes mudanças legislativas trazidas por reivindicações incluíam a obrigatoriedade da ação penal, a possibilidade de prisão dos agressores, ordens de proteção e apoio **às** vítimas, partindo de uma perspectiva transdisciplinar. Tais medidas foram contestadas pela vertente feminista que entendia tratar-se de política paternalista e que limitava a autonomia das mulheres. Ademais, o debate da criminologia apresentava indicativos negativos sobre o impacto das medidas coercitivas, indicando ainda que maior incidência do Direito Penal não significaria maior proteção as mulheres nem maior garantia de aplicação pelos Tribunais.

Não há como se dispensar o direito como uma ferramenta **útil às** mulheres que pode ser usada como mecanismo para a justiça social e liberdade, uma vez que ele não é masculino por estrutura e vocação, ele o é conforme foi construído historicamente por homens e para homens.<sup>25</sup>

A busca deve ser por uma resposta não meramente legitimadora do poder punitivo, mas que ao mesmo tempo, não mantenha o *déficit* de proteção do qual as mulheres são vítimas históricas.<sup>26</sup>

Dentro desta concepção de criminologia contemporânea, a vítima assumiu nas últimas décadas o protagonismo no Direito Penal, deixando de ser objeto passivo do crime.

Todavia, segundo citação na obra de Silvia Chakian, Ela Wiecko Volkmer de Castilho dita que as criminologias não deixaram de ser “androcêntricas, racistas, reforçadoras de estereótipos de gênero e homofóbicas”, por se revelarem “essencialistas e heteronormativas, incapazes de dialogar com conceitos instáveis de sexo/gênero (...) bem como as múltiplas opressões vivenciadas pelas pessoas, em especial mulheres, em razão de classe, raça/etnia, cor, idade, procedência, entre outros marcadores sociais.”<sup>27</sup>

Conforme menciona em sua obra, uma vez que o sujeito mulher é plural, e assim composto por diversas mulheres negras, brancas, indígenas, imigrantes, lésbicas, trans, pobres, ricas, rurais etc., assim como são diversas as opressões e violências que o impactam, fundamentadas não somente nas desigualdades de gênero, bem como de raça, classe, ou heteronormatividade da orientação sexual – fenômeno denominado interseccionalidade – no que tange às respostas no âmbito da política criminal<sup>28</sup>, não existe uma única resposta possível às diversas violências sofridas pelas mulheres, não há uma resposta

25 MENDES, Soraia da Rosa. 2014. Apud. SANTOS, Silvia Chakian de Toledo, 2018.

26 Ibid., p. 250.

27 CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. 2017. Apud. SANTOS, Silvia Chakian de Toledo, 2018.

28 CHAKIAN, Op. cit., p. 255.

genérica a um problema específico, como menciona Chakian ao citar a obra de Carmen Hein de Campos.<sup>29</sup>

## Meios para Obtenção de uma Proteção Eficiente

Para Silvia Chakian, temos que, para que haja uma proteção eficiente, faz-se mister compreender que ainda que a tutela penal seja concebida a partir da noção de uma ciência penal total, com a contribuição de uma perspectiva feminista da criminologia, como instrumento de orientação de Políticas Criminais e do próprio Direito Penal<sup>30</sup>, são necessárias novas posturas – a exemplo do Sistema de Justiça trabalhando conjuntamente, em rede – que ocorrem com o decorrer do tempo.

O trabalho em rede significa reconhecer que o Direito tem suas limitações, ou seja, seu operador não dispõe de mecanismos suficientes para dar conta de um tipo de violência que se constitui em disfunção social. A atuação em rede pressupõe articulação entre as instituições, governamentais ou não, e a comunidade.

Deve haver, também, integração entre os Sistemas de Justiça, quais sejam o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria, com saúde, segurança, educação, assistência social, habitação e trabalho, uma vez que a complexidade da violência de gênero tem caráter transdimensional que ultrapassa estas diversas **áreas**. No trabalho em rede, o jurista se socorre de outras ciências profissionais.

O maior desafio do combate à violência de gênero se dá devido à relação afetiva preexistente entre vítima e agressor, dificultando por inúmeras vezes a denúncia, a responsabilização, o afastamento do lar, o cumprimento de medidas restritivas estabelecidas etc.

Como observa Chakian, é necessário o fomento de políticas públicas voltadas a coibir estereótipos de gênero na mídia, que tem papel relevante no esforço valorativo dos papéis sociais numa sociedade.<sup>31</sup>

Ademais, mister o caráter preventcionista. A conscientização das mulheres sobre a dinâmica da violência de gênero, responsabilização e reflexão de autores de violência, bem como a criação de campanhas educativas e programas educacionais que visem a disseminação de valores de respeito à dignidade da pessoa humana, preleciona Silvia Chakian.<sup>32</sup>

Necessárias também são a assistência integral às vítimas e seus dependentes; a preservação da memória da vítima – nos casos de sua morte –; a garantia da integralidade no atendimento; a oitiva qualificada, não revitimizadora, na forma de depoimento especial, de modo a reduzir os danos etc.

Outro fator de suma importância é a construção de um plano de segurança para a vítima, criado de acordo com as especificidades de cada caso, a

29 CAMPOS, Carmen Hein de. 2017. Apud. SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. 2018.

30 CHAKIAN, Op. cit., p. 250.

31 Ibid., p. 256.

32 Ibid.

partir da utilização de fatores de risco para identificar casos de maior vulnerabilidade das vítimas e maior periculosidade dos autores da violência praticada.

A limitação da violência doméstica e familiar contra a mulher é essencial em razão da própria gravidade do tema e de sua repercussão social. Sendo a família a base da sociedade, seu fim passa a ser sentido na comunidade, em razão da própria projeção da violência doméstica à sociedade e recebe assim proteção especial do Estado.

Com relação às normas de proteção às vítimas de violência doméstica no Brasil, a promulgação da 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, constitui grande marco histórico. Com ela, a sociedade deparou-se com um novo mecanismo de proteção à mulher vitimada.

Foi por meio desta Lei que foram implementados no ordenamento brasileiro mecanismos para coibir e prevenir a violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

Para Silvia Chakian, a Lei Maria da Penha não buscou disciplinar tipos penais, mas sim as formas de violência. Desse modo, o legislador reconhece a ausência de conteúdo exclusivamente criminal na atuação do agressor, uma vez que nem todas as ações que configuram violência doméstica encontram tipificação penal. Assim, é a situação da violência que autoriza a incidência da mencionada Lei e a adoção de medidas protetivas, não sua tipificação penal.<sup>33</sup>

Ainda na conceituação de Silvia Chakian, por violência física entende-se qualquer conduta que ofenda a dignidade física ou corporal da vítima; por violência psicológica, toda conduta que cause dano emocional, à autoestima da mulher, que vise controlar suas ações, mediante constrangimento, humilhações, isolamento, perseguição, insulto, chantagem, ridicularização ou qualquer meio que cause dano psicológico; por violência sexual, toda conduta que a constranja a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante força intimidação ou ameaça, que a induza a comercializar sua sexualidade, que a impeça de usar meio contraceptivo, contrair matrimônio, gravidez, aborto ou prostituição, mediante coação ou manipulação ou anule seus direitos sexuais ou reprodutivos; por violência patrimonial entende-se toda conduta de retenção, destruição, subtração dos seus bens e documentos; e por violência moral toda e qualquer conduta que consista em injúria ou difamação da vítima.<sup>34</sup>

Uma das principais melhorias trazidas pela Lei Maria da Penha foi o surgimento das medidas protetivas de urgência, que possuem caráter emergencial e autônomo. Elas podem ser concedidas de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público e independem de audiência prévia ou de parecer ministerial. Podem ser aplicadas cumulativamente ou de forma isolada, podendo ainda serem substituídas a qualquer tempo.

As medidas protetivas perdurarão enquanto não cessar a situação de violência contra a mulher, sem que se confunda com o tempo de duração do

<sup>33</sup> Ibid, p. 214.

<sup>34</sup> Ibid., p. 214 e 215.

inquérito policial ou do processo, seja ele cível ou criminal.

A Lei ainda prevê à mulher vítima de violência o direito à assistência judiciária gratuita, também que os Juizados de Violência Doméstica possuam equipe multidisciplinar composta por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Um dos maiores avanços da Lei Maria da Penha é a previsão de uma série de políticas públicas voltadas para prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como sua proteção, assistência e garantia de direitos.

Assim, irrefutável o papel fundamental da Lei Maria da Penha na história brasileira de combate à violência de gênero.

Da análise do seu conjunto de normas, princípios, objetivos e diretrizes, verifica-se a preocupação do legislador com a eficiência da proteção da mulher, que “não pode se dar de forma meramente simbólica como corriqueiramente se constata na legislação brasileira: com a criminalização estigmatizante em excesso convivendo com uma proteção jurídica diferente.”<sup>35</sup>

Não obstante, verificam-se enormes desafios à efetivação integral da Lei.

Dados extraídos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2019 houve um crescimento de 5,2% da violência doméstica e sexual, totalizando 266.310 registros de lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica, ou 1 agressão física a cada 2 minutos, bem como 66.123 vítimas de estupro e estupro de vulnerável, o que implica 1 vítima de estupro a cada 8 minutos, sendo certo que 57,9% das vítimas tinham no máximo 13 anos e 85,7% são do sexo feminino.<sup>36</sup>

Segundo o mesmo Fórum, no primeiro semestre de 2020, ano da pandemia do COVID-19, o Brasil teve uma redução de 10,9% nos registros de lesão corporal dolosa, 16,8% nos de ameaças, 23,5% nos estupros de mulheres e 22,7% nos estupros de vulneráveis (meninas de até 14 anos ou vítima com enfermidade ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência). No mesmo período, em comparação com o primeiro semestre de 2019, observamos ainda um aumento de 0,8% nos homicídios dolosos de mulheres e 1,2% nos casos registrados como feminicídios.<sup>37</sup>

Dos mesmos dados extraiu-se que, quanto às ligações para o canal de denúncias da polícia, o 190, os registros por violência doméstica cresceram 3,9%. Assim, observamos queda nos registros dos crimes que dependiam principalmente da presença física da vítima nas delegacias, em especial os de

35 CHAKIAN, Silvia; MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. 2016. Apud. SANTOS, Silvia Chakian de Toledo, 2018.

36 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2020. P. 13 Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

37 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2020. P. 39 Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

estupro, que demandam também exame pericial.<sup>38</sup>

Parte-se da hipótese de que a violência contra a mulher foi acentuada na pandemia e o registro de boa parte desses crimes não acompanhou essa tendência. Isso indica que as dificuldades enfrentadas pelas mulheres para realizar a denúncia não foi fruto apenas de medos e receios pessoais, mas principalmente da ausência de medidas de enfrentamento adotadas pelo governo para auxiliá-las em um momento tão difícil, apesar das recomendações da ONU para enfrentamento da crise global em todos os aspectos, destacando-se a necessidade de maiores investimentos em serviços de atendimento online, estabelecimento de serviços de alerta de emergência em farmácias e supermercados e criação de abrigos temporários para vítimas de violência de gênero.<sup>39</sup>

Conforme preleciona Fabiana Severi, citada por Silvia Chakian, considerando o atual estágio das práticas e discursos feministas no Brasil, são os conceitos de intersetorialidade, interdisciplinariedade, transversalidade de gênero e raça, atendimento integral em rede que estão sendo mais mobilizados, nos processos institucionais e sociopolíticos que tem como objetivo a efetivação integral da Lei. Do mesmo modo, as discussões que ampliam o conceito objetivado na Lei para além da violência doméstica e familiar apenas.<sup>40</sup>

## Conclusão

O presente trabalho analisou a mulher na sociedade e sua proteção jurídica; a evolução histórica e desenvolvimento.

Foi discutida a definição de violência e como ela interfere no sistema jurídico, suas espécies e formas de prevenção.

Analisamos a criminologia contemporânea, e dentro desta concepção, o papel assumido pela vítima nas últimas décadas, que se tornou mais protagonista no Direito Penal, deixando de ser objeto passivo do crime.

Todo exame ao longo do trabalho foi realizado por meio de uma perspectiva feminista, trazendo inclusive uma análise feminista da criminologia, que demonstrou ser o direito uma ferramenta não apenas **útil**, mas necessária **às** mulheres, que pode ser usada como mecanismo para a justiça social e liberdade.

Verifica-se que um dos maiores avanços da Lei Maria da Penha é a previsão de uma série de políticas públicas voltadas para prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como sua proteção, assistência e garantia de direitos.

Inegável o papel fundamental da Lei Maria da Penha na história brasilei-

---

38 Ibid.

39 NAÇÕES UNIDAS. **Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violenciadomestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/amp/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

40 SEVERI, Fabiana Cristina. 2017. Apud. SANTOS, Silvia Chakian de Toledo, 2018.

ra de combate à violência de gênero em suas variadas formas.

Todavia, vimos que é necessário todo um sistema de rede interativa, envolvendo esferas do poder público e privado, bem como ciências diversas para a efetiva proteção dos direitos fundamentais da mulher e diminuição da violência de gênero, doméstica e familiar.

## Referências

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

CHAKIAN, Silvia de Toledo Santos. **A Tutela Penal da Mulher**: Histórico, limites e exigências para uma proteção eficiente. São Paulo – SP, 2018. Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica.

DAHLBERG, Linda L. e KRUG, Etienne G. **Violência**: um problema global de saúde pública. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v11s0/a07v11s0.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 16(2): 440, maio-agosto/2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/02.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: a escritura nos corpos das mulheres de Ciudad Juarez. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 13(2): 265-285, p. 271, maio-agosto/2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X200500020004>. Acesso em: 12 nov. 2020.

# A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL COMETIDA PELO PODER JUDICIÁRIO DO MARANHÃO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

**Danielle Pires de Souza Menezes**

Advogada, pós-graduada em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*, mestranda em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

## **Resumo:**

Este trabalho buscou analisar a ocorrência de violência institucional por parte do Poder Judiciário maranhense no combate a violência de gênero. Para tanto, foi realizado o estudo de caso de um crime de feminicídio ocorrido em novembro de 2016, que acabou por desencadear diversas outras ações relacionadas, como divórcio, guarda e alimentos. Ao longo de mais de 3.500 páginas e 14 volumes, a pesquisa identificou a utilização de recursos protelatórios como estratégia de defesa a fim de evitar o agendamento do tribunal do júri e a consequente prolação da defesa. Além disso, também foi observado como o aparato judicial é utilizado para violentar as mulheres, fazendo uso das narrativas de estereótipos de gênero e de ações com caráter meramente inibitórios, sem que o Poder Judiciário fizesse uso de nenhuma ferramenta na tentativa de barrar os ataques e proteger as vítimas.

**Palavras-chave:** Violência institucional; Poder simbólico; Recursos protelatórios; Lealdade processual; Litigância de má-fé.

## **A violência contra a mulher e o Direito: uma relação de cumplicidade**

O ranço patriarcal e machista do Direito pode ser encontrado ao longo de importantes legislações, tanto internas quanto externas. A Revolução Francesa de 1789, conhecida pelo lema “igualdade, fraternidade e liberdade” estabelecia a diferenciação de direitos masculinos e femininos, sendo que para elas, era tolhido o direito ativo de participação pública, como no caso do voto. Debruçando-se sobre o ordenamento brasileiro encontramos no Código Civil de 1916<sup>1</sup> diversos dispositivos que corroboram a ideia de inferioridade femi-

1 Código Civil Brasileiro de 1916, acessado pela última vez em 16/11/2020, em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm).

nina. O artigo 6, do capítulo I, diz que as “as mulheres casadas são incapazes, relativamente a certos atos enquanto subsistir a sociedade conjugal”. Já o artigo 233 estabelecia o marido como chefe da sociedade conjugal, cabendo, inclusive, a ele, o direito de autorizar a profissão de sua esposa e de fixar e alterar o domicílio da família.

No artigo 467, parágrafo único, da ainda lei civilista de 1916, os herdeiros varões tinham preferência em relação as varoas. O artigo 1548, estabelecia que a mulher “agravada em sua honra” poderia exigir do ofensor, caso este não se casasse com ela, um dote correspondente à condição e estado da ofendida, como se a violência pudesse ser, de alguma maneira, compensada pelo casamento ou com dinheiro. A importância de sua castidade também sempre fora algo levado a sério e utilizado para valorar a mulher. O homem, por sua vez, contava com autorização do legislador para anular o seu casamento caso percebesse, na noite de núpcias ou até 10 dias depois, que a sua esposa não era mais virgem.<sup>2</sup>

A noção patriarcalista do Direito ainda é demonstrada sob o aspecto de comandos que deveriam ser positivos. Nos tempos atuais, a responsabilidade praticamente que integral dos cuidados com os filhos recai sob a mãe com a chancela do Estado, na medida em que o “benefício” da licença maternidade é concedido de maneira completamente desproporcional reforçando a lógica de que as mulheres “custam mais” aos seus empregadores. Não a toa, a realidade brasileira entrega a estatística de 50% de trabalhadoras que são demitidas até 24 meses após o retorno da licença maternidade<sup>3</sup>. O Direito, portanto, é usualmente utilizado como ferramenta para validar as práticas que perpetuam a lógica de dominação masculina em detrimento do feminino, corroborando os papéis de gênero mesmo quando, aparentemente, apresenta motivações de proteção a mulher.

## **A violência institucional praticada pelo judiciário**

### **O excesso de legalismo como propagador do poder simbólico**

O excesso da lógica técnica e legalista apresentada tanto na condução dos processos, quanto nas críticas jurídicas, esvazia praticamente todo o potencial reflexivo – transformador que um debate pode proporcionar e permite que a ordem baseada nos estereótipos de gênero seja perpetuada por meio de práticas judiciais condenáveis.

Não é de se assustar que essa seja a realidade brasileira, uma vez que desde os primórdios o ensino do Direito tem se pautado por meio de uma lógica herdada da Universidade de Coimbra que visa uma criação da “elite

2 Artigo 178, parágrafo 1: Em dez dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada”.

3 The Lab or Market Consequences of Maternity Leave Policies: Evidence from Brazil. Disponível em: [https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the\\_labor\\_market\\_consequences\\_of\\_maternity\\_leave\\_policies\\_evidence\\_from\\_brazil.pdf](https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf). Acessado pela última vez em 15/11/2020.

jurídica”, com a transferência de conhecimentos meramente teóricos, sem nenhum incentivo a análise crítica das ordens impostas. Desta maneira, os profissionais do Poder Judiciário ficam completamente absortos às questões sociais, protegidos por uma redoma corporativista que tem servido aos interesses das classes dominantes no sentido de manter a ordem social vigente, tanto para o bem, quanto para o mal.

A realização de tal pontuação a respeito do ensino e da cultura jurídica brasileira se faz obrigatória para a compreensão do poder simbólico da maneira como é posto por Bordieu “como algo invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”<sup>4</sup>. Um exemplo de tal comportamento, é o fato de que após a aprovação da Lei 11.340/2006, que representou uma vitória dos movimentos feministas na proteção das mulheres em razão da violência doméstica e familiar, diversos julgadores de instâncias inferiores se negavam a aplicá-la em sua totalidade sob a justificativa de inconstitucionalidade de determinados artigos. Foi necessário a apresentação de uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC 19)<sup>5</sup> e uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4424)<sup>6</sup> no Supremo Tribunal Federal para finalmente dar-se por encerrada tal discussão e garantir o acesso integral à justiça.

Quando o sistema de ensino de ensino inculca na mente do futuro jurista que o raciocínio deve nascer e morrer única e exclusivamente em torno das leis, ele mantém o motor da lógica da conservação da ordem social. Filipe Álvaro (2017) reforça que “o fechamento do Direito sobre si mesmo produzido pela formação acadêmica isolada e pela exclusão dos profanos, os não iniciados no mundo jurídico, faz com que os juristas sejam formados crendo na autonomia do Direito e, assim, no desconhecimento da arbitrariedade da luta simbólica que define objetivamente o seu trabalho, já que o sentido subjetivo visado por eles refere-se a práticas e a teorias que, juridicamente, se fundamentam em si mesmas (...). Ele ainda continua afirmando que “cada vez que um jurista defende o que considera uma tese jurídica pura, sem referência a causas ou a consequências éticas, econômicas ou políticas, está agindo segundo um mecanismo que não criou e que não compreende em toda a sua extensão, a partir de uma racionalidade de Estado, que se acredita transcendental, mas que foi simbolicamente imposta”<sup>7</sup>.

Esse desconhecimento da lógica imposta e a falta de consciência em relação a estruturação dos relacionamentos em nossa sociedade, servem para a manutenção da dominação, uma vez que não há como combater os opressores sem efetivamente conhecê-los. Bordieu (1989) afirma que as ideologias

4 Bordieu, Pierre. Sobre o poder simbólico. Difusão editorial. 1989. páginas 8 e 9.

5 STF - ADC: 19 DF, Relator: Min. Marco Aurélio, data de julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, data de publicação: acórdão eletrônico Dje-080. Publicação. 29.04.2014.

6 STF - ADI:4424 DF, Relator: Min. Marco Aurélio, data de julgamento: 09.02.2012, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJe -148. Publicação 01.08.2014.

7 Rocha, Alvaro Filipe Oxley. Violência simbólica: o controle social na forma da lei. 1 edição. EDIPUCRS, 2017. Formato eBook Kindle.

servem a interesses particulares que tendem a se apresentar como interesses universais, comuns ao conjunto do grupo, sendo assim, a cultura dominante se reverte com a aparência da integração total e real, enquanto garante a distinção dos demais, promovendo a desmobilização das classes dominadas ao inculcar uma falsa consciência de pertencimento que legitima a criação de hierarquias.

Sob a perspectiva de gênero, essa lógica pode ser observada na maneira como as leis de proteção às mulheres são vistas e aplicadas pelo Judiciário, que, frequentemente, demonstram total desconhecimento em relação a conceitos básicos, como a diferenciação entre sexo e gênero, não conseguindo, portanto, encontrar na prática jurídica as causas pelas quais a violência às mulheres se diferencia da violência urbana.

Ou seja, o excesso de legalismo, tecnicismo e formalidade do Poder Judiciário não é por acaso, mas se mostra como um projeto não apenas para a manutenção da dita paz social, mas também da ordem dominante.

## **A violência institucional do judiciário maranhense: um estudo de caso**

### **Breve relato do caso**

Mariana Menezes de Araújo Costa Pinto morreu na tarde de 13 de novembro de 2016. Investigações preliminares levantaram como principal suspeito o seu cunhado (marido de sua irmã mais velha), Lucas Porto, foi preso em flagrante e encontra-se recolhido preventivamente em instituição penitenciária até o momento.

O processo tramita em segredo de justiça e o acesso aos seus autos foi gentilmente cedido por Carolina Costa, irmã da vítima e ex-esposa do acusado. Decorrido mais de 4 anos do acontecimento, os autos contam com cerca de 14 volumes e mais de 3.500 páginas, motivo pelo qual será realizado uma apertada síntese dos principais andamentos até o momento.

Depreende-se dos documentos que o inquérito policial foi instaurado mediante auto de prisão em flagrante do réu, lavrado no dia 14 de novembro de 2016. Lucas confessou a autoria do crime de homicídio alegando nutrir admiração e um sentimento de curiosidade por sua cunhada há algum tempo, na data de 15 de novembro de 2016. O inquérito foi enviado ao Poder Judiciário no dia 22 de novembro de 2016, sendo oferecida a denúncia no dia 29 de novembro e recebida no dia 01 de dezembro de 2016. O acusado foi citado pessoalmente dia 02 de dezembro de 2016 e apresentou defesa por meio de seus advogados regularmente constituídos no dia 12 de dezembro de 2016. Ao décimo sexto dia do mês de dezembro, o Promotor de Justiça ofereceu aditamento a acusação do crime de estupro da modalidade atos libidinosos diversos da conjunção carnal, para a modalidade estupro mediante conjunção carnal com violência, utilizando como base os novos laudos de exame pericial juntados posteriormente.

A resposta do acusado a nova denúncia realizada pela Promotoria foi feita em 25 de janeiro de 2017. Após vista ao Ministério Público, no dia 10 de fevereiro de 2017, foi designada audiência de instrução para 03 de março, que foi adiada para 16 de março a requerimento da defesa. Em decorrência da não devolução de carta precatória utilizada para intimar testemunhas no estado do Ceará, a instrução só pôde ser finalizada na data de 18 de maio de 2017, também a pedido da defesa. Nesta ocasião, os defensores de Lucas declararam que o acusado não seria interrogado e solicitaram a abertura do incidente de insanidade mental do réu, o que foi deferido pelo Juiz e acarretou a suspensão do processo principal. Após a realização das avaliações periciais, foi constatado que Lucas tinha total consciência dos seus atos no momento do crime, motivo pelo qual, ficou afastada a inimputabilidade.

Retomou-se então, o andamento regular dos autos principais, ocorrendo nova audiência em agosto de 2018, momento em que a instrução processual foi finalmente finalizada, sendo o réu pronunciado para ser julgado pelo Tribunal do Júri em consonância com a lei brasileira.

## **Análise das práticas processuais**

A apertada síntese narra os principais acontecimentos do caso estudado. O acusado confessou o crime, os autos contam com provas robustas das mais variadas naturezas: testemunhas, perícias, filmagem da câmera interna do edifício em que Mariana residia e, por fim, a confissão. O laudo de insanidade mental encontra-se finalizado e o processo está em fase de ser prosseguido há pelo menos dois anos.

No entanto, o que se encontra ao compulsar os documentos é uma quantidade infinita de todos os tipos de recursos. Entre as alegações, há desde questionamentos a respeito do corte de cabelo de Lucas, passando por afirmações de condições psicológicas adversas, impugnação de peritos, arrolamento de testemunhas de outros estados que sequer tem conhecimento dos fatos ocorridos, e o oferecimento de diversos habeas corpus na tentativa de fazer o réu responder em liberdade, o que lhe tem sido negado até o momento.

A estratégia utilizada pela defesa é a de se valer da burocracia judiciária para criar tumultos processuais e afastar, o quanto puder, o agendamento do júri. Tal fato parece ser cristalino a todos os envolvidos, tanto que é possível encontrar as constatações partindo de desembargadores na análise de recursos, juiz de primeira instância e promotor. Durante a audiência de instrução ocorrida ainda em maio de 2017, o assistente de acusação alertou: “Primeiro lugar, a tarefa da defesa é difícil, arrolando testemunhas que ignoram o fato ocorrido, localizadas em outro município. Em nome da celeridade do clamor da justiça de uma pessoa que foi brutalmente estuprada e assassinada. Requeremos que seja feita uma investigação, porque sabemos que pessoas de alto poder econômico tem privilégios no complexo penitenciário. Nenhum dos

requerimentos da defesa está comprovado, tudo com o intuito de adiar. Sendo as testemunhas arroladas não conhecedoras do fato. Requer que a instrução processual prossiga e, se quiser, o acusado seja ouvido, para o seguimento do processo, e que a justiça seja feita acima de tudo”.

No mesmo sentido, após dois anos do crime e inúmeros recursos apresentados pela defesa, o juiz titular da 4 Vara do Tribunal do Júri fez a seguinte afirmação ao prolatar a decisão de pronúncia: “Durante as alegações do Advogado, por um tempo, pensei que não atacariam o mérito da acusação; demonstrando que estavam interessados apenas em anular o processo com os mais diversos requerimentos. As questões de ordem apresentadas nesta audiência, já foram rebatidas e não vejo motivos para novamente me debruçar sobre elas, pois já constam nesta ata os motivos dos seus indeferimentos. A defesa somente pretende a todo custo ficar reanalisando pedidos que já foram indeferidos. Além do mais, não apontam o prejuízo que tiveram com esses indeferimentos, pois foram considerados como irrelevantes, impertinentes ou protelatórios. Este é o primeiro processo que eu vejo que o acusado preso não quer que chegue ao fim. A todo momento são formulados pedidos para o processo parar. Todos os pedidos da defesa poderão ser formulados na fase do artigo 422 do CPP”.

Compulsando os autos também é possível identificar diversas ameaças veladas dos membros de defesa, destinadas a acusação e ao próprio Poder Judiciário. Os advogados habilmente, citam em praticamente todas os seus pedidos, o princípio da ampla defesa sob pena de anulação do processo em decorrência de irregularidades, um fato que, infelizmente, parece ser normal no Judiciário e que causou, inclusive, a denúncia do Brasil a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso icônico de Maria da Penha, durante a década de 1990.

## **A omissão como caracterizadora da violência institucional**

O caso analisado caracteriza-se pela quantidade de incidentes processuais levantados pela defesa que explicitamente se valem da técnica de levar tumulto ao processo. Ao analisar os autos, salta aos olhos a maneira como os defensores tentam a todo custo evitar o julgamento do acusado, ao mesmo tempo que se valem do atraso que eles mesmos causam para criar justificativas nos pedidos de liberdade provisória nos Habeas Corpus.

Em um primeiro momento, ou a olhos desatentos, a atuação do Poder Judiciário não chama a atenção de maneira negativa. As respostas têm sido ofertadas em interregno de tempo razoável, mas é justamente nesse ponto que a sutileza do poder simbólico a qual Bordieu (1989) se refere aparece. O senso comum faz acreditar que a violência institucional somente é cometida por meio da ação, seja pelo cometimento de erros grosseiros ou pela exposição de opiniões socialmente condenáveis. No entanto, faz-se necessário relembrar a famosa frase atribuída a Martin Luther King: “o que me preocupa

não é o grito dos maus, mas o silêncio dos bons”. Pois bem, a omissão do Poder Judiciário diante dos excessos cometidos também caracteriza a violência institucional, uma vez que não consegue garantir a mulher o acesso a um julgamento justo, conforme os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Logo no início dos trâmites processuais, o Promotor de Justiça alertou para o arrolamento de testemunhas que sequer tinham conhecimento sobre o fato. Já neste momento, encontramos uma oportunidade perdida pelo juiz de primeira instância de barrar os excessos dos defensores. O artigo 400, parágrafo 1, do Código de Processo Penal brasileiro<sup>8</sup> reza que cabe ao juiz indeferir a produção de provas na audiência de instrução e julgamento que sejam consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias e, embora, os magistrados tenham sinalizado as tentativas tumultuosas das argumentações, em nenhum momento foi encontrada atitudes mais ativas com o objetivo de barrar as interrupções e agendar, finalmente, o tribunal do júri.

O que se encontra é a utilização da ampla defesa reinando em detrimento do direito das vítimas a terem acesso a um julgamento justo, eficaz e com um tempo razoável de duração. A litigância de má-fé encontra respaldo na teoria do abuso de direito e no princípio da lealdade processual que traz à baila o dever das partes, dos advogados e de todas as outras pessoas que de algum modo estejam participando da lide, de agirem com moralidade e probidade. Ao compulsar a jurisprudência brasileira é possível encontrar julgados que versem sobre o tema, como os citados a seguir:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO ABUSIVO DO RECURSO INTEGRATIVO. BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Embora na esfera penal não seja viável a fixação de multa por litigância de má-fé, é perfeitamente possível o reconhecimento do abuso de direito da parte, em razão da superveniência de inúmeros recursos contestando o não conhecimento do agravo em recurso especial, com nítido caráter protelatório e intuito de impedir o trânsito em julgado da condenação.

2. Embargos de declaração rejeitados, com a determinação de baixa imediata dos autos, independentemente da publicação do presente acórdão ou da interposição de qualquer outro recurso, para que se dê início imediato ao cumprimento da pena imposta ao embargante. (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 559.766/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015).

O Ministro Marco Aurélio de Mello também já alertou sobre a situação ao afirmar que: “Cumpra aos jurisdicionados atentar para o verdadeiro senti-

8 Código de Processo Penal. Acessado pela última vez no dia 11/11/2020, em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

do do acesso ao Judiciário, abandonando postura que, em última análise, tem como objeto a projeção, no tempo, do desfecho da controvérsia, do restabelecimento da paz social momentaneamente abalada. A impressão que fica é da aposta na morosidade da máquina judiciária, driblando-se as dificuldades encontradas para o imediato cumprimento da obrigação declarando no título judicial. (...) Recursos protelatórios, sem a mínima possibilidade de frutificarem, em face, até mesmo, da jurisprudência predominante, hão de ser coibidos, reafirmando-se, sob o ângulo da eficácia, o primado do Judiciário. (...)” e, por fim, finaliza: “Observa-se, portanto, a existência de instrumental hábil a inibir-se manobras processuais procrastinatórias. Atento à sinalização de derrocada do judiciário, sufocado por número de processos estranho à ordem natural das coisas, o Legislador normatizou. Agora, em verdadeira resistência democrática ao que vem acontecendo, compete ao Estado-juiz atuar com desassombro, sob pena de tornar-se o responsável pela falência do judiciário. Cumpre-lhe, sem extravasamento, sem menosprezo ao dever de preservar o direito de defesa das partes, examinar, caso a caso, os recursos enquadráveis como meramente protelatórios, restabelecendo a boa ordem processual. Assim procedendo, honrará a responsabilidade decorrente do ofício, alfim, a própria toga”<sup>9</sup>.

A omissão em razão do tumulto processual criado propositadamente não é o único motivo que causa choque ao analisar o caso em questão. Além dos autos principais, a pesquisa encontrou diversos outros processos<sup>10</sup> que tramitam em paralelo movidos pela família de Lucas, sempre na tentativa de desmoralizar ou desajustar a ordem psicológica e financeira da família de Mariana, incluindo Carolina, que diga-se de passagem, é a mãe das duas filhas do réu. Encontra-se também uma entrevista de Heliene Porto<sup>11</sup>, mãe do acusado, justificando o assassinato em decorrência de um suposto relacionamento amoroso havido entre o acusado e a vítima, fato que inclusive, já fora negado por seu filho.

Lucas, preso por ter confessado o feminicídio de sua cunhada, segue vitimando mulheres, ao exercer o poder baseado pela lógica patriarcal e dos estereótipos de gêneros para atacar insistentemente a sua ex-esposa por meio do Poder Judiciário. Tanto no processo criminal, quanto nos autos cíveis que avalia a possibilidade de suas filhas o visitarem na penitenciária, é possível identificar uma prática comum dos homens em relação as mulheres. Em diversos momentos, Lucas tenta desqualificar Carolina atingindo a sua maternidade. Enquanto ele era um pai presente e amoroso, Carol era uma mãe de-

9 A litigância de Má-fé no Judiciário. Revista da EMERJ, v.4, n.13, 2001. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista13/revista13\\_40.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista13/revista13_40.pdf)

10 Consulta processual no Tribunal de Justiça do Maranhão encontra os seguintes processos:0805634-90.2020.8.10.0000; 0801608-17.2018.8.10.0001; 0810224-15.2017;0809842-22.2017;0866764.20.2016.8.10.

11 Teor completo da reportagem pode ser visto em <http://www.jacienydias.com.br/noticias/heliene-porto-afirma-que-houve-adulterio-e-gera-polemica>. Último acesso em 21/11/2020.

satenta que não parecia se sentir confortável no desempenho daquele papel. Fato que foi negado pelas filhas que se referiram a mãe de forma bastante afetuosa.

Nesse diapasão urge salientar o disposto na “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher” também conhecida como Convenção de Belém do Pará” (1994), ao colocar em seu artigo 2, alínea C, o combate à violência institucional como um dos definidores da violência contra a mulher. Além disso, no artigo 7, a Convenção firma os deveres dos Estados- partes signatários, sendo que ao analisar os autos depreende-se a inocorrência da proteção no que tange o item 4 relacionado a adoção de medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra a sua integridade ou prejudique a sua propriedade.

Já na disposição 6, encontramos a menção sobre o acesso de procedimentos jurídicos justos e eficazes que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos. Práticas que se comprova, não estarem sendo atendidas no caso aqui discutido.

O Estado falha, portanto, em prevenir a violência contra a mulher, substanciada nos maiores pesadelos femininos, que é o estupro e a morte. Priva duas meninas da presença materna e falha, novamente, ao não proteger as mulheres que acessam o Poder Judiciário em busca de justiça, permitindo que as violências em razão do gênero continuem sendo praticadas, mas agora diante dos seus próprios olhos.

## **Considerações finais**

A violência institucional praticada pelo Poder Judiciário nem sempre manifesta-se de forma completamente explícita. Há também práticas que se revestem de formalidades e legalidades para repassar a ideia de falsa proteção aos cidadãos e ao conjunto normativo pátrio. Sob os olhares desatentos ou ainda, treinados para analisar o Direito sob um excessivo rigor jurídico, mas pouco sociológico ou filosófico, a violência simbólica passa despercebida em diversos âmbitos.

O caso analisado revela que a naturalização da violência de gênero é prática tão rotineira, que o Poder Judiciário tem dificuldade apresenta dificuldades de coibir os excessos, seja no processo criminal, seja nos processos cíveis em razão do divórcio, guarda de menores e alimentos. O fato de uma das famílias litigantes enfrentarem a perda de uma irmã, mãe e filha ao mesmo tempo, parece diminuído em relação a busca pela proteção da ordem jurídica por parte dos magistrados, sem perceber que a morosidade e o alto nível de complexidade dos processos a qual eles se comprometem é uma maneira de perpetuar a ideia de injustiça e afastar as mulheres da perseguição de seus direitos de não serem violentados, seja fisicamente, psicologicamente, financeiramente, sexualmente ou institucionalmente.

O fato do acusado encontrar-se preso pode trazer a ideia equivocada de justiça, que logo cai por terra ao conversar com os familiares da vítima, que relatam atenção máxima durante estes quatro anos, uma vez que os ataques jurídicos partem de todos os lados, sem que o Judiciário os proteja de alguma maneira. Uma das características dos crimes violentos é que eles não vitimam “apenas” quem morre, mas arrastam dor e sofrimento em extensões incalculáveis. Apenas no núcleo central de Mariana, Lucas vitimou sete mulheres: Carolina Costa, irmã mais velha de Mariana e ex-esposa de Lucas. Juliana Costa, irmã do meio. Flor de Lis de Menezes, mãe da vítima. As duas filhas de Mariana, que foram tolhidas da convivência materna de forma brutal, bem como as duas filhas de Lucas e Carolina, obrigadas a lidar com a dor do luto em dobro.

Para que as legislações nacionais e internacionais sejam de fato colocadas em prática, é necessária uma mudança de paradigmas dentro do judiciário, modificando a atitude que preza apenas pela aplicação da lei sem que o Direito seja refletido a partir de uma lógica sociológica e transformadora de nossas realidades.

## Referências

BRASIL, **Lei 3.071. de 1 de janeiro de 1916**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Último acesso em 10/11/2020.

BRASIL, **Decreto – Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Último acesso em 19/11/2020.

BORDIEU, Pierre. **Sobre o poder simbólico**. Difusão editorial. 1989. páginas 8 e 9.

MACHADO, Cecília et al. **The labor market consequences of maternity leave policies: evidence from Brazil**. Disponível em <[https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the\\_labor\\_market\\_consequences\\_of\\_maternity\\_leave\\_policies\\_evidence\\_from\\_brazil.pdf](https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf)>. Último acesso em 17/11/2020.

MELLO, Marco Aurélio. A litigância de Má-fé no Judiciário. **Revista da EMERJ** v. 4, n.13, 2001. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista13/revista13\\_40.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista13/revista13_40.pdf)

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**: “Convenção de Belém do Pará”.9 de junho de 1994. Disponível em [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao\\_belem\\_do\\_para.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_belem_do_para.pdf). Último acesso em 20/11/2020.

ROCHA, Alvaro Filipe Oxley. **Violência simbólica: o controle social na forma da lei**. 1 edição. EDIPUCRS, 2017. Formato e-Book Kindle.

# NEGRITUDE FEMININA COMO “START” NA REPRODUÇÃO DO RACISMO VIRTUAL

**Waleska Miguel Batista**

Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Sustentabilidade e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Integra o Grupo de Pesquisa Estado e Direito no Pensamento Social Brasileiro, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bolsista integral Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

## **Resumo:**

As normas do direito brasileiro tipificam os crimes de internet sendo eles cometidos em redes sociais, jornais e aplicativos de reuniões e conversas, pois os danos são, não raramente, refletidos para além do mundo virtual. Porém, as prescrições normativas não afastam o fato de que as mulheres ainda padecem muitas formas de violências virtuais com (pseudo)justificativa que buscam culpabilizar as vítimas, ora com argumentos de que houve mero aborrecimento, ora com acusações de que essas mulheres se colocaram na condição de alvos “fáceis”. Importante destacar que as mulheres são subjugadas e inferiorizadas a partir do recorte de grupo racial ou étnico a qual pertencem. Por isso, neste trabalho, limita-se a partir da condição das mulheres negras, que possuem experiências sociais diferente das mulheres brancas, uma vez que seu corpo é estigmatizado e hipersexualizado, como apontado por Angela Davis e Lélia Gonzalez.

**Palavras-chave:** Racismo; Mulheres Negras; Crime de internet; Direitos Humanos; Violência;

## **Introdução**

A história revela que as mulheres sempre foram vítimas das violências perpetradas pelos homens, uma vez que era restritas a funções de reprodução e cuidados domésticos, consideradas de menor importância. No entanto, cada região e povo tem a sua história de dominação de suas mulheres, a ponto de ser possível identificar que não podemos tratar todas as mulheres da mesma forma, ou como se todas sofressem as mesmas situações e circunstâncias.

A única assertiva válida para as mulheres de forma ampla é que os seus corpos sempre foram controlados por terceiros, que ora impunham obriga-

ções, deveres e até padrão moral e civil, como por exemplo a forma de se vestir, de falar e as atividades a serem realizadas, a ponto de que aquelas que fugissem dessa racionalidade fosse considerada desviada, ou seja, aquela que se desviou do caminho imposto. Desta forma, o presente trabalho se limita a condição das mulheres negras no Brasil, uma vez que os padrões impostos a elas, bem como a sua condição social se distância de outras realidades.

Importante mencionar que a imagem de mulheres negras representantes da intelectualidade, modelos e até padrão de beleza infantil, é uma quebra de paradigma na sociedade racista brasileira, o que é confrontada com atos violentos de discriminação direta, como as agressões virtuais, sofridas por Djamilia Ribeiro e sua filha, da Maju Coutinho e da Tite, filha de Bruna Gagliasso. Estes casos são mais fáceis de serem identificados como crimes, do que a discriminação indireta que acontece quando as mulheres negras são representadas em imagens, “memes” ou “gifs”, como objeto sexual, inferiores, feias, incivilizadas e incapazes.

A discriminação indireta é mais difícil de ser criminalizada nesses casos, porque é utilizada para entretenimento de uma parcela da população, o que não afasta sua violência e opressão. A discriminação indireta é “marcada pela ausência de intencionalidade explícita de discriminar as pessoas. Isso pode acontecer porque a norma ou prática não leva em consideração ou não pode prever de forma concreta as consequências da norma” (MOREIRA, 2017, p. 102).

Para Almeida o “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” (ALMEIDA, 2018, p. 25).

Há leis contra o racismo e há leis que determinam que os conteúdos da internet devem promover o respeito aos direitos humanos, razão pela qual se torna importante o olhar mais atento a esse tipo de conteúdo, já que reproduz a inferiorização das mulheres negras. Para além da punição penal como prisão, acredita-se mais efetivo que como parte da responsabilização, tanto os gestores da rede social que reproduz os conteúdos, como da pessoa que os divulga devem se submeter a participação de cursos e palestras a respeito das dinâmicas do racismo no Brasil.

“O racismo é elemento constituinte da política e da economia sem o qual não é possível compreender as suas estruturas” (ALMEIDA, 2015, p. 763).

Então, primeiramente, apresentaremos a forma constituição das discriminações contra as mulheres, e a seguir, as normas que servem de combate a disseminação desse tipo de conteúdo na internet. A pesquisa foi realizada com a revisão de livros e artigos científicos a respeito dos temas objeto desse estudo.

## Do contexto de inferiorização das mulheres negras

Angela Davis, em sua obra *Mulheres, raça e classe*, afirma que após a escravidão, as mulheres negras continuavam ocupando serviços domésticos, pois além de “ineptas”, também eram denominadas de promiscuas. As funções domésticas eram tão desprezíveis, que um homem branco preferia matar sua filha, do que saber que ela estava exercendo esses trabalhos (DAVIS, 2016, p. 100-101).<sup>1</sup>

As mulheres negras são difamadas em relação a honestidade, limpeza e confiabilidade. Lélia Gonzalez trouxe essa constatação ao afirmar do final do século XX, no Brasil, que as mulheres negras ocupavam majoritariamente os serviços domésticos, e que não adiantava terem “boa aparência” e “educadas”, porque esses padrões eram brancos. As mulheres negras sequer conseguiam trabalhos administrativos, pois tudo que queriam eram mantê-las escondidas e invisíveis.

Os salários das mulheres negras eram inferiores aos dos homens e das mulheres brancas,<sup>2</sup> bem como que sua vida era tentar manter os seus filhos, maridos e familiares vivos, em razão das arbitrariedades policiais, que eram acusados e presos sem justo motivo. Mas isso não era reconhecido como práticas racistas, pois no Brasil ainda é vivo o mito da democracia racial.

Como se sabe, ela [ideologia do branqueamento] consiste no fato de os aparelhos ideológicos (família, escola, igreja, meios de comunicação, etc) veicularem valores que, juntamente com o mito da democracia racial, apontam para uma suposta democracia racial e cultural branca. Vale notar que é justamente por aí, por essa articulação entre o mito e a ideologia, que se deve entender o caráter disfarçado do racismo à brasileira (GONZALEZ; HASENBALG, 1982, p. 54).

Por causa do racismo, as mulheres negras permanecem nas bases econômicas e sociais, inclusive porque suas produções intelectuais também são deixadas de lado, como se elas não participassem de contribuições efetivas para o desenvolvimento social. Aconteceu com Maria Firmina dos Reis (1822-1917), que escreveu o romance *Úrsula*, mas esquecida até o começo do século XXI, que houve resgate de autoras(es) negras(os).

1 “De acordo com o censo de 1890, Delaware era o único estado não sulista em que a maioria da população negra estava empregada como mão de obra agrícola e meeira, não em serviços domésticos. Em 32 dos 48 estados, o serviço doméstico era ocupação predominantemente tanto de homens quanto de mulheres. Em sete de cada dez estados, havia mais pessoas negras trabalhando em funções domésticas do que em todas as outras ocupações juntas. O relatório censitário provava que os negros são serviçais, serviçais são negros” (DAVIS, 2016, p. 101).

2 “Um total de 44,8% dos negros brasileiros ganhava, em 1980, até um salário-mínimo, comparando com 24,6% dos brancos e 9,5% dos amarelos. Cerca de 92% em São Paulo e 87% no Brasil da força de trabalho negra não ultrapassa a barreira dos 5 salários-mínimos, sendo que, para o Brasil, mais de 9,4% de negros correspondem a pessoas que trabalham e não ganham, ou que não declaram rendimentos, ou estavam na época procurando emprego” (CARNEIRO, 2020, p. 30).

A partir do momento que os brancos se consideram como padrão universal, ou seja, que não constituem uma raça, e que devem ser o exemplo para os demais grupos racializados na estética, cultura, religião e tantos outros, torna-se notável como a caracterização das pessoas negras, em especial, das mulheres negras é desvirtuada. A esse respeito, Grada Kilomba (2019, p. 47) narra sobre a importância dela, que considerada uma subalterna na sociedade europeia, poder falar. Para além de romper com o silenciamento, esta autora afirma que sua participação nos debates intelectuais contribui com a descolonização do pensamento.

No racismo, corpos negros são construídos como corpos impróprios, como corpos que estão “fora do lugar” e, por essa razão, corpos que não podem pertencer. Corpos brancos ao contrário, são construídos como próprios, são corpos que estão “no lugar”, “em casa”, corpos que sempre pertencem. Eles pertencem a todos os lugares: na Europa, na África, no norte, no sul, leste, oeste, no centro, bem como na periferia. Através de tais comentários, intelectuais *negras/os* são convidadas/os persistentemente a retornar a “seus lugares”, “fora” da academia, nas margens, onde seus corpos são vistos como “apropriados” e “em casa” (KILOMBA, 2019, p.57).

Outra questão é o rigor estético que não alcança e nem respeita a estética das mulheres negras, pois os seus cabelos são vistos como exóticos, diferentes, e em muitos casos como bagunçados – “armados”, bem como que a curiosidade leva os sujeitos brancos a fazerem perguntas sobre a higiene e limpeza dos cabelos negros. A esses comportamentos, Grada Kilomba (2019) pergunta, “o que leva alguma pessoa a imaginar que ficamos sujos a ponto de não lavarmos a cabeça? E se lavamos, fazemos como? Ainda pra isso, usa-se água e sabão. Não tem outro jeito”.

Por causa do racismo, esses comportamentos não se restringem a conversas cotidianas, elas ultrapassam o limite pessoal, e avança para a disseminação dessas ideias que inferiorizam as mulheres negras para o mundo virtual. Ou seja, como visto, o racismo é uma arma de dominação, que para se manter vivo e aceso no imaginário das pessoas, precisa disseminar a sua forma de atuação, e no século XXI, nada mais acessível do que a internet.

Desta forma, com mecanismos de aparente inocência, pessoas divulgam e reproduzem imagens de mulheres negras em condições reconhecidas cientificamente como racistas. Sabe-se que essa aparência de inocência não se aplica a quem produz essas imagens, até porque seus atos corroboram com a organização de controle e dominação e é estrategicamente pensada.

O racismo funciona porque é benéfico para alguns grupos sociais, políticos e econômicos. Por exemplo, a produção de conteúdo racista, gera lucros para empresas; o apagamento de intelectuais negros, promove uma única história sobre o mundo; a falta de literatura que denuncia a opressão do racismo, faz parecer que o Brasil é uma terra democrática.

Então, quando imagens que apontam mulheres negras com cabelos crespos (“black”) estão em casa largadas, e mulheres brancas com cabelos lisos estão indo para igreja arrumadas, isso é racismo, porque transmite o imaginário que os cabelos crespos são resultado de desleixo. Outra imagem em que fala sobre “famílias de bem” de um lado, apresenta mulheres brancas com saias nos joelhos, e do outro lado para criticar o porquê o Brasil não vai para frente, apresenta mulheres negras em carnaval com roupas de desfile das escolas de samba, isso também é racista, porque o corpo da mulher negra é caracterizado como objeto sexual, e o carnaval é atribuído a uma imoralidade, e não resultado de lutas de resistência das pessoas negras.

Estes são alguns exemplos de como a internet contribui na disseminação do racismo, pois as pessoas pensam que isso é uma realidade, acreditando que existe feiura e incapacidade nas mulheres negras. Para além disso, imagens que sensualizam o corpo das mulheres negras, permite o imaginário de que esses corpos são disponíveis para fazerem o que quiser.

Ainda que no século XXI tenha havido mais valorização da cultura africana, com a implementação de políticas e ações afirmativas, ainda permanece a inferiorização da população negra por argumentos relacionados a capacidade intelectual, estética e seu lugar espacial.

No Brasil, é a cor negra da pele que faz com que as pessoas tenham questionadas sua capacidade de atuação em qualquer área e setor, também é ela que faz com que os corpos negros sejam definidos como criminosos, passíveis de sofrer arbitrariedades policiais, bem como insultos que retiram a sua humanidade.

Silvio Almeida narra que o racismo “não é um ato isolado de preconceito ou um ‘mal entendido’; o racismo é um processo social de assujeitamento, em que as práticas, o discurso e as consciência dos racistas e das vítimas do racismo são produzidos e reproduzidos socialmente” (ALMEIDA, 2015, p. 755).

Grada Kilomba (2019) afirma que as vivências do racismo cotidiano são traumáticas, porque o racista naturaliza comportamentos que chegam a ser difíceis de serem punidos como crimes, mas isso não afasta a sua violência. Por isso, a luta antirracista persiste contra violências direitas, e deve agir de forma radical contra os comportamentos conscientes e inconscientes, que oprimem e violentam a subjetividade das mulheres negras.<sup>3</sup>

## **Materialização das normas de combate aos preconceitos e discriminações**

Na ordem internacional, o racismo foi formalmente combatido com a elaboração da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, em 1965, tendo sido ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969, sendo que estabelece no artigo 1º

3 “Mulheres negras revolucionárias: nos transformamos em sujeitas” (HOOKS, 2019, p. 8).

Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública (BRASIL, 1969).

Na redemocratização brasileira, a Constituição Federal reconheceu a igualdade entre todas as pessoas, sem qualquer distinção de classe, religião, sexo e estrangeiro (artigo 5º, caput), bem como o repúdio ao racismo (artigo 4º, inciso VIII) e que o racismo é imprescritível e inafiançável (artigo 5º, inciso XLII), evidenciando que comportamentos contrários a essas diretrizes não devem ser tolerados.

Seguindo essa mesma lógica, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010) foi publicado com o intuito de “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (artigo 1º, da Lei n. 12.288/2010).

Além das constatações científicas a respeito da desigualdade racial no Brasil, esses dispositivos reconhecem os casos apresentados como crimes de racismo e ainda apresentam mecanismos para desconstruir, combater e mudar essa realidade, ainda tão normal.

Também a condição das mulheres negras foi reconhecida, especialmente com a adoção da década do Afrodescendente, que foi proclamada pela Resolução n. 68/237 da Assembleia Geral das Nações Unidas e será observada entre os anos de 2015 e 2024, proporcionando uma estrutura sólida para as Nações Unidas, os Estados-membros, a sociedade civil e todos os outros atores relevantes adotarem medidas eficazes para a implementação do programa de atividades no espírito de reconhecimento, justiça e desenvolvimento.

Além disso, têm o objetivo de destacar a importante contribuição dada pelos afrodescendentes para nossas sociedades e propor medidas concretas para promover sua plena inclusão, o combate ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e à intolerância.

O Brasil também adotou os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), a partir da conferência realizada em 2015, que prescreve no ODS número 5, a busca pela igualdade de gênero, que tem dentre os propósitos “adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis”, ou seja, não é para ter qualquer forma de discriminação contra as mulheres negras (NACOEES, 2015).

E a forma de combater todos esses crimes e discriminações na internet foram formalizados pela Lei do Marco Civil (Lei n. 12.965/ 2014), que estabelece direitos, garantias e deveres para o uso da internet do Brasil.

Interessante que a Lei garante à liberdade de expressão, mas limita esse

direito ao respeito dos fundamentos dos direitos humanos (artigo 2º, inciso II), que abrange o dever de não discriminação, ou seja, combate ao racismo também. Chega-se a essa conclusão porque não tem como pensar uma norma, sem avaliar a centralidade da desigualdade racial, e pensar em mecanismos que inibem essas práticas.

O crescimento do acesso da Internet no Brasil e a apropriação dos sites de redes sociais como um espaço dominante de interação nas grandes cidades fez com que muitas práticas violentas fossem transferidas ao ciberespaço, causando danos de toda ordem, especialmente a grupos socialmente e tecnicamente vulneráveis (SOUSA, et. Al, 2019, p. 145).

Adilson Moreira afirmou que o racismo recreativo se manifesta nos casos que em as pessoas que comentem o ato racista alega que tentou “fazer algo engraçado ou cômico, o que não revela hostilidade em relação a membros de minorias raciais” (MOREIRA, 2019, e-book). Mas isso deve ser reprimido, porque “os estereótipos raciais negativos presentes em piadas e brincadeiras racistas são os mesmos que motivam práticas discriminatórias contra minorias raciais em outros contextos” (MOREIRA, 2019, e-book).

Então, à Internet deve ter programas capazes de vetar postagens de cunho discriminatório, como as imagens e situações reproduzidas no item anterior, sob pena de o servidor ou programa responsável pela plataforma em que essas imagens são divulgadas responder solidariamente com a pessoa que as divulga pelo crime de racismo.

E a Lei prescreve que tendo em vista que o racismo é construído socialmente, uma das formas de responsabilização seja realizada com Termo de Ajustamento de Conduta, firmado junto ao Ministério Público, responsável para fazer essas investigações, para que os indiciados sejam obrigados a assistir cursos e palestras que contribua com a reflexão sobre as dinâmicas do racismo no Brasil. Essas medidas são necessárias e importantes, pois sabemos que o sistema criminal não consegue desconstruir o imaginário racista.

## **Considerações finais**

O corpo de mulheres negras é reproduzido na internet como corpos para propagandas erotizadas de produtos ou prestações de serviços, ou quando apresentadas como mulheres de cargos decisivos e elitizados, por exemplo, jornalistas, administradoras, juízas, são violentamente humilhadas, injuriadas e difamadas, nos termos tipificados pela legislação. Entende-se que todas essas situações e circunstâncias são levadas para apreciação do judiciário, diferente de casos com mulheres anônimas ou casos que são entendidos como “sutis”.

Ainda é normal e natural a exposição das mulheres negras em condição de subalternidade, a ponto de elas serem representadas em todos os setores econômicos e sociais como incapazes ou “fora de padrão”. Por causa do ra-

cismo, a imagem de mulheres negras é reproduzida em situações e condição que a inferioriza, ora pela feitura, ora pela representação de suposta sexualização exacerbada, ora pela ausência de sua presença na academia.

Esta violência é mais difícil de ser caracterizada primeiro por ser utilizada na internet, o que ainda é um meio que dificulta o rastreamento, bem como a responsabilização dos gestores das plataformas. Ao mesmo tempo, essa violência se torna tão agressiva quanto a violência física, pois atinge a pessoas do mundo todo, quase sem limitação de acesso, o que normaliza essas condições.

Os dispositivos normativos são formalmente contra o racismo, prevenindo o respeito aos direitos humanos, de modo que deve garantir programas de controle e denúncia para essas práticas racistas.

Para além disso, essa pesquisa, ainda em fase inicial, teve o objetivo de alertar para a prática de discriminação indireta online, que não é entretenimento, mas uma estratégia de reprodução do racismo. Sabemos que além dessas observações, é possível analisar que a internet quando gerida de forma inadequada também pode promover processos de despigmentação ou branqueamento da pele, muito comum em mulheres negras, que querem ter aspecto estético branco.

Franz Rousseau Deus (2018) apresenta como as mulheres negras se submetem a procedimentos de branqueamento de pele, seja como cremes ou com ácido (método caseiro), com o objetivo de atingirem o padrão estético branco.

O racismo é estrutural e não deve ser minimizado apenas porque há entretenimento de um determinado grupo, pois essas imagens servem para as instituições o utilizem para manter a estratificação social entre brancos e negros.

## Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é Racismo estrutural?** Belo horizonte: Letramento, 2018.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Estado, Direito e Análise Materialista do Racismo. In: KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto; et.al (orgs). **Para a crítica do direito:** reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. 1.ed. São Paulo: Outras expressões: Editorial Dobra, 2015, p. 747-768.

BRASIL. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial**, em 1965, tendo sido ratificado pelo Brasil, Decreto n. 65.810, 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html). Acesso em: 22 nov. 2020.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Hecci Regina Candiani. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEUS, F. Rousseau. Le phénomène contemporain de dépigmentation en Haïti: Début d'une réflexion. **La peulogie Revue de sciences sociales et humaines**

sur les peaux, v. 1, 2018.

HOOBS, Bell. **Olhares negros: raça e representação.** Tradução: Stephanie Borges. São Paulo: Elefante, 2019.

KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano.** Tradução de Jess Oliveira. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

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

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo.** São Paulo: Sulei Carneiro; Pólen, 2019 (e-book).

NACOES UNIDAS. **Objetivo para o desenvolvimento sustentável,** 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 22 nov. 2020.

SOUSA, Janara; et. Escola de APP: Programando uma nova vida. In: SOUSA, Janara, et. Al (orgs.). **Internet e direitos humanos: cenários e perspectivas.** Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Comunicação, 2019, p. 141-158. Disponível em: [https://d7b6cfac-3753-4ba7-ad35-17564b38d9fc.filesusr.com/ugd/7eccf1\\_e25ef9cc9e9a4847a40b9990bf9a5683.pdf](https://d7b6cfac-3753-4ba7-ad35-17564b38d9fc.filesusr.com/ugd/7eccf1_e25ef9cc9e9a4847a40b9990bf9a5683.pdf). Acesso em: 20 nov. 2020.

# CORONAVÍRUS: DESMASCARANDO A FIANÇA COMO INSTRUMENTO PARA PRENDER O POBRE

**Sattva Batista Goltara**

Mestre em Direitos Humanos e Direito Humanitário (Université Panthéon-Assas – Paris II), Defensora Pública do Estado do Espírito Santo (Brasil)

**Valdir Vieira Júnior**

Defensor Público do Estado do Espírito Santo (Brasil)

## **Resumo:**

No contexto da pandemia, a pesquisa teve por objeto analisar os fundamentos e efeitos da fixação de fiança para indivíduos presumidamente pobres no Estado do Espírito Santo (Brasil), e verificar, como hipótese, a de que essa medida cautelar equivale a uma incabível privação de liberdade, verdadeira prisão provisória por vias transversas, indo de encontro à dignidade da pessoa humana e à defesa da saúde pública. A relevância da temática fica evidenciada na vulnerabilidade do público atingido, pobres de todo o país que se veem privados de liberdade tão somente por não terem condições de pagar uma fiança arbitrada, sobretudo em tempos de COVID-19. Busca-se efetivar o princípio da não discriminação, através do tratamento isonômico entre ricos e pobres. Para tanto, a metodologia utilizada foi a de levar a questão ao Superior Tribunal de Justiça, impetrando-se o *habeas corpus* coletivo nº 568693, concedido para todo o país à unanimidade em outubro de 2020, vedando a medida cautelar impugnada.

**Palavras-chave:** Fiança; Prisão; *Habeas corpus* coletivo.

## **Introdução: da pandemia e do superencarceramento no Brasil e no Estado do Espírito Santo**

O Conselho Nacional de Justiça expôs a gravidade da situação da pandemia da COVID-19 no Brasil em sua Recomendação nº 62/2020<sup>1</sup>, ao reconhecer, entre outros, que: a) a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva e que um cenário de con-

<sup>1</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Resolução nº 62, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

taminação em grande escala nos sistemas prisional e socioeducativo produz impactos significativos para a segurança e a saúde pública de toda a população, extrapolando os limites internos dos estabelecimentos; b) a necessidade de estabelecer procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção e à propagação do novo coronavírus particularmente em espaços de confinamento, de modo a reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão do vírus e preservar a saúde de agentes públicos, pessoas privadas de liberdade e visitantes, evitando-se contaminações de grande escala que possam sobrecarregar o sistema público de saúde; c) o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros, características inerentes ao “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347<sup>2</sup>.

E, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, e, ainda, para proteção à saúde de pessoas que integrem o grupo de risco, recomenda a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias, e a revisão das prisões preventivas das pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade.<sup>3</sup>

---

2 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 347, Tribunal Pleno, Ministro Relator Marco Aurélio, julgado em 9 de setembro de 2015, publicado em 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>.

3 Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; [...] III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias. [...] Art. 8º Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia. § 1º Nos casos previstos no *caput*, recomenda-se que: I – o controle da prisão seja realizado por meio da análise do auto de prisão em flagrante, proferindo-se decisão para: a) relaxar a prisão ilegal; b) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, considerando como fundamento extrínseco, inclusive, a necessidade de controle dos fatores de propagação da pandemia e proteção à saúde de pessoas que integrem o grupo de risco; ou c) excepcionalmente, converter a prisão em flagrante em preventiva, em se tratando de crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, desde que presentes, no caso concreto, os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e que as circunstâncias do

Aliás, a Recomendação traduz e reforça a previsão legal de que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, incumbindo ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinar o limite máximo de capacidade, atendendo a sua natureza e peculiaridades<sup>4</sup>. Nesse sentido, a fim de evitar a sucumbência dos direitos da pessoa humana segredada em situação de superlotação, a Resolução nº 5 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de 25 de novembro de 2016, com base em um precedente do ano de 2011 da Suprema Corte Americana, estabeleceu como corte o limite de lotação em 100% para os presídios femininos e 137,5% para os presídios masculinos, *numerus clausus*.<sup>5</sup>

Convém mencionar que o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de *Habeas corpus* coletivo nº 143988/ES para adequação do número de adolescentes internados para cumprimento de medida socioeducativa no Estado do Espírito Santo a 119% da capacidade da unidade, medida estendida para outros estados da federação, o que reforça a necessidade de medida semelhante também para adultos<sup>6</sup>.

Destaca-se, ademais, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 580252/MS, em 16 de fevereiro de 2017, reconhecendo a responsabilidade do Estado por danos decorrentes da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, considerando que é seu dever manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico.<sup>7</sup>

Há muito, tanto o Relator Especial das Nações Unidas sobre tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanas e degradantes, sobre missão no Brasil (Relatório de 29 de janeiro de 2016)<sup>8</sup> quanto o Conselho

---

fato indiquem a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

4 BRASIL, Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), art. 85. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm).

5 BRASIL, Ministério da Justiça e Cidadania, Conselho Nacional de Política Criminal, Resolução nº 5, de 25 de novembro de 2016, publicado no Diário Oficial da União em 29 de novembro de 2016. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22077781/do1-2016-11-29-resolucao-n-5-de-25-novembro-de-2016-22077636](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22077781/do1-2016-11-29-resolucao-n-5-de-25-novembro-de-2016-22077636).

6 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 143988/ES, Segunda Turma, Ministro Relator Edson Fachin, julgado em 24 de agosto de 2020, publicado em 4 de setembro de 2020. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur430955/false>.

7 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE nº 580252/MS, Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes, julgado em 16 de fevereiro de 2017, publicado em 11 de setembro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373162/false>.

8 NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral, Conselho de Direitos Humanos, A/HCR/31/57/Add.6, de 3 de março de 2016, Relatório do Relator Especial sobre Tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanas e degradantes em sua missão no Brasil. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/041/70/PDF/G1604170.pdf?OpenElement>. 149. With regard to conditions of detention, the Special Rapporteur recommends that the Government: (a) Take immediate measures to eliminate overcrowding and implement full observance of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules) and the minimum standards for living space required for each inmate (see European Committee for the Preven-

Nacional de Política Criminal e Penitenciária e da Ouvidoria Nacional dos Serviços Penais, em seus relatórios de visita de inspeção em estabelecimentos penais do Estado do Espírito Santo, já recomendavam fortemente a adoção de estratégias para conter a superpopulação carcerária.

O Espírito Santo possui hoje taxa de aprisionamento 60% acima da média nacional: são 567 pessoas presas por grupo de cem mil habitantes no Estado<sup>9</sup>, ao passo que a média nacional é de 354 pessoas por grupo de cem mil habitantes<sup>10</sup>. Se fosse um país, o Espírito Santo ocuparia a segunda posição no cenário mundial de encarceramento, só perdendo para os Estados Unidos da América (639 presos/100000 habitantes), superando El Salvador e Turcomenistão, que vêm logo em seguida na lista<sup>11</sup>.

Nesse contexto, a fiança é utilizada como subterfúgio para manter no cárcere grande parte da população jovem, periférica e negra da nossa sociedade, parcela que já é a que mais sofre pela falta de serviços estatais como educação, saúde e segurança. Prisões que sequer deveriam ocorrer ou que deveriam resumir-se em detenções para registro de ocorrência transmudam-se em alongadas permanências no sistema prisional.

Em nosso sentir, a crise econômica que acompanharia essa passagem da pandemia pelo Brasil tornaria ainda mais grave a situação dessas pessoas, oportunidade de mensurar a (in)efetividade das instituições de justiça na proteção desse grupo vulnerável.

## **Do *habeas corpus* coletivo em favor das pessoas presas pelo não pagamento de fiança**

O HC 568693/ES foi ajuizado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo em 24 de março de 2020, início e chegada ao Brasil da pandemia mundial de infecção humana pelo novo coronavírus, diante de um

---

tion of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Basic Minimum Standards for Personal Living Space in Prison Establishments (2015); [...]

9 22694 presos no sistema prisional + 359 prisões domiciliares = 23053 presos em 31 de outubro de 2020; população estimada de 4064052 habitantes no Estado do Espírito Santo. ESPÍRITO SANTO, Secretaria de Estado da Justiça, INFOPEN/ES, Levantamento Estadual de Informações Jurídico-prisionais, Outubro/2020. Disponível em: <http://sistemasnovos.sejus.es.gov.br/infopen-es/IndicadoresPrisionais.aspx>. BRASIL, Instituto Nacional de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/es/.html?>.

10 População carcerária estimada do Brasil em 30 de junho de 2019: 752277 presos; população estimada do Brasil em 21 de novembro de 2020: 212338796 habitantes. BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, junho/2019. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. BRASIL, Instituto Nacional de Geografia e Estatística (IBGE), Cidades e Estados, ES. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>.

11 WORLD PRISON BRIEF, Highest to Lowest – Prison Population Rate. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison\\_population\\_rate?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All).

cenário de superencarceramento massivo de pobres, o qual já era observado pela Defensoria Pública e que pouco mudou. A pandemia veio escancarar que a fiança vem sendo utilizada como mecanismo para manter pobres presos, quando não há previsão legal para tanto.

De fato, diante da pandemia, os magistrados do Estado do Espírito Santo em nada mudaram sua postura, ou seja, continuaram a arbitrar e manter fianças como condição à colocação do indivíduo em liberdade em quantidade e patamares equivalentes aos já praticados anteriormente, mesmo após a Resolução nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que, muito embora tenha se olvidado desse grupo de vulneráveis em particular, previu a excepcionalidade da prisão no período.

Os presos nessa situação foram rastreados e os casos em que havia sido fixada a fiança como condição à colocação em liberdade já durante a pandemia foram individualmente questionados no Tribunal de Justiça local, e diante da inefetividade das medidas judiciais apresentadas no âmbito estadual, apesar do risco de que os novos presos pudessem ser contaminados dentro do sistema prisional superlotado e levar a doença para fora – quando eventualmente alguém pudesse pagar pela sua liberdade – ou do risco de que novos presos contaminados pudessem levar o coronavírus para dentro de um sistema insalubre e sem plano de contingência, a estratégia foi a de levar a questão de forma coletiva ao Superior Tribunal de Justiça, impetrando-se o *habeas corpus* nº 568693.

Como resultado, o deferimento, em 27 de março de 2020, de medida liminar pela soltura de todos os presos nessa condição, e, em 1º de abril de 2020, a extensão dos efeitos da decisão para todo o Brasil.

Poucos dias após a extensão da medida liminar deferida ao Espírito Santo para todas as unidades federativas e Tribunais do Brasil, em 13 de abril de 2020, segundo informações obtidas junto à consultoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>12</sup>, havia no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) o registro de 1152 pessoas presas pelo fato de não reunirem condições de pagar a fiança que lhes fora arbitrada. Algumas já presas por mais de um ano. Desse total, 470 eram oriundas do nosso estado, Estado do Espírito Santo. Mais de 40% das prisões cadastradas no sistema sob essa rubrica.

É relevante observar que, apesar de obrigados por lei<sup>13</sup> ao registro do

---

12 Até a presente data, contudo, não há no sistema a possibilidade de solicitação de acesso como usuário externo pertencente ao órgão “Defensoria Pública”. Assim, os defensores públicos apenas têm acesso à consulta pública do sistema, ou, em outros termos, aos mandados de prisão em aberto e públicos, e, assim, não dispõem, ainda, de meios para consultar mandados de prisão cumpridos, incluídos os mandados expedidos quando concedida a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança.

13 BRASIL, Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm).

mandado de prisão<sup>14</sup> no BNMP 2.0, apenas 18 dos 27 Tribunais estaduais registravam seus dados junto ao sistema, não sendo desarrazoado estimar que existem ainda muitas outras pessoas desafortunadas esquecidas em centros de detenção provisória, pois não é incomum que esses processos tramitem com a informação de se tratar de réu solto, pois a decisão judicial que lhes foi direcionada é intitulada “liberdade provisória”, contudo, condicionada ao pagamento de fiança.

Outro ponto de destaque são as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça no processo e que denotam o descontrole com que o instituto da fiança é utilizado no Estado do Espírito Santo.<sup>15</sup> Para tanto, o Tribunal oficial ao Secretário de Estado da Justiça para que ele informasse, em 72h, “a relação de internos do sistema prisional que possuem fiança arbitrada em seu favor e que ainda estejam privados de liberdade.” Ou seja, o Tribunal confessa desconhecer as suas próprias decisões e não se preocupa em manter um banco de dados atualizado com informações sobre quem está preso por conta de eventual fiança não paga.

As informações prestadas pelo juízo da 7ª Vara Criminal de Vila Velha – Comarca da Capital também causam perplexidade<sup>16</sup>, pois, mesmo com o conhecimento da liminar proferida no HC nº 568693, manteve por quase 30 dias na prisão um autuado por tentativa de furto cuja fiança foi arbitrada em 1000 reais.

Infelizmente, esses casos se repetem constantemente no Espírito Santo. O quadro fático é negativamente surpreendente, pois, no período posterior a 27 de março, contamos, dentre as prisões registradas até 31 de agosto, 67 fianças arbitradas pelo juízo regional da audiência de custódia da Comarca de Colatina, 46 fianças arbitradas pelo juízo regional de São Mateus, e, ainda, 7 fianças arbitradas pelo juízo regional da custódia da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim.

Portanto, são 129 descumprimentos da liminar, por 33 diferentes juízes. Ou seja, quase 1/8 do total de magistrados do Espírito Santo<sup>17</sup> descumpriram a liminar deferida no processo. Isso levando-se em conta apenas as decisões proferidas por juízes de audiências de custódia, fora as 13 comarcas no estado

---

14 Regulamentado inicialmente pela Resolução nº 137 do Conselho Nacional de Justiça, de 13 de julho de 2011, já previa o registro das liberdades provisórias mediante o pagamento de fiança (art. 3º, XIII). O BNMP 2.0, instituído e regulamentado pela Resolução nº 251 do Conselho Nacional de Justiça, de 4 de setembro de 2018, possui categoria especialmente destinada ao cadastro dos mandados para as liberdades provisórias concedidas mediante o pagamento de fiança, qual seja, a “Espécie de Prisão: Prisão aguardando pagamento de fiança” (Anexo, II, 8).

15 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 568693, f. 342.

16 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 568693, f. 585.

17 252 juízes de direito + 17 juízes substitutos = 269 magistrados. ESPÍRITO SANTO, Poder Judiciário, Portal da Transparência, Anexo V – Membros e agentes públicos – Referência: 10/2020. Disponível em: [http://www.tjes.jus.br/wp-content/uploads/ANEXO\\_V\\_PDF\\_CNJ\\_102020.pdf](http://www.tjes.jus.br/wp-content/uploads/ANEXO_V_PDF_CNJ_102020.pdf).

que não contam com essa garantia<sup>18</sup> derivada do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>19</sup> e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>20</sup>, tornando bastante difícil encontrar os dados e até mesmo essas pessoas no sistema prisional.

A partir de uma análise individualizada de cada um dos casos apontados, observou-se que, do total, cerca de 60% dos afofanados não recolheram o valor e foram mantidos presos por tempo considerável. Um exemplo é o caso de uma pessoa em situação de rua (informação que constava do auto de prisão e era de conhecimento do juízo) da cidade de Montanha, interior do estado, e que permaneceu preso de 26 de maio até 15 de julho, pelo não pagamento de uma fiança de 2000 reais (Processo nº 0000353-44.2020.8.08.0033). Outro caso mais recente e igualmente alarmante é o de uma pessoa presa de 29 de julho a 9 de novembro de 2020, ou seja, 101 dias, pelo não recolhimento de uma fiança arbitrada em 1000 reais. Furto simples (Processo nº 0000572-14.2020.8.08.0015).

Muitos casos semelhantes foram encontrados, e diversos descumprimentos da medida liminar apenas foram sanados após a comunicação ao Superior Tribunal de Justiça ou a impetração de novo *habeas corpus* individual perante o Tribunal de Justiça.<sup>21</sup>

A preocupação da Defensoria Pública pela concessão definitiva da ordem, a fim de que outras medidas cautelares sejam utilizadas em substituição à fiança, como meio efetivo de realização de direitos fundamentais e proteção à saúde e vida de todos, tornou-se ainda maior com a divulgação de inquérito sorológico realizado pela Secretaria de Estado da Justiça no sistema prisional estadual<sup>22</sup>, com a estimativa de que mais de 1/3 da população prisional já foi

18 Mesmo com a previsão legal da audiência de custódia no Código de Processo Penal com a entrada em vigor da Lei nº 13964/2019, não há calendário para a universalização territorial das audiências de custódia no Estado do Espírito Santo. A última expansão das audiências de custódia se deu em 17 de dezembro de 2019, e 13 Comarcas ainda não contam com audiências de custódia.

19 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, e internalizado no ordenamento jurídico nacional por intermédio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Artigo 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

20 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, internalizada no ordenamento jurídico nacional por intermédio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Artigo 7. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

21 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 568693, f. 354-356, 407-408, 417, 615-625, 708-709, 906-914, 918-925.

22 ESPÍRITO SANTO, Secretaria de Estado da Justiça, Informações sobre o inquérito sorológico disponíveis em: <https://sejus.es.gov.br/Not%C3%ADcia/governo-divulga-re>

infectada pelo novo coronavírus.

Enfim, em 14 de outubro de 2020, a ordem foi concedida para todo o país à unanimidade pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que reúne todos os ministros com competência em matéria criminal, evitando-se a fixação da fiança como medida cautelar para a colocação do indivíduo em liberdade provisória durante a pandemia.

## **Das múltiplas violações aos direitos humanos decorrentes da manutenção de uma pessoa presa pelo não pagamento de fiança**

Do princípio da presunção de inocência, consagrado no direito internacional nos sistemas universal e regionais de proteção aos direitos humanos, resulta que a prisão deve ser medida de exceção para processados e, mais ainda, para investigados.<sup>23</sup>

A prisão como *ultima ratio* encontra previsão ainda nas Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade)<sup>24</sup>, e mais especificamente para as mulheres<sup>25</sup>, nas Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras)<sup>25</sup>, am-

---

sultado-da-1a-etapa-do-inquerito-epidemiologico-no-sistema-prisional.

23 Em particular, para o Brasil, no PIDCP, artigo 9.3. [...] A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença; e artigo 14.2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa; e na CADH, artigo 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

24 NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral, A/RES/45/110, de 14 de dezembro de 1990, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio). Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/105347>. 1.5. Nos seus sistemas jurídicos respectivos, os Estados membros esforçam-se por introduzir medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções a fim de reduzir o recurso às penas de prisão e racionalizar as políticas de justiça penal, tendo em consideração o respeito dos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reinserção dos delinquentes. (grifos nossos) 6. A prisão preventiva como medida de **último** recurso. 6.1. A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, tendo devidamente em conta o inquérito sobre a presumível infração e a proteção da sociedade e da vítima. 6.2. As medidas substitutivas da prisão preventiva são utilizadas sempre que possível. A prisão preventiva não deve durar mais do que o necessário para atingir os objetivos enunciados na regra 6.1. e deve ser administrada com humanidade e respeitando a dignidade da pessoa.

25 NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral, A/RES/65/229, de 21 de dezembro de 2010, Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok). Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/702724?ln=en>. A Assembleia Geral, [...] considerando as alternativas ao encarceramento previstas nas Regras de Tóquio e levando em consideração as especificidades de gênero das mulheres e a consequente necessidade de priorizar a aplicação de medidas não privativas de liberdade àquelas que entraram em contato com o sistema de justiça criminal, [...] 5. Incentiva os Estados membros a adotar legislação para estabelecer alternativas à prisão e a priorizar o financiamento de tais sistemas, assim

bas adotadas à unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o que lhes confere enorme legitimidade como *soft law* e orientações a serem seguidas em âmbito internacional.

Se a prisão é exceção, o que dizer da privação de liberdade para uma decisão de “liberdade provisória” condicionada ao pagamento da fiança? Sem dúvida, deve ser ainda mais excepcional, e não encontra justificativa se o pagamento é impossível de se efetuar, situação da pessoa pobre.

Assim, a manutenção da pessoa presa pelo não pagamento de fiança, para além da violação ao direito à liberdade do investigado, pode constituir discriminação em função da “posição econômica”, no caso, a pobreza<sup>26</sup>, o que encontra vedação a nível internacional.

Aqueles com melhores condições financeiras pagam a fiança arbitrada na esfera policial e sequer entram no sistema prisional, ou pagam a fiança assim que arbitrada em juízo. Entre os que permaneceram presos pós liminar no HC nº 568693, a média de tempo de prisão nas decisões de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança foi de pouco mais de 1 (uma) semana, mas essa média apresenta valores discrepantes entre os menos pobres, aqueles que conseguiram de algum modo pagar a fiança (menos de 3 dias), e os mais pobres, aqueles que não tiveram condições de pagá-la (mais de 10 dias). A média do valor das fianças não pagas é de cerca de 2500 reais, havendo quem não dispusesse de 300 reais para “comprar” a sua liberdade.

Por outro lado, o tema ganha especial magnitude diante da pandemia do coronavírus. Com efeito, não é só a legalidade da manutenção da prisão de uma pessoa por ser ela pobre que está em questão, é a manutenção da prisão de uma pessoa por ser ela pobre em um contexto em que o contato – ainda que breve – com pessoas contaminadas pelo coronavírus é suficiente para o contágio e risco à sua vida, à sua integridade física ou à sua saúde por período ainda indeterminado (vide casos de pessoas com sequelas até a presente data).

Assim, manter presa uma pessoa por ela ser pobre e não poder pagar a fiança arbitrada significa atentar em variados aspectos contra direitos de diver-

---

como do desenvolvimento dos mecanismos necessários para sua implementação; [...] III. Medidas não restritivas de liberdade Regra 57. As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado. Regra 58. Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

26 Para uma análise aprofundada e objetiva da pobreza como fator de discriminação em função da “posição econômica” a nível internacional, ver o voto fundamentado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no julgamento da CorteIDH, Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf).

sof sujeitos: a) a própria pessoa presa, pois, ao se ver obrigada a ingressar em um sistema prisional onde as taxas de incidência da doença são muito maiores que na sociedade em geral, sem o necessário isolamento, corre o risco de contaminar-se tão somente por não ter como arcar com a fiança arbitrada; b) os demais presos e funcionários, pois, ao serem obrigados a conviver com uma pessoa que não se sabe se está ou não contaminada, correm o risco de contaminar-se tão somente por já estarem preso (“pena” que vai muito além do suposto delito praticado) ou trabalharem no local; c) os familiares da pessoa presa, pois, sem condições financeiras de evitar a prisão do familiar pagando a fiança, e vivendo muitas vezes em espaços reduzidos e em número razoável de pessoas, ao serem obrigados a ter contato com a pessoa presa após sua saída do estabelecimento prisional, correm o risco de contaminarem-se tão somente por não terem como evitar o contato com o familiar que acabou de deixar o sistema prisional.

Não é proporcional admitir o aumento do risco de contágio pelo coronavírus ao submeter ao ambiente prisional as pessoas sem condições de pagar uma fiança, postura que vai totalmente de encontro ao dever assumido internacionalmente pelo Brasil (no sistema universal<sup>27</sup> e no sistema regional<sup>28</sup>) de prevenir, tratar e controlar as doenças epidêmicas, a fim de garantir o direito de todas as pessoas ao direito humano à saúde, entendido como o gozo do mais alto nível de bemestar físico, mental e social que se possa atingir.

---

27 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992 e internalizado no ordenamento jurídico nacional por intermédio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Artigo 12º 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. 2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o são desenvolvimento da criança; b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; c) A profilaxia, tratamento e controle das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.

28 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em vigor, para o Brasil, em 16 de novembro de 1999 e internalizado no ordenamento jurídico nacional por intermédio do Decreto nº 3321, de 30 de dezembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Artigo 10. Direito à saúde. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bemestar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Não se pode olvidar a atenção especial que deve se dar à saúde da população encarcerada conforme parâmetros das Regras de Mandela<sup>29</sup>, e mais ainda nesse momento, dado que o ambiente prisional, pouco ventilado e sem condições adequadas de higiene, é muito propício à disseminação do coronavírus.

## Conclusão

Levar a causa ao Superior Tribunal de Justiça mostrou-se a estratégia de litigância acertada, dada a repercussão e a relevância que se projetaram sobre o tema em todos os meios de comunicação.

O Superior Tribunal de Justiça colocou o julgamento em destaque em sua página institucional desde o deferimento da liminar para o Estado do Espírito Santo, sua extensão para o resto do país, o julgamento pela concessão da ordem, promovendo vídeos explicativos a respeito do processo, podcasts e, mais recentemente, incluindo a tese jurisprudencial em seu Informativo nº 681, publicado em 20 de novembro de 2020<sup>30</sup>.

Quanto à forma, o processo foi importante instrumento de consolidação do cabimento do *habeas corpus* coletivo, ao se buscar tutelar o direito a liberdade da coletividade de pessoas presas tão somente pelo fato de não pagarem a fiança que lhes foi arbitrada, tratando-se de grupo perfeitamente determinável de pessoas e cuja concessão da ordem não dependia de nenhum outro fator que a falta de condições econômicas para a sua colocação em liberdade, como reconhece o próprio ministro relator. A Ministra Laurita Vaz, nos debates do julgamento colegiado, pontuou que não é uma defensora do HC coletivo, mas que não podia deixar de conhecê-lo diante da plausibilidade do pedido, em que todos os requisitos para a liberdade estão preenchidos.

Quanto ao mérito, conclama-se ao uso racional do instituto da fiança. Na ocasião, o ministro Schietti, autor de consagrada obra sobre a “prisão cautelar”, fez questão de frisar a importância da decisão para “colocar a fiança em seus devidos trilhos”. De fato, eventual valor econômico que se entenda necessário para garantia de algum ato do processo pode ser obtido por intermédio de outros instrumentos jurídicos, como as medidas assecuratórias de arresto, sequestro, hipoteca etc.

Mais além, instiga-se a repensar o instituto para depois da pandemia, podendo-se questionar, inclusive, a legalidade da utilização da fiança nos dias atuais. Do mesmo modo que o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não elencam o pagamento da fiança como uma possível condicionante para a soltura<sup>31</sup>, a Cons-

29 NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral, A/RES/70/175, de 17 de dezembro de 2015, Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos (Regras de Mandela). Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/816764?ln=en>.

30 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Informativo nº 681, disponível em <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

31 PIDCP, artigo 9.3. [...] a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o

tuição Federal brasileira também dispõe que, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança – o que é exatamente o caso – ninguém será levado à prisão ou nela mantido (art. 5º, LXVI).

Com efeito, considerando que já foi reconhecida a ausência de cautelariade para a prisão, pode ser conferida à fiança o mesmo tratamento destinado às demais medidas cautelares: o seu cumprimento em liberdade, viabilizando que, em prazo a ser fixado pela autoridade judicial, o réu possa realizar o pagamento. Descumprida a cautelar da fiança, o juiz poderá, nos termos do artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal, substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva<sup>32</sup>.

Assim, esperamos que o HC nº 568693 e o presente artigo sirvam como provocação e inspiração para maiores reflexões acerca da atual legalidade e necessidade do uso da fiança como contracautela, e que seu uso seja cada vez mais reduzido até ser finalmente abolido no caso de pessoas reconhecidamente pobres ou assistidas pela Defensoria Pública, a quem devem ser garantidos os seus direitos humanos em sua interseccionalidade.

Todavia, se a ordem concedida no HC nº 568693 é grande vitória no papel, a realidade exige o permanente acompanhamento e fiscalização das novas decisões proferidas. Com efeito, mesmo após a concessão da ordem, de ampla divulgação em âmbito nacional, ainda é possível encontrar decisões em sentido contrário no Estado do Espírito Santo (vide, por exemplo, processo nº 0000904-78.2020.8.08.0015). Os descalços continuam sendo mordidos pela serpente da justiça.<sup>33</sup>

Urge, portanto, a adoção de banco de dados unificado em âmbito nacional para facilitar o monitoramento da relação de pessoas presas e as razões da privação de sua liberdade. Enquanto isso, continuar procurando e tirando as agulhas (pobres com liberdade provisória condicionada ao pagamento da fiança) do palheiro (sistema prisional).

## Referências

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Resolução nº 62, 2020.

BRASIL, Decreto nº 591, 1992.

BRASIL, Decreto nº 592, 1992.

BRASIL, Decreto nº 678, 1992.

BRASIL, Decreto nº 3321, 1999.

---

comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença; CADH, artigo 7.5 [...] Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

32 Nesse sentido, é a Tese nº 92 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tese-2013-defensoria-fianca.pdf>.

33 “A justiça é como as serpentes, só morde os descalços.” (Óscar Arnulfo Romero Galdánez, arcebispo de San Salvador), preâmbulo da petição inicial do HC nº 568693/ES.

BRASIL, Decreto-lei nº 3689, 1941.

BRASIL, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Núcleo de Situação Carcerária, Tese nº 92, 2013.

BRASIL, Lei nº 7210, 1984.

BRASIL, Instituto Nacional de Geografia e Estatística (IBGE), Cidades e Estados, ES.

BRASIL, Ministério da Justiça e Cidadania, Conselho Nacional de Política Criminal, Resolução nº 5, de 25 de novembro de 2016, publicado no Diário Oficial da União em 29 de novembro de 2016.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, junho/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 568693, Terceira Seção, Ministro Relator Sebastião Reis, julgado em 14 de outubro de 2020, publicado em 16 de outubro de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Informativo nº 681, 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 347, Tribunal Pleno, Ministro Relator Marco Aurélio, julgado em 9 de setembro de 2015, publicado em 19 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 143988/ES, Segunda Turma, Ministro Relator Edson Fachin, julgado em 24 de agosto de 2020, publicado em 4 de setembro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE nº 580252/MS, Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes, julgado em 16 de fevereiro de 2017, publicado em 11 de setembro de 2017.

CorteIDH, Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, 2016.

ESPÍRITO SANTO, Poder Judiciário, Portal da Transparência, Anexo V – Membros e agentes públicos – Referência: 10/2020.

ESPÍRITO SANTO, Secretaria de Estado da Justiça, INFOPEN/ES, Levantamento Estadual de Informações Jurídico-prisionais, Outubro/2020.

ESPÍRITO SANTO, Secretaria de Estado da Justiça, Informações sobre o inquérito sorológico no sistema prisional, 2020.

NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral, Conselho de Direitos Humanos, A/HCR/31/57/Add.6, 2016.

NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral, A/RES/45/110, 1990.

NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral, A/RES/65/229, 2010.

NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral, A/RES/70/175, 2015.

WORLD PRISION BRIEF, Highest to Lowest – Prison Population Rate, 2020.

# O DUPLO ABANDONO VIVENCIADO PELAS MULHERES ENCARCERADAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

**Julia de Albuquerque Barreto**

Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Mulher, Sociedade e Direitos Humanos da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada em Direito

**Juliana Santos Garcia**

Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Mulher, Sociedade e Direitos Humanos da Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

A presente pesquisa acadêmica teve como objetivo analisar os abandonos sofridos pelas mulheres brasileiras encarceradas durante a pandemia causada pela Covid-19. A dificuldade ao acesso à saúde, a questão das visitas de amigos e familiares, a carência referente à produtos de higiene que mantém a mínima dignidade de vida, bem como à maternidade vivenciada na prisão são exemplos de abandonos vivenciados pelas mulheres presas brasileiras antes deste ano pandêmico, mas que foram agravados nesta crise sanitária. No Brasil, com a justificativa de evitar a contaminação de milhares de pessoas, diversos Estados e municípios, incluindo São Paulo – a maior cidade da América Latina - suspenderam as visitas externas aos presos e presas desde abril de 2020, fato este que motivou o presente trabalho. O estudo da realidade atual nos presídios femininos pretendeu analisar “se” e “como” esta ausência de visitas – e demais abandonos - implica diretamente na violação dos direitos humanos. A pesquisa aqui apresentada se fez sob a ótica feminina, haja vista que a delimitação “gênero” lança luzes sob uma população ainda mais invisível e atinge reflexões peculiares do universo feminino.

**Palavras-chave:** Mulheres; Abandono; Prisão; Pandemia; Covid-19.

## **Introdução**

Segundo dados divulgados em 08 de março de 2020, pelo canal jornalís-

tico Plural, sobre o sistema prisional feminino do Estado do Paraná, apenas 20% das mulheres presas recebem visitas. Implica dizer que o abandono atinge 80% das detentas paranaenses, que são tipicamente esquecidas por companheiros e familiares<sup>1</sup>. No entanto, esta não é a realidade apenas desse Estado, pelo contrário. O cenário é similar nas demais regiões do país. Neste sentido e, parafraseando o autor Drauzio Varella, médico voluntário na Penitenciária Feminina da Capital em São Paulo: “*de todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as detentas*”<sup>2</sup>.

Sandra Cruz, uma das diretoras da Associação Elas Existem – Mulheres Encarceradas, que atua na promoção de direitos no cárcere, afirma que o número de visitas nos presídios femininos é menor em comparação ao masculino, pois são as mulheres que cuidam<sup>3</sup>. E por sua vez, quando são elas que estão no sistema, acabam sendo abandonadas. Além disso, a questão é agravada quando as visitas não conseguem acessar a penitenciária, gerando um ciclo de desgaste emocional, tanto para as mulheres encarceradas quanto para as suas famílias.

Contudo, no dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde reconheceu o cenário de Emergência de Saúde Pública de importância internacional em decorrência do novo Coronavírus (Covid-19) e, em 11 de março do mesmo ano, caracterizou o quadro de contágio como pandemia mundial<sup>4</sup>. Desde então, já foram registrados mais de 3.997.865 casos de contaminação e 123.780 óbitos em decorrência da Covid-19, em todo o país<sup>5</sup>. Por tais razões, diversas medidas foram recomendadas pelas autoridades responsáveis, sendo o isolamento social, a não aglomeração de pessoas, o contato físico e a higienização constante das mãos, as principais delas.

A fim de controlar a disseminação dentro dos presídios, diversos Estados brasileiros decretaram medidas extremas de suspensão de visitas, saídas temporárias, entregas de doações, entre outras. O Estado de São Paulo, por exemplo, através da Resolução nº 60 editada pela SAP – Secretaria da Administração Penitenciária –, no dia 29 de abril de 2020, determinou a suspensão das visitas aos presos paulistas, inicialmente por 30 dias<sup>6</sup>.

Em paralelo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº

1 PLURAL. Disponível em: <<https://www.plural.jor.br/noticias/vizinhanca/apenas-20-das-mulheres-presas-recebem-visitas/>>; acesso em: 25 de novembro de 2020.

2 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiros**. 1ª ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 38.

3 FERREIRA, Lola. **Com a escassez das visitas e a interrupção de projetos sociais, o impacto na saúde das presas será enorme**. Disponível em: < <http://www.generonumero.media/entrevista-visitas-mulheres-carcere-coronavirus/>>; acesso em: 25 de novembro de 2020.

4 OPAS BRASIL. **OMS Declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus**. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812)>; acesso em: 25 de novembro de 2020.

5 Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>; acesso em: 02 de setembro de 2020.

6 Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/noticias/resolucao.html#top>>; acesso em: 25 de novembro de 2020.

62/2020<sup>7</sup>, que prescreve expressamente aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, sobretudo em relação aos presos integrantes do grupo de risco da Covid-19, como as grávidas, puérperas e lactantes.

## Desenvolvimento

O tema do aprisionamento feminino tem sido cada vez mais pesquisado e evidenciado no Brasil e no mundo. Especialmente nos países que investiram, a partir dos anos 1990, em uma política punitivista de guerra às drogas ilícitas, houve um aumento considerável do encarceramento de homens e mulheres, fenômeno chamado “encarceramento em massa”<sup>8</sup>. No Brasil, a partir dos anos 2000, houve um crescimento vertiginoso do número de mulheres aprisionadas, ampliando o interesse midiático e a preocupação de acadêmicas e militantes para o fenômeno.

Segundo os dados do último INFOPEN publicados em 2019<sup>9</sup> há hoje aproximadamente 750.000 pessoas presas no Brasil, sendo, destes, perto de 37.000 mulheres. Apesar de serem minorias no sistema (5% do total de presos), entre 2000 e 2019 houve um aumento de 674% do número de mulheres presas, o que se deveu, principalmente, ao aprisionamento por questões relacionadas às drogas. Atualmente 50,9% da população prisional feminina está na prisão por crimes de drogas. Já os crimes patrimoniais são os que, em segundo lugar, mais aprisionam mulheres, já que 26,5% do número total de presas são acusadas ou condenadas por furto ou roubo<sup>10</sup>.

A quantidade de mulheres presas por questões relacionadas às drogas já foi amplamente trabalhada na literatura sobre encarceramento feminino, estando ligada, principalmente, ao fato de o Judiciário lidar com drogas com extremo rigor punitivo, independentemente da quantidade traficada e das circunstâncias do crime, interpretando a Lei n. 11.343/2006 de maneira subjetiva, seletiva e, portanto, desigual, é um importante elemento no en-

7 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>; acesso em: 02 de setembro de 2020.

8 Sobre o tema ver a obra “O que é encarceramento em massa”, de Juliana Borges. A autora reflete sobre a política de encarceramento em massa em uma perspectiva interseccional e histórica, mostrando a imbricação entre esta política e o racismo que estrutura as sociedades que vivenciaram a escravidão negra. BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

9 BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias dezembro de 2019**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJoiZlRkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6Ii0mViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

10 Há, atualmente, duas fontes disponíveis de dados sobre o Sistema Prisional Brasileiro. Segundo dados do CNJ, são hoje 858.778 pessoas presas no Brasil, das quais 44.957 são mulheres. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>; acesso em: 20 de outubro de 2020.

carceramento em massa de pessoas enquadradas como traficantes, o que afeta diretamente as mulheres.

Tal encarceramento em massa de mulheres gera consequências práticas que merecem atenção. Dentre elas, o excesso de presas sem condenação (37,67% do total aguardavam julgamento no ano de 2017); a superlotação prisional (no ano de 2017, havia um déficit de 5.991 vagas); deficiências de assistência à saúde (24,9% das presas, no ano de 2017, estavam custodiadas em unidades que não contavam com estrutura de saúde de acordo com as normas nacionais; segundo o INFOPEN mulheres, havia, em 2016, 32 ginecologistas em atividade em todo o sistema prisional brasileiro)<sup>11</sup>; o aumento do risco de contágio de doenças infectocontagiosas como sífilis, tuberculose e hepatite; a realização de trabalhos com baixa remuneração. Sem contar que grande parte da população prisional feminina é jovem – 47,33% das presas tinham entre 18 e 29 anos no ano de 2017 – que está, portanto, em idade reprodutiva e de inserção no mercado de trabalho. Salta os olhos, ainda, o fato de aproximadamente 74% delas serem mães<sup>12</sup>.

A maternidade na prisão é um tema crucial quando se pensa aprisionamento feminino e abandono. Grande parte dessas mulheres é mãe, e a prisão acaba por gerar consequências graves, como a perda do poder familiar sobre os filhos, a destinação das crianças para abrigos (em casos de ausência de família expandida), o rompimento de laços de afeto e convivência familiar, a sobrecarga de trabalho para outras mulheres que passam a cuidar dos filhos de suas filhas, irmãs, sobrinhas, netas ou noras presas. Considerando o papel de cuidado da prole socialmente designado às mulheres, não gera surpresa essas consequências e os seus efeitos dentro e fora das grades das prisões.

Além disso, a maioria das mulheres que dá à luz em situação carcerária entrou grávida no Sistema, vivenciando, portanto, a gestação na prisão. Desse modo, a gestação em situação de cárcere é outra questão relevante quando em pauta o aprisionamento de mulheres.

Soma-se a isto, o fato de que as unidades prisionais femininas no Brasil são caracterizadas por ambientes insalubres e inadequadas por diversas razões, principalmente pela ausência de estrutura para acolhimento de presas gestan-

---

11 Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf), acesso em: 18/04/2020.

12 É importante pontuar que dados específicos sobre as mulheres encarceradas no Brasil foram levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, somente até o ano de 2017. A partir de 2018, são fornecidos dados gerais que distinguem, apenas, o número de presos por gênero. Dessa forma, para falarmos das especificidades do aprisionamento feminino, utilizamos os dados disponíveis no Infopen Mulheres de junho 2017. (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Projeto BRA 34/2018: produto 5º relatório temático sobre as mulheres privadas de liberdade, considerando dados do produto 01, 02, 03 e 04.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em 20 de outubro de 2020).

tes e lactantes, tampouco para os recém-nascidos, não possuindo as mínimas condições para acompanhamento médico pré, peri e pós-natal, tendo em vista a falta de profissionais de saúde suficientes e com conhecimento específico para tal cuidado, fator que agrava diretamente a situação de vulnerabilidade dessas mulheres.

Não bastasse todo o gravíssimo cenário explorado até então, uma nova realidade precisa ser enfrentada pelas autoridades responsáveis, qual seja a pandemia do novo coronavírus, responsável pelo agravamento da situação de mulheres presas em todo o país, seja em decorrência de questões relacionadas a saúde física, como também em relação a saúde mental dessas mulheres.

A escrita sobre o duplo abandono, sugere que os “abandonos” vivenciados pelas presas e egressas foram potencializados e expandidos durante este cenário pandêmico. Ou seja, à estas violações que já ocorriam, descritas acima, foram somadas outras violações, ou, então, estas mesmas violações foram exacerbadas. Diversas denúncias ao setor público foram feitas desde o início da pandemia no Brasil pronunciando exemplos destes casos. Entre as mais recentes e relevantes, essa:

[em junho de 2020] 213 entidades de todo o país apresentaram à ONU (Organização das Nações Unidas) e à OEA (Organização dos Estados Americanos) uma denúncia contra a gestão da Covid-19 nos presídios brasileiros. O documento traz dados e evidências sobre violações de normas e recomendações internacionais em pelo menos seis âmbitos: falta de acesso à saúde, entraves ao desencarceramento, incommunicabilidade, problemas no registro de óbitos, rebeliões e uso de estruturas temporárias precárias para o abrigo das pessoas presas. As entidades pedem que os organismos internacionais demandem explicações ao Brasil e recomendem a adoção de medidas emergenciais para conter uma “catástrofe de proporções preocupantes”.<sup>13</sup>

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, os casos notificados de Covid-19 nas prisões brasileiras aumentaram 800% de maio a junho<sup>14</sup>. Ainda que a segurança plena de dados referentes à disseminação da COVID-19 entre mulheres presas seja pouco provável, sabe-se que a população presa brasileira é frequentemente carente de acesso digno à saúde e, durante a atual pandemia, este cenário foi agravado.

A jornalista Dandara Tinoco, em publicação de sua autoria<sup>15</sup>, discorre sobre a ocupação acima do ideal nas unidades prisionais, a deplorável condi-

13 COVID-19: Brasil é denunciado na ONU e OEA por “catástrofe” iminente nas prisões. Justiça Global, 23 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/covid-19-brasil-e-denunciado-na-onu-e-oea-por-catastrofe-iminente-nas-prisoas/>. Acesso em: 23 de nov. de 2020.

14 CNJ (2020). CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cnj-renova-recomendacao-n-62-por-mais-90-dias-e-divulga-novos-dados/>. Acesso em: 23 de nov. de 2020.

15 TINOCO, Dandara. Impactos evidentes em uma população tornada invisível: os efeitos do coronavírus na vida de mulheres presas e egressas. Nova estratégica 34. Instituto Igarapé. Julho 2020.

ção de (falta de) dignidade proveniente de poucos recursos de espaço e péssima ventilação, a facilidade de transmissão de doenças infecciosas e sobre a carência de módulos de saúde nas unidades prisionais femininas brasileiras, também já descrito neste trabalho.

A superlotação nos presídios brasileiros, citada por Dandara, é generalizada e anterior ao estado pandêmico atual. Por isso, o maior problema enfrentado durante a pandemia pela população presa e pelos gestores penitenciários é a incapacidade da aplicação do distanciamento social, medida declarada pela OMS como a mais certa – além de ser a medida mais barata – para a prevenção do novo coronavírus. E é justamente por este motivo que a presente pesquisa entende esta superlotação também como um “duplo abandono”.

Assim, os pesquisadores Alexandra Sánchez, Luciana Simas, Vilma Diuana e Bernard Larouze, discorrem na publicação “COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública?”<sup>16</sup> sobre a urgência necessária de medidas judiciais como desencarceramento, já que a superlotação pode alcançar a absurda taxa de 300% em algumas prisões. Os autores do trabalho ainda salientam os benefícios que respostas rápidas, especialmente em países de baixa renda e com altas taxas de pessoas encarceradas em condições pouco dignas.

Todavia, prosseguem os autores conduzindo à outra questão:

Entretanto, há um intenso debate sob uma falsa dicotomia: de um lado, uma concepção de segurança pública vê grande risco em liberar PPL e, do outro, destacam a percepção do risco de infecção e de morte por COVID-19 imposto às pessoas encarceradas. Alguns re-sistem, por exemplo, às medidas desencarceradoras contidas na Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que prevê a possibilidade de prisão domiciliar ou reavaliação da prisão, como medida protetiva neste período de pandemia, para pessoas acusadas de crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa.<sup>17</sup>

Outra grande questão que consolida o “duplo abandono” no cenário “COVID-19 e prisões” são as demandas frustradas das egressas brasileiras. Essas mulheres, que já encontram inúmeros desafios ao sair de uma pena privativa de liberdade em períodos sem pandemia, são – novamente – duplamente abandonadas ao enfrentarem este processo de “saída” durante um ano em que o Brasil passa por uma crise política, sanitária e econômica.

Adicionando à discussão, Dandara Tinoco afirma que a dificuldade enfrentada por pesquisadores que estudam “mulheres presas”, especificamente, é a ausência de dados delimitados nesta categoria. Os dados oficiais muito raramente observam que esta divisão entre os universos prisionais femininos

16 SÁNCHEZ, A. R., et al (2020). COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública? Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, e00083520. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1049/covid-19-nas-priso-es-um-desafio-impossivel-para-asaude-publica>.

17 Ibidem.

e masculinos seria de grande valia para a tomada de decisões públicas capazes de pensar em soluções eficazes.

Esta ausência é, certamente, um dos grandes problemas enfrentados pela gestão. A notificação destes números especificamente relativos às mulheres facilitaria as possíveis tomadas de decisões pelos gestores. Pois sabe-se que, quanto mais específicos e identificados os problemas, mais efetivas poderão ser as soluções. Por este motivo, o presente trabalho também identifica esta ausência de dados como um resultado de pesquisa.

## Conclusão

O trabalho visou mencionar e descrever algumas violações direitos que as mulheres presas brasileiras são submetidas com frequência. Como defendido, o cenário precário e pouco digno agravou-se com a presente pandemia COVID-19. Admite-se a inviabilidade de aprofundar no presente artigo todas as violações e detalhamentos delas, pela natureza vasta deste tema.

Faz-se imperioso destacar que, segundo o artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Brasileira de 1988, o Estado brasileiro tem a responsabilidade de garantir o respeito à “integridade física e moral” da pessoa presa. Esta responsabilidade envolve planejamento, recursos e uma execução apropriada da reprimenda penal e atenção às pessoas egressas. Este dever estatal, evidentemente, deve ser mantido em períodos de crise, como a atual vivenciada pela pandemia do novo coronavírus.

Estas violações de direitos são alguns dos abandonos vivenciados por mulheres presas e egressas. Por outro lado, os abandonos não se esgotam às violações. Abandonos são todas as ausências possíveis de serem vivenciadas por mulheres. A ausência de cuidados, sejam eles objetivos - como saúde e educação - ou subjetivos - como afetos familiares e lazer.

Portanto, ao pensarmos em violações e abandonos sofridos por mulheres, é fundamental que seja entendido a importância da elaboração e manutenção dos papéis de gêneros que por tantos anos foram firmados socialmente. Nestas ordens do ‘feminino’, quando as mulheres ultrapassam o “conveniente” ou “ideal”, elas são punidas infinitamente mais do que os homens. Soma-se a esta realidade, o cenário conturbado vivenciado pelas mulheres presas durante a pandemia do novo coronavírus e todos os seus desdobramentos.

## Referências

ANGOTTI, Bruna. **O encarceramento feminino como ampliação da violação de direitos**. Le Monde Diplomatique. 07 de dezembro de 2015. Série especial: prisões, a barbárie contemporânea. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-encarceramento-feminino-como-ampliacao-da-violacao-de-direitos/> . Acesso em 20 de outubro de 2020.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRAGA, Ana. Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. **Dar à luz na sombra - Condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.** São Paulo: Editora Unesp, 2019.

BRASIL. Constituição Brasileira (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.** Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Brasília, DF, Diário Oficial da União.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, DOU 27.09.1990.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias dezembro de 2019.** Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjOD-QtNmJlMi00OTJhLWFpMkNzRlNmFkNTM0Mmwi3IiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Projeto BRA 34/2018:** produto 5º relatório temático sobre as mulheres privadas de liberdade, considerando dados do produto 01, 02, 03 e 04. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em 20 de outubro de 2020.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cnj-renova-recomendacao-n-62-por-mais-90-dias-e-divulga-novos-dados/>. Acesso em: 23 de nov. de 2020.

CNJ. **Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf> >; acesso em: 02.09.2020.

CORONAVÍRUS BRASIL. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>; acesso em: 02.09.2020.

COVID-19: Brasil é denunciado na ONU e OEA por “catástrofe” iminente nas prisões. Justiça Global, 23 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/covid-19-brasil-e-denunciado-na-onu-e-oea-por-catastrofe-iminente-nas-prisoas/> Acesso em: 23 de nov. de 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Divisão de atenção às mulheres e grupos específicos.** Disponível em: [http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1588195416\\_SEI\\_MJ11429916Informao\\_final.pdf](http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1588195416_SEI_MJ11429916Informao_final.pdf)>; acesso em: 02.09.2020.

FERREIRA, Lola. **Com a escassez das visitas e a interrupção de projetos sociais, o impacto na saúde das presas será enorme.** Disponível em: <http://www.generationnumero.media/entrevista-visitas-mulheres-carcere-coronavirus/>>;

acesso em: 25 de novembro de 2020.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* **Nascer na prisão:** gestação e parto atrás das grades no Brasil. In: *Ciência & Saúde Coletiva*. v. 21, n. 7, Rio de Janeiro, 2016, p. 2068.

OLIVEIRA, Amanda. **Grávidas e puérperas agora são grupo de risco para Covid-19.** Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Crianças/Saude/noticia/2020/04/gravidas-e-puerperas-agora-sao-grupo-de-risco-para-covid-19-o-que-muda.html>>; acesso em: 02.09.2020.

OPAS BRASIL. **OMS declara urgência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus.** Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812)>; acesso em: 02.09.2020.

PLURAL. Disponível em: <<https://www.plural.jor.br/noticias/vizinhanca/apenas-20-das-mulheres-presas-recebem-visitas/>>; acesso em: 25 de novembro de 2020.

SÁNCHEZ, A. R., et al (2020). **COVID-19 nas prisões:** um desafio impossível para a saúde pública? *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, e00083520. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1049/covid-19-nas-prisoas-um-desafio-impossivel-para-a-saude-publica>.

TINOCO, Dandara. **Impactos evidentes em uma população tornada invisível:** os efeitos do coronavírus na vida de mulheres presas e egressas. Nova estratégia 34. Instituto Igarapé. Julho 2020.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela).** Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>; acesso em 14 de abril de 2020.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras.** 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 38.

Apoio Cultural:



[www.edbrasilica.com.br](http://www.edbrasilica.com.br)  
[contato@edbrasilica.com.br](mailto:contato@edbrasilica.com.br)



[www.edicoesbrasil.com.br](http://www.edicoesbrasil.com.br)  
[contato@edicoesbrasil.com.br](mailto:contato@edicoesbrasil.com.br)



**EDITORA FIBRA**  
[www.editorafibra.com.br](http://www.editorafibra.com.br)  
[contato@editorafibra.com.br](mailto:contato@editorafibra.com.br)



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 4**

**V CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)



Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

ISBN 978-65-89537-04-5



9 17863891537045