



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS
VOLUME 6**

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

www.cidhcoimbra.com

Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020
ISBN 978-65-89537-06-9

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 6**

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 6 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021.

473 p. Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-89537-06-9 / 978-65-86051-34-6

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

VOLUME 6 - Composição dos Simpósios:

Simpósio n.º 32
DIREITOS HUMANOS, ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E CULTURA DA PAZ
Coordenadores: Ronaldo Lucas da Silva e Cristina Lucia Seabra Iorio
Simpósio n.º 33
DIREITOS HUMANOS E MIGRAÇÃO NOS TRIBUNAIS
Coordenadores: Luís Renato Vedovato e Carolina Piccolotto Galib
Simpósio n.º 34
MIGRAÇÕES, TOLERÂNCIA E DIREITOS HUMANOS
Coordenadores: Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga e Ana Margarida S. Gaudêncio
Simpósio n.º 37
DIREITO, MINORIAS E DEMOCRACIA
Coordenadores: Fausy Vieira Salomão e Cristina Veloso de Castro
Simpósio n.º 38
DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS IDOSAS NA CONTEMPORANEIDADE
Coordenadores: Eduardo Manuel Val e Nivea Corcino Locatelli Braga
Simpósio n.º 39
DESAFIOS À DISCRIMINAÇÃO LEGAL E À DISCRIMINAÇÃO SOCIAL DE RAÇA E DE GÊNERO: UMA PROPOSTA TRANSDISCIPLINAR PARA A PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS
Coordenadores: Alessandra Benedito e Leopoldo Rocha Soares

ISBN: 978-65-89537-06-9

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	10
<i>Universal Periodical Review</i> : um dispositivo para fortalecer cooperação com os mecanismos de Direitos Humanos no Brasil e a proteção migratória.....	12
Fernanda Duarte e Rafael Mario Iorio Filho	
Concretização do Direito Fundamental de Acesso à Justiça Efetiva por Meio da Conciliação e Mediação no Brasil.....	25
Ricardo Feres Ribeiro	
A Aplicação da Lei Maria da Penha no Juizado de Violência Doméstica Contra a Mulher no Município do Rio de Janeiro: um outro olhar.....	34
Karyne Castro da Silva e Antonio Fernandes de Oliveira Netto	
O Combate ao Terrorismo na Garantia da Efetividade da Liberdade Religiosa.....	47
Louise Amorim Beja	
Homologação de Acordo Extrajudicial na Justiça do Trabalho: uma análise empírica da sua aplicabilidade e efetividade	55
Marcela Casanova Viana Arena	
Deslocamento Climático no Sistema Global de Proteção: as inovações desenvolvidas no “Caso Kiribati”	64
Raíssa Santiago	
A Nova Lei de Migração no Brasil e as Mudanças Significativas na Visão dos Direitos Humanos.....	76
Murilo Mendes Latorre Soares e Laura Oliveira Ferreira	
Os Desafios Jurídicos Enfrentados pela Comunidade Internacional na Tentativa de Erradicação das Práticas de Mutilação Genital Feminina no Século XXI e a Possibilidade da Concessão de Refúgio.....	85
Júlia Barberato Pretto	
Migrantes Indocumentados e Acesso à Justiça: a Criminalização Velada da Migração	99
Enrico Emmanuel Angeloni Bueno de Camargo e Isabel Pennafirme Ferreira	
O Solicitante de Refúgio no Brasil Frente à Operação Acolhida	111
Letícia Zanon Siqueira	
A Proteção dos Trabalhadores Migrantes à Luz da CEDH e do Princípio da não Discriminação	124
Maria Helena Varela	

Responsabilidade do Estado Brasileiro na Recepção dos Refugiados	135
Fabiane Queiroz Mathiel Dottore e Polliana Cavalcanti de Albuquerque Nunes Peron	
Como um Cheiro de Alecrim: Breves Notas sobre Memória e Identidade de Mulheres Imigrantes Portuguesas no Rio de Janeiro	148
Maria Manuela Martins Pinto	
Migrações, Tolerância e Direitos Humanos	160
Caio Felipe Martins Gonçalves	
A Proteção dos Migrantes pelo Sistema Jurídico Brasileiro e a Ressignificação da Cidadania sob a Perspectiva Cosmopolita.....	170
Leonardo Bortolozzo Rossi	
A Reparação por Perseguições Étnico-Religiosas e a Necessária Preservação do Direito de Nacionalidade aos Descendentes dos Judeus Sefarditas	183
Désirée Clary Araújo Santos Alves da Costa	
O Autoritarismo Brasileiro e o Esvaziamento Democrático	192
Débora Monteiro Soroldani e Gabrielle Saraiva Silva	
O Papel Contramajoritário das Instituições de Estado e a Proteção das Minorias	205
Gustavo Worcki Sato	
Constitucionalismo e a Tutela do Patrimônio Cultural Imaterial de Povos Indígenas	216
Thiago Burckhart	
Demarcação de Terras Indígenas e Democracia: a Autodeterminação dos Povos Indígenas Como Proteção das Minorias	227
Sue Ellen Alves dos Santos	
O Preconceito Racial no Brasil e a Questão da Tolerância	236
Luiza Gava Andréza e Cristiano Hehr Garcia	
O Decreto 10.133/2019 e a Inclusão Digital Como Estratégia ao Envelhecimento Ativo e Saudável	248
Tatiana Tomie Onuma e Marcelo Antonio Theodoro	
Violação de Direitos das Pessoas Idosa em Tempo de Covid-19	261
Sheila Marta Carregosa Rocha	

O Acesso às Novas Tecnologias Digitais Pelos Idosos: direito fundamental implícito.....	275
Silma Dias Ribeiro de Lavigne	
A Proteção Patrimonial do Idoso e o Isolamento Familiar.....	287
Claudia Maria Petry de Faria	
Assistência Domiciliar: Cobertura Obrigatória Pelos Planos de Saúde?.....	296
Anna Paula Piovesan Pinheiro	
A Influência da Transição Demográfica do Envelhecimento no Século XXI: os fundamentos constitucionais e a tutela diferenciada aos idosos no Brasil.....	307
Renata Aparecida Follone e Helimara Moreira Lamounier Heringer	
A Reforma da Previdência Social Brasileira e Seus Efeitos na Aposentadoria por Idade.....	320
Carla Machi Pucci e Eduardo Iwamoto	
Gênero, Sexualidades e Famílias	329
Helena Vicentini Julião	
Os Assédios Moral e Sexual Contra as Mulheres Como Forma de Manutenção da Sobreposição Masculina nas Relações Laborais.....	338
Sílvio Beltramelli Neto e Maria Eduarda Viva Pires de Campos	
Combate à Violência Doméstica no Brasil: as soluções tecnológicas adotadas durante a pandemia da covid-19.....	348
Roberta Salomone	
Mulheres na Política: desigualdade de gênero na representação parlamentar brasileira e argentina.....	361
Gabriela Soares Balestero	
Descriminalização do Aborto e Direitos Humanos das Mulheres: uma análise da ADPF 442 no Brasil	370
Carolina Baricalla Brandão	
O Crime de Tráfico de Drogas sob uma Perspectiva de Gênero.....	383
Luísa Zucoloto de Abreu	
A Depuração Material das Relações Étnico-Sociais Como Método de Promoção dos Direitos Humanos	394
Fabiana Pimenta da Rocha e Livia Pagani de Paula	

A Prisão do Ser: da invisibilidade social à violação de Direitos Humanos da pessoa trans encarcerada.....	407
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega e Alexandre Celioto Contin	
Violência Racial: passado e “presente” de desrespeito aos Direitos Humanos	418
Maria Carolina Silva Garbo	
Desigualdade de Gênero e Raça nos Ambientes Corporativos: a disparidade social observada entre mulheres e negros	427
Marília Bastos da Costa	
Análise Jurídico-Histórica da Legislação Brasileira à luz das relações raciais: população negra como sujeitos de direitos	442
Lais Méri Quirino Gonçalves	
A (Des)Construção do Gênero Feminino Para a Eficácia do Princípio da Igualdade à Luz dos Direitos Humanos	450
Júlia Teixeira de Carvalho	
Os Tribunais de Salto: um olhar sobre a promoção das magistradas no Estado do Rio de Janeiro	463
Isabel Cristina Ribeiro dos Reis	

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 hu-

mana, 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

UNIVERSAL PERIODICAL REVIEW¹ : UM DISPOSITIVO PARA FORTALECER COOPERAÇÃO COM OS MECANISMOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A PROTEÇÃO MIGRATÓRIA

Fernanda Duarte

Universidade Federal Fluminense/Universidade Estácio de Sá

Rafael Mario Iorio Filho

Universidade Estácio de Sá/Universidade Federal Fluminense

Resumo:

Este trabalho faz parte de um projeto de pesquisa desenvolvido no âmbito do programa de cooperação acadêmica internacional entre a Universidade Estácio de Sá, a Universidade Federal Fluminense e a Birmingham City University (Reino Unido), no âmbito do programa Erasmus +, elegendo como tema a Universal Periodical Review - UPR, adotada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Nesta oportunidade, pretendemos apresentar a estrutura legal para a promoção e proteção dos direitos humanos no Brasil, levando em consideração a ordem constitucional do Brasil e sua relação com os instrumentos jurídicos internacionais. Considerando o desempenho do Brasil no 3º Ciclo da UPR, 2017, 27ª Sessão, discutiremos a adesão do nosso país a este ambiente internacional de instrumentos para a proteção dos direitos humanos, recortando para a nossa análise a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias; direitos dos migrantes; mecanismo de proteção dos DH

O tema dos Direitos Humanos (DH) está aberto a uma série de perspectivas diferentes que transitam nas diferentes áreas do conhecimento huma-

1 Em português o mecanismo é conhecido como Revisão Periódica Universal – RPU, entretanto, optamos por usar a expressão em inglês, já que ela é a que figura nos principais fóruns internacionais sobre o tema.

no, tanto é que se diz que os direitos humanos são transversais, por ser tema que atravessa a sociedade, em seus diferentes domínios. Essa transversalidade reforça ainda os aspectos da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos.

Assim, os estudos sobre DH podem privilegiar os mais distintos temas e abordagens, como tais como denúncias de violações, estratégias de educação para DH, ações sociais e políticas a serem tomadas em prol dos DH, custos e mecanismos de financiamento para a promoção e proteção dos DH, iniciativas para empoderar grupos vulneráveis, a consolidação da democracia como um pré-requisito para os direitos humanos, tensões entre maiorias e minorias, a relação entre cultura e direitos humanos, conflitos entre liberdade e igualdade e assim por diante.

Também pode ser feito um estudo mais formal, com foco no marco regulatório que possibilitará a adoção de ações de promoção e proteção de DH nas sociedades atuais. Este estudo considera o ambiente jurídico, recortado no arcabouço normativo, e está vinculado a uma abordagem prescritiva, contribuindo para que os Estados possam construir instituições fortes e normativamente comprometidas com o tema. Esse é exatamente o principal interesse de nossa investigação agora, uma vez que o cumprimento do direito internacional dos direitos humanos é um dos aspectos a ser avaliado pelo processo do UPR e tem feito parte das recomendações feitas ao Brasil em seu último ciclo, em 2017.

O Universal Periodical Review – UPR² é um mecanismo estabelecido pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU³ que busca garantir que as obrigações e compromissos de direitos humanos sejam cumpridos pelos

2 Conforme definido pelo próprio Conselho, em sua página oficial na versão inglesa, reproduzido com tradução nossa: “O Universal Periodical Review [revisão periódica universal] (UPR) é um processo único que envolve uma revisão dos registros de direitos humanos de todos os Estados Membros da ONU. O UPR é um processo conduzido pelo Estado, sob os auspícios do Conselho de Direitos Humanos, que oferece a oportunidade para cada Estado declarar quais ações tomaram para melhorar a situação dos direitos humanos em seus países e cumprir suas obrigações de direitos humanos. Como uma das principais características do Conselho, o UPR visa garantir a igualdade de tratamento para todos os países quando suas situações de direitos humanos são avaliadas. O objetivo final desse mecanismo é melhorar a situação dos direitos humanos em todos os países e abordar as violações dos direitos humanos onde quer que ocorram. Atualmente, nenhum outro mecanismo universal desse tipo existe.”. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/upr/pages/uprmain.aspx>>. Acesso em 21 out.2020.

3 O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (United Nations Human Rights Council - UNHRC) é o órgão que sucedeu a então Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos (United Nations Commission on Human Rights – UNCHR), conforme Resolução 60/251 de 15 de março de 2006, da Assembleia Geral da ONU. O Conselho é órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas. Tem como principal missão promover e proteger os direitos humanos ao redor de todo o mundo. O CDH é integrado por 47 membros eleitos para mandatos de três anos, com base em grupos regionais. Sua sede está localizada em Genebra, Suíça. Ele é secretariado pelo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) que presta serviços de secretaria técnica, assessorando e apoiando esses mecanismos de supervisão e acompanhamento dos direitos humanos no Sistema das Nações Unidas.

Estados, promovendo a universalidade e indivisibilidade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como do direito ao desenvolvimento.

Nesse sentido, um dos eixos de relevância para a melhoria da situação dos direitos humanos em todos os países, com consequências significativas para as pessoas em todo o mundo, concentra-se na construção de uma estrutura legal (com fontes normativas internacionais) que possa ser articulada localmente como um escudo para aqueles que (legalmente vinculados ao Estado) se encontram em situações de violação de seus direitos. Este escudo torna o Estado internacionalmente responsável por violar seu dever de cumprir com as normas internacionais. Embora esse espectro de normatividade jurídica não seja suficiente para garantir a plena eficácia social dos direitos humanos, em todos os níveis e complexidades da vida e da existência humanas, ele traz o peso simbólico da ideia de Estado de Direito, ou *rule of law*, em sua versão anglo-saxã.

Como estamos lidando no plano do Direito Internacional, primeiro veremos como as normas de direito internacional entram em vigor no Brasil, em seguida discutiremos algumas características especiais do direito de DH no Brasil em relação à Constituição brasileira e, finalmente, examinaremos o desempenho do Brasil em o último Ciclo UPR, referente ao direito internacional de DH, considerando o caso da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias.

O sistema de integração dos tratados internacionais no Brasil

Como é sabido, o termo tratado é usado genericamente para descrever uma variedade de instrumentos jurídicos internacionais, incluindo convenções, acordos, arranjos, protocolos, cartas, etc. Mas, em um sentido estrito, os tratados são instrumentos vinculativos com base no princípio de *pacta sunt servanda* (que determina que os acordos devem ser mantidos⁴). Nesse sentido, um tratado é um documento formal, escrito e vinculante que estabelece obrigações entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, sejam Estados (nações) e / ou organizações internacionais. Nessa compreensão, os tratados são conhecidos como *hard law*. No entanto, se essa característica vinculativa não estiver presente, são conhecidas como *soft law*, ou seja, são prescrições baseadas e vinculativas apenas em razões morais e não estão sujeitas a implementação judicial.

Ainda que um tratado possa ser firmado entre as partes, no plano internacional, gerando obrigações, a questão a ser definida é se as normas de direito internacional são portadoras de força normativa para gerar direitos exigíveis pelos cidadãos dentro dos seus países, e, se tal força lhes é reconhecida,

4 Este efeito vinculativo é expresso no artigo 26 da CVDI (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969).

a partir de quando isso ocorre. Assim é necessário entender se e/ou quais outras medidas devem ser tomadas - dentro do sistema interno do Estado - para que o tratado possa ser considerado em vigor, inclusive, admitindo-se ou não que a mera assinatura do mesmo seja suficiente para dar eficácia ao tratado na ordem doméstica. Essa relação entre o ordenamento jurídico internacional e o ordenamento jurídico interno remete ao debate doutrinário, mas com efeitos práticos, sobre monismo e dualismo⁵, que usualmente encontramos nos livros de Direito Internacional Público⁶.

Ao longo da história do direito brasileiro, o país foi reconhecido como um sistema dualista (moderado). No entanto, considerando as particularidades do sistema brasileiro atualmente, esses aportes doutrinários pouco têm ajudado a definir com clareza o modelo prevalecente, já que nosso processo de internacionalização de tratados internacionais, ao longo dos anos, e especialmente com o advento da Carta de 1988, tem sofrido não só intervenções normativas, assim como interpretações distintas do mesmo⁷, especialmente se considerados os tratados de direitos humanos.

Com base na Constituição atual, o processo de internalização do direito internacional segue as seguintes etapas:

- 1º. o Presidente da República, no uso das atribuições previstas no art. 84, VIII, da Constituição Federal, celebra o tratado internacional;
- 2º. então, conforme previsto no art. 49, I, da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional homologar os tratados internacionais firmados pelo Presidente da República, o que é feito por meio de Decreto Legislativo;
- 3º. quando o referido Decreto Legislativo é publicado, o tratado é ratificado, pelo Presidente, mediante depósito do respectivo instrumento, confirmando a vontade do Brasil de se vincular aos termos

5 Em geral, os estudiosos apontam que existem duas tradições jurídicas diferentes quando se considera a validade dos tratados internacionais na ordem nacional: o monismo e o dualismo. O sistema monista tem por pressuposto serem o direito internacional e o direito interno dois ramos de um mesmo sistema jurídico, desta sorte, entende-se que o direito internacional não precisa ser integrado ao direito interno. O ato de ratificar um tratado internacional é suficiente para a incorporação desse direito internacional ao direito nacional. Por outro lado, para o sistema dualista, não há a apenas um sistema, mas sim distintas ordens jurídicas, com o que o direito internacional não pode ser considerado diretamente aplicável na ordem jurídica interna. Portanto, para ser aplicado localmente pelos tribunais nacionais, primeiro deve ser traduzido ou integrado na legislação nacional, havendo uma variedade de formas pelas quais os sistemas domésticos incorporam o direito internacional. Uma visão crítica dessa classificação é oferecida por Charlesworth, Hilary, Madelaine Chiam, Devika Hovell e George Williams, eds. Sydney, Austrália: Federation Press, 2005

6 Vide, por exemplo, ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

7 Um bom resumo do debate doutrinário é apresentado por Fábio Andrade Medeiros. MEDEIROS, Fábio Andrade. **Monismo e dualismo no direito internacional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=241dfe5e876da942>>. Acesso 06 nov 2020.

daquele documento;

4º. finalmente, o tratado é promulgado por um decreto presidencial e entra em vigor após sua publicação no Diário Oficial da União.

Isso significa que, enquanto o Presidente não promulgar o tratado por decreto, o instrumento não é capaz de produzir efeitos em âmbito interno, mesmo que devidamente ratificado em âmbito internacional, visto que ainda carece de validade e aplicabilidade no nível de legislação interna brasileira positiva.

Portanto, se o tratado ainda não foi admitido como parte do direito interno:

a) não há efeito direto, o que significa que ainda falta a capacidade do padrão internacional de ter um impacto imediato sobre os direitos e obrigações das pessoas na esfera jurídica,

b) não há aplicabilidade imediata, o que significa que o Brasil não aceita a validade automática da norma internacional no ordenamento jurídico interno.

A propósito, essa é a posição exata do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, conforme consta da Carta Rogatória nº 8279, por exemplo.

Este procedimento legislativo acima descrito prevaleceu como regra de integração do direito internacional, para tratados sobre temas em geral e para tratados de direitos humanos, no direito brasileiro até 2004, quando a atual Constituição foi alterada e um terceiro parágrafo foi acrescentado ao artigo 5º que é a cláusula normativa primordial da legislação brasileira sobre DH.

Essa mudança trata exatamente da eficácia dos tratados de DH no direito brasileiro e de seu status normativo em relação à legislação estatutária. Agora, dependendo do *quorum* de aprovação, a convenção pode passar a fazer parte da legislação brasileira com caráter de emendas constitucionais, conforme dispõe o § 3º do art. 5º da Constituição de 1988⁸, ainda que a doutrina não

8 A alteração trazida pela emenda não foi de todo bem aceita. A título ilustrativo, veja-se a manifestação de Cançado Trindade, quando juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Damião Ximenes Lopez vs. Brasil*, a propósito do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição: “Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, status constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembléia Nacional Constituinte, como historicamente documentado. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbróglio tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos” (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Damião Ximenes Lopez vs. Brasil*, sentença de 4 de julho de 2006, Voto em Separado, parágrafos 30 e 31). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em 06 nov 2020.

tenha forma consensos sobre a questão⁹.

Em outras palavras, o artigo 5º §3º da Constituição brasileira reforça a posição constitutiva de que o procedimento para integração de tratados no Brasil é dualista. Este artigo, ao estabelecer que “os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que forem aprovados em cada Câmara do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalem a emendas constitucionais” torna mais difícil a incorporação dos tratados de direitos humanos, quer do ponto de vista jurídico, na chamada rigidez constitucional, quer do ponto de vista político, mediante a exigência de *quorum* especial de deputados e senadores para sua aprovação, apesar do prestigioso arcabouço dos tratados de direitos humanos, uma vez aprovado, estando no topo da hierarquia das normas brasileiras.

O desempenho do Brasil no 3º Ciclo do UPR, 27ª Sessão, 2017 no tema “Aceitação das normas internacionais” e o caso da Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias

Em relação à atuação do Brasil no UPR, 3º Ciclo, foram feitas vinte recomendações considerando o arcabouço do direito internacional de DH.

Basicamente, as recomendações tratam da assinatura ou ratificação de um tratado específico ou de seus protocolos ou emendas. Quase 30 países fizeram recomendações, como podemos ver no quadro a seguir:

<i>Tratado internacional DH em foco</i>	<i>Frequência recomendação</i>	<i>Origem recomendação</i>	<i>O que é esperado do Brasil</i>
Convenção sobre a e Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade	1x	(Armenia)	Ratificar o tratado
Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes & Regras de Mandela da ONU sobre tratamento em presídios	1x	(República Checa)	Prosseguir com a promulgação da legislação que implementa efetivamente o tratado, tanto em nível estadual quanto federal. Adotar medidas de adesão às Regras
Tratado de Comércio de Armas	1x	(Guatemala)	Ratificar o tratado e adaptar a legislação nacional ao mesmo

⁹ Consultar PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed.rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

Emendas de Kampala ao Estatuto de Roma	1x	(Liechtenstein)	Ratificar as alterações com vistas a contribuir para a ativação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre o crime de agressão em 2017
Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, 1948 (Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização)	1x	(Equador)	Ratificar o tratado
Protocolo Facultativo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	4x	(Albania; Angola; Argentina; Montenegro e Portugal) (El Salvador and Ucrania) (Gabão) * (Finlandia)	Ratificar o tratado Aceitar a competência do Comitê com relação ao procedimento de consulta e às comunicações interestatais
Convenção sobre Trabalhadores Domésticos, 2011	2x	(Nicaragua) * (Filipinas)	Ratificar o tratado
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo a um Procedimento de Comunicações	4x	(Albania; El Salvador; Georgia; Montenegro and Liechtenstein) (Ucrania) (Croacia e Mongolia) (República Checa)	Ratificar o tratado (antes do próximo ciclo de revisão do UPR)
Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias	7x	(Sierra Leone) (Chile; Indonesia and Sri Lanka) * (Togo) * (Guatemala) * (El Salvador) (Filipinas)* Equador)	Assinar o tratado Finalizar os procedimentos nacionais para aderir ao tratado

A resposta do Brasil: o nível de implementação e o caso da Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (CIPDTM)

O Brasil apoiou todas as recomendações sem exceções, mas é necessário acompanhar as medidas que vêm sendo tomadas pelo país para verificar o nível de implementação, considerando todos os procedimentos que devem

ser tomados internamente para internalizar um tratado.

Para o propósito desta apresentação, trataremos de um caso específico: a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, que foi escolhida por ter sido o instrumento que foi objeto do número maior de recomendações (sete) recorrentes, no tema “Aceitação das normas internacionais”.

Na atualidade, as questões migratórias são vistas como uma crise humanitária e há muitos episódios recentes na história do mundo que sustentam essa visão. Mas também o tema pode ser retratado em tons diferentes, como chama a atenção o presidente do Comitê das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, José Brillantes:

A migração, que é um ciclo contínuo de progressão humana, é frequentemente retratada como uma crise. Nem sempre precisa ser vista como tal e não irá embora. Tratar como um problema em vez de um processo natural não é uma solução, de acordo com José Brillantes, Presidente da Comissão para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias (CTM). O crescimento populacional, as mudanças climáticas, a desertificação, a guerra e a fome continuarão a forçar as pessoas a migrar e os migrantes também escolherão voluntariamente, em algumas circunstâncias, se mudar em busca de melhores oportunidades de emprego, por exemplo. No entanto, embora as causas profundas persistam, os migrantes continuarão a tomar várias medidas, incluindo riscos, enquanto houver oferta e procura de trabalho transfronteiras e quadros de migração legal inadequados¹⁰. (tradução livre)

A questão é um dos temas mais importantes da contemporaneidade tendo chamado a atenção não só no meio acadêmico, mas também no cenário internacional, como parte da agenda política, jurídica e social da ONU, exigindo políticas e compromissos jurídicos. Como resultado dessa necessidade, pactos internacionais são feitos, como a CIPDTM.

A CIPDTM é um documento abrangente que estabelece as normas básicas para as leis e os procedimentos judiciais e administrativos a serem seguidos por cada Estado para proteger os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias da exploração e das violações dos direitos humanos, independentemente de seu status de migração. Pode ser considerada como um padrão moral mínimo para orientar a proteção e promoção dos migrantes de DH, reafirmando os direitos fundamentais que são valorizados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos demais documentos internacionais de direitos humanos. Igualdade de tratamento e dignidade podem ser conside-

¹⁰ Statement by the Chair of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Mr. José Brillantes, on the need for ensuring a human rights based approach to the Global Compact on Migration. 20 October 2017. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CMW_STA_8317_E.pdf>. Acesso em 06 nov 2020

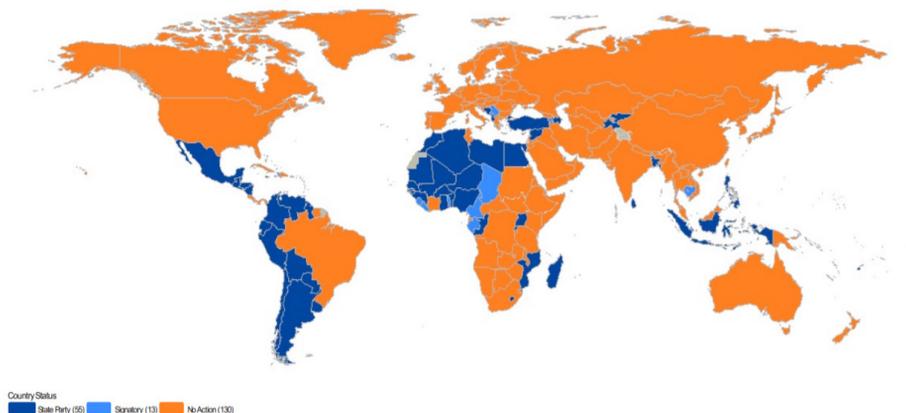
rados os valores fundamentais do tratado, que enfatiza que os migrantes são seres humanos e, por causa dessa condição inerente, têm direito a ter acesso a um grau mínimo de proteção.

A Convenção endossa que todos os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias, sem distinção de qualquer tipo, como sexo, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou outra, nacionalidade, origem étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, propriedade, estado civil, nascimento ou outro estado têm direito ao devido respeito e proteção. Também reconhece os direitos civis e políticos, tendo em vista a situação particular dos trabalhadores migrantes. O instrumento proíbe a expulsão coletiva estabelecendo que cada caso de expulsão deve ser examinado e decidido individualmente. Os direitos econômicos, sociais e culturais dos trabalhadores migrantes, em vista de sua situação particular, também são definidos, por exemplo, o direito a tratamento médico urgente ou o direito de acesso à educação para os filhos dos trabalhadores migrantes. A CIPDTM também estende sua proteção a todo o processo de migração de trabalhadores migrantes e membros de suas famílias, que compreende a preparação para a migração, partida, trânsito e todo o período de permanência e atividade remunerada no Estado de emprego, bem como o retorno ao Estado de origem ou do Estado de residência habitual.

Com relação aos seus mecanismos de revisão, a Convenção estabelece um Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias (CTM). O Comitê se reúne em Genebra e, como de costume, é um corpo de especialistas independentes encarregados de monitorar os Estados Partes na implementação de suas obrigações sob a Convenção. Os Estados Partes devem informar regularmente sobre as medidas tomadas para implementar as disposições da Convenção e documentar tanto os avanços como as dificuldades. A primeira sessão realizada foi em março de 2004.

Embora a CIPDTM tenha sido adotada pela ONU (Resolução 45/158 da Assembleia Geral) em 18 de dezembro de 1990, ela entrou em vigor 13 anos depois, em 1 de julho de 2003, quando o requisito de ter 20 assinaturas foi cumprido. Mesmo sendo considerada uma das convenções mais importantes no âmbito internacional de DH, tem enfrentado muitas dificuldades para ser ratificada ou aderida pelos países. Em 1º de outubro de 2005, 33 Estados haviam ratificado ou aderido a ele. E em 2019, a quantidade de países que o ratificaram totaliza 55 países, conforme mostra o quadro fornecido pelo Escritório do Alto Comissariado da ONU a seguir¹¹. O Comissariado registra que até agosto último 130 países não tinham tomado providências para a adesão ao tratado - que é o caso brasileiro.

11 O presente gráfico está disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CMW/StatRatCMW.pdf>. Acesso em 27 out 2020.



Definition and meta-data: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/HRI/Indicators/Metadatas/RatificationStatus.pdf>

Source: Database of the United Nations Office of Legal Affairs (OLA) <https://treaties.un.org>

For application of treaties to overseas, non-self-governing and other territories, shown here in grey, see <https://treaties.un.org>

Note: The boundaries and the names shown on these maps do not imply official endorsement or acceptance by the United Nations. Final boundary between the Republic of Sudan and the Republic of South Sudan has not yet been determined. Dotted line represents approximately the Line of Control in Jammu and Kashmir agreed upon by India and Pakistan. The final status of Jammu and Kashmir has not yet been agreed upon by the parties.

É interessante notar que os países que adotaram a Convenção são principalmente países de origem dos migrantes (como México, Marrocos e Filipinas) e para eles o tratado pode ser considerado um escudo importante para proteger seus cidadãos que vivem no exterior. Mas nenhum país receptor de migrantes na Europa Ocidental ou na América do Norte ratificou a Convenção. Nenhum outro país receptor relevante, como Austrália, estados árabes do Golfo Pérsico, Índia e África do Sul ratificaram a Convenção. Quanto aos países do Mercosul, todos os estados signatários do acordo aderiram ao documento, exceto o Brasil. Também é interessante ver que os países que têm reputação de defender a proteção de DH ficaram calados e a CIPDTM não é lei para eles, o que aponta para a necessidade de mais estudos sobre essa atitude reticente.

Em relação à posição do Brasil, apesar das sete recomendações feitas no último ciclo do UPR, o Estado brasileiro não promoveu nenhuma medida efetiva para a adesão ao tratado.

Como parte da liturgia legislativa brasileira, existem duas possibilidades de iniciar o processo de internalização de um tratado. O Presidente pode assinar o tratado *ad referendum* do Congresso Nacional (conforme art.84, VIII da Constituição de 1988) ou pode encaminhar diretamente o instrumento ao Congresso que tem competência para decidir conclusivamente sobre tratados internacionais (conforme previsto no art. 49, I da Constituição de 1988). Somente neste caso, após a aprovação pelo Congresso, o Presidente poderá de aderir à Convenção. E, como discutimos anteriormente, o próprio instrumen-

to para entrar em vigor integrando-se à legislação brasileira é imperioso que ele seja promulgado por um decreto presidencial.

Assim, escolhendo a segunda opção, em dezembro de 2010, o então presidente brasileiro enviou uma mensagem ao Congresso Nacional (Mensagem nº 696, de 2010) instando o Legislativo a apreciar a Convenção e a possibilidade de sua adesão. O Congresso brasileiro, por sua vez, ficou dormente. E somente em 2015, o Congresso decidiu criar uma comissão especial responsável por avaliar a mensagem presidencial. Entretanto, desde então, nada mais aconteceu.

Embora a posição do Brasil acompanhe a maioria dos países quanto ao instrumento, o que pode sugerir um baixo nível de implementação do *rule of law* internacional, do ponto de vista normativo, não se pode ser considerar que há ausência completa de proteção legal para os migrantes em território nacional.

No mesmo ano da revisão do 3º ciclo, o Brasil aprovou uma nova lei sobre migrantes: a Lei 13.445 que é conhecida como Nova Lei de Migração. Este diploma é reconhecido como uma mudança de paradigma na legislação brasileira em relação à migração e à proteção dos direitos humanos¹². Esta lei em termos gerais espelha a proteção consagrada no CIPDTM, afirmando os mesmos objetivos (igualdade de tratamento e dignidade), bem como um catálogo de direitos fundamentais, mesmo para os migrantes sem documentos. No entanto, a lei não menciona explicitamente os membros da família dos migrantes.

Comentários finais

Do que estudamos até o momento, sob perspectiva prescritiva legal, podemos afirmar de forma geral que o sistema normativo brasileiro tem adotado uma posição adequada em direção à proteção e promoção de direitos humanos, tanto internacional quanto internamente. Percebe-se um esforço de acompanhar aqueles países ocidentais com fortes tradições jurídicas que reconhecem a dignidade humana como o cerne e o fundamento do Estado Democrático de Direito, ainda que alguns tratados ainda demandem ser internalizados.

Por um lado, se os procedimentos internos a serem seguidos, apesar da mudança constitucional que já mencionamos em relação ao direito internacional dos direitos humanos, enfatizam o papel da soberania do Estado; por outro lado, esses mesmos procedimentos funcionam como empecilhos ao direito internacional de direitos humanos, uma vez que se configuram como obstáculos domésticos (políticos, jurídicos e culturais) a serem superados.

¹² A propósito da lei, confira a avaliação feita pelo IMDH – Instituto Migrações e Direitos Humanos, na matéria “Migração: nova lei assegura direitos e combate a discriminação”, publicada em junho de 2017 em seu site. Disponível em: <<https://www.migrante.org.br/migracoes/migracao-nova-lei-assegura-direitos-e-combate-a-discriminacao/>>. Acesso em 06 nov 2020.

Ao mesmo tempo, se levarmos em consideração a recomendação a respeito da CIPDTM, é verdade que o Brasil não tem atuado efetivamente no sentido da internalização desta convenção, o que pode ser entendido como um baixo nível de implementação, mas por outro lado, há legislação nacional aprovada garantindo aos migrantes proteção de direitos – o que sugere um compromisso com o ideal do Estado de Direito.

Portanto, a questão que se levanta é: isso é suficiente?

Ainda que o papel do Estado de Direito seja de ferramenta de proteção e promoção dos DH, no mundo real, se os DH são de fato vivenciados por todos os brasileiros e migrantes no Brasil em sua plenitude é o desafio que ainda não foi vencido.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). **Folheto: Mecanismos de Direitos Humanos das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://acnudh.org/pt-br/mecanismos-de-direitos-humanos-das-nacoes-unidas/>>. Acesso em 28 out 2020.

CHARLESWORTH, Hilary; CHIAM, Madelaine; HOVELL, Devika e WILLIAMS, George (eds). **The Fluid State: International Law and National Legal Systems**. Sydney, Austrália: Federation Press, 2005

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Damião Ximenes Lopez vs. Brasil**, sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em 06 nov 2020.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. **Migração: nova lei assegura direitos e combate à discriminação**, 27 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.migrante.org.br/migracoes/migracao-nova-lei-assegura-direitos-e-combate-a-discriminacao/>>. Acesso em 06 nov 2020.

MEDEIROS, Fábio Andrade. **Monismo e dualismo no direito internacional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=241dfe5e876da942>>. Acesso 06 nov 2020

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011

SHORT, Katherine. Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável? **Sur**, Rev. int. direitos humanos, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 172-199, Dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso 28 Oct. 2020.

UNITED NATIONS. **Statement by the Chair of the Committee on the**

Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Mr. José Brillantes, on the need for ensuring a human rights based approach to the Global Compact on Migration. Disponível em:<https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CMW_STA_8317_E.pdf>. Acesso em 06 nov 2020.

CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA EFETIVA POR MEIO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO BRASIL

Ricardo Feres Ribeiro

Doutorando pelo PPGD/UNESA – ESTÁCIO – BRASIL - 2020. Mestre em Direito; Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; Pós-graduado em Direito Empresarial; Graduado em Direito; Pós-graduado em administração de empresas; graduado em Economia. Especialização em 3 programas de internacionalização: Estácio-Mercer Winter Law Institute, Universidad Mercer Law, Estados Unidos; Diálogos con Iberoamérica: Derechos Humanos e Interculturalidad. Universidad de Burgos, Espanha; Second Annual Mercer-Estácio Summer Law Institute. Mercer University, Estados Unidos. Professor de Processo Civil e Métodos Adequados de Solução de Conflitos e Coordenador do NPJ da Estácio de Carapicuíba/SP, membro do Comitê Institucional de Iniciação Científica da Estácio/SP. Advogado, Mediador Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Presidente da Comissão de Prática Jurídica da OAB de Carapicuíba/SP

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo investigar a concretização do direito fundamental de acesso à justiça efetiva por meio da conciliação e mediação no Brasil, com objetivos específicos de análise dos documentos internacionais, a partir Declaração Universal dos Direitos Humanos, a afirmado na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e analisar a agenda Brasil 2030. No Brasil, analisar a recepção do direito humano de acesso à justiça e por meio de atribuição constitucional pelo inciso XXXV, do artigo 5º, bem como dos mecanismos jurídicos infraconstitucionais procedimentais de acesso à justiça, as Leis 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09. Por fim, examinar por meio da Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei 13.105/2015 e a 13.140/2015, para responder se a conciliação e a mediação são instrumentos de concretização de acesso à justiça efetiva.

Palavras-chave: Justiça; Efetiva; Métodos adequados; Solução de conflitos.

Introdução

O homem nasceu para viver em sociedade e muitos conflitos surgiram destas relações, seja de interesses individuais, coletivos ou transindividuais, foi somente após o Estado Moderno, que a humanidade aperfeiçoou a solução

de conflitos dando monopólio ao Estado Democrático de Direito para legislar e atuar por meio do Poder Judiciário para solucionar conflitos dentro da sociedade.

No caso brasileiro, o acesso à justiça, pode ser identificado anterior a Constituição Federal do Brasil de 1988, como princípio de acesso à justiça como inafastabilidade da jurisdição, com o advento do texto constitucional o princípio é alçado a garantia fundamental de direitos, com o advento da Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, o judiciário brasileiro afirma o acesso à justiça como efetivação ao próprio direito pelo jurisdicionado.

O acesso à justiça como inafastabilidade da jurisdição, parte de documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e no cenário brasileiro da Constituição Federal de 1988.

Por meio da implementação dos regulamentos infraconstitucionais processuais, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, da Justiça Federal e da Fazenda Pública, o princípio de acesso à justiça sofreu modificações substantivas sendo eleito como garantia fundamental de direitos.

As políticas públicas instituídas pelo Poder Judiciário pela Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, permitiu ao legislador elaborar uma série de regulamentos infraconstitucionais com a finalidade de uma prestação adequada e efetiva da justiça ao jurisdicionado.

Todas estas transformações que ocorreram e ainda estão em andamento, serão analisadas pelo estudo dos documentos internacionais, Constituição Federal brasileira, regulamentada pela legislação infraconstitucional e resoluções e confrontadas com os números do sistema de justiça para afirmar que a conciliação e a mediação são instrumentos de efetivação de direitos na prestação jurisdicional brasileira.

Princípio de Acesso à Justiça como Inafastabilidade da Jurisdição

A Organização das Nações Unidas, compilou dentre os direitos e garantias dos homens, afirmados pelo mundo ocidental, o princípio de acesso à justiça na Declaração Universal dos Direitos Humanos, posteriormente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Constituição Federal brasileira, integrando como direito humanos de acesso à justiça.

Declarações Internacionais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo 10º, dispõe sobre o direito humano universal de acesso à justiça a toda a pessoa, assegurando um tribunal independente e imparcial para o julgamento dos direitos e obrigações ou qualquer matéria de natureza penal:

Toda a pessoa tem e direito, em plena igualdade, a que a sua causa

seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja (ONU, digital, 1948).

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, no artigo 8º, dispõe sobre as garantias judiciais fundamentais ao acesso à justiça para toda a pessoa, garantindo, prazo razoável, tribunal competente e imparcial previsto em Lei, para a apuração de acusações penais e a determinação dos direitos na esfera civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, digital, 1969).

Este documento internacional reconhece e afirma no âmbito continental americano o acesso à justiça com princípio e direito humano fundamental de acesso à justiça em relação a proteção dos direitos dos cidadãos nas matérias de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Constituição Federal do Brasil

A Constituição Federal do Brasil de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV, recepcionou a direito fundamental do acesso à justiça ao poder judiciário, para os brasileiros e estrangeiros residentes no país, para apreciação em casos de lesão ou ameaça a direitos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, digital, Constituição Federal).

A abordagem doutrinária do direito ao acesso à justiça incorporada no texto constitucional brasileiro limitava-se ao aspecto formalista, com a preocupação de mera exegese ou construção abstrata de sistemas, a medida em que a análise consistia em avaliar as normas de procedimento sob o prisma histórico e a aplicação em situações hipotéticas (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p-5).

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro, em 1988, adotou o direito de acesso à justiça como a premissa de qualquer pessoa possa distribuir o seu litígio no judiciário e ter sua demanda processada e julgada pelo Esta-

do, transformando a jurisdição em um poder único capaz de solucionar os conflitos oriundos da sociedade, em outras palavras, a garantia fundamental de acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade da jurisdição (ROQUE, digital, 2018).

No entanto, a Constituição Federal de 1988, também previu uma série de mecanismos com foco na efetivação de direitos por meio da via da jurisdição, dispondo sobre a criação e a proposta de novos instrumentos jurídicos -processuais “*voltados a reduzir as dificuldades no acesso à justiça estatal (custo, demora, formalidade, litigantes habituais, tutela adequada de direitos*” (ROQUE, digital, 2018).

A Garantia Fundamental se Acesso à Justiça

Ao mesmo tempo que a Constituição Federal do Brasil de 1988, reconheceu como direito fundamental de acesso à justiça, regulamentou de criação de instrumentos jurídicos processuais infraconstitucionais, assim possibilitando a afirmação do acesso à justiça como garantia fundamental.

Legislação Infraconstitucional

O dispositivo constitucional do artigo 98, incisos I e II, confirma a visão do direito fundamental de acesso à justiça como garantia fundamental de direitos, a medida em que previu a criação de uma série de mecanismos legais, Juizados Especiais, conferidos aos entes federativos, União, Territórios, Estados e Distrito Federal:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. (BRASIL, digital, Constituição Federal).

O Brasil atendendo os ditames legais constitucionais, em 1995, por meio da Lei 9.900/95, de jurisdição dos Territórios, Estadual e do Distrito Federal, criou os Juizados Especiais Cíveis que “*tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade*”, conforme dispõe o artigo 3º, e Criminais que “*tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo*”, conforme dispõe o artigo 60, da mesma Lei (BRASIL, digital, 1995).

A Lei 10.259/01, instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no

âmbito da Justiça Federal, que atribuiu a competência criminal para “*processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência*”, conforme dispõe o artigo 2º, e para a competência civil para “*processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças*”, de acordo com o artigo 3º (BRASIL, digital, 2001).

No ano de 2009, foi criada a Lei 12.153/09, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios que atribuiu no artigo 2º, da referida Lei, a “*competência para estes juizados processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos*” (BRASIL, digital, 2009).

Incluída no rol dos dispositivos jurídicos-processuais para concretizar o princípio de inafastabilidade da jurisdição, a Lei 11.419/06, sobre a informatização do processo judicial tratado como “*o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais*” e aplicado “*aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição*”, conforme dispõe respectivamente o artigo 1º e seu parágrafo primeiro (BRASIL, digital, 2009).

Números da Garantia Fundamental de Acesso à Justiça

Os esforços brasileiros no sentido de regulamentar o artigo 98 da Constituição Federal, por meio das 9.099/95, 10.259/01, 12.153/09 e 11.419/06, puderam ser constatados pelos números de processos novos que foram distribuídos no sistema de Justiça do Brasil, em 2003 eram 4.676.720 novos casos, em 2013 os números saltaram para 28.600.000 e pelo último levantamento, no ano de 2019, foram apurados 30.214.346 de processos distribuídos naquele ano.

Desta forma, o Brasil por meio da edição de um largo espectro legislativo neste período, concretizou o direito de acesso à justiça como garantia fundamental de inafastabilidade da jurisdição, ofertando ao cidadão, jurisdicionado uma serie de mecanismos jurídico-processuais, no sentido solução dos seus conflitos pela via processual. Neste sentido, por meio dos números do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2003 eram recebidos pela justiça brasileira pouco menos de 5 milhões de processos, ao passo que em 2019, já eram mais de 30 milhões de processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, digital, 2003 e 2019).

O sistema de justiça brasileiro proporcionou uma abertura inédita de acesso ao judiciário, nas primeiras décadas dos anos 2000, que revelou uma sociedade altamente litigante, ao passo de nos últimos anos distribuiu na justiça números de processos superiores entre dez a vinte vezes as populações de países latino-americanos, não obstante muitos países da Europa.

O Acesso à Justiça como Justiça Efetiva

Os esforços do Estado brasileiro durante a década de 90 e a primeira década dos anos 2000, trouxeram resultados quantitativos expressivos, assim mitigando ou impedindo a função estatal jurisdicional de pacificação social. Por esta via à justiça brasileira editou na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de concretizar o direito do jurisdicionado de acesso à justiça efetiva.

Agenda Internacional

A Organização das Nações Unidas, inseriu na Agenda 2030, no Brasil, uma orientação global, objetivo 16, no sentido de “*promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis*” para garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, digital, 2018).

Por este caminho, o Brasil vem procurando deslocar o eixo do Estado como um único caminho de proteção do cidadão pela prestação jurisdicional por meio da sentença, para a participação do próprio jurisdicionado na solução de seus conflitos:

Nesse sentido, compreende o estudo medidas preventivas de conflitos, baseadas no conhecimento dos direitos pela população em seu grau mais abrangente (direito de acesso a informações relevante a suas decisões particulares e de ser informado sobre seus direitos); o direito de participar das decisões do Estado em relação à implementação de tais direitos, por via direta ou por representantes (o que pode ter caráter preventivo ou repressivo, conforme o direito posto em causa) e o reconhecimento do direito de buscar solução para os conflitos existentes por meios não estatais (por exemplo, por mediação, arbitragem ou técnicas psicológicas, como a constelação familiar) (ROQUE, digital, 2018).

Muito embora, os diplomas adjetivos civis brasileiros previam a conciliação como forma alternativa da sentença impositiva por meio da decisão estatal do Juiz, foi só a partir da Resolução nº 125 de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs “*sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*”, que previu a conciliação e a mediação como métodos adequados de solução de conflitos.

Mecanismos Infraconstitucionais de Justiça Efetiva

Nota-se a inflexão no sistema de justiça brasileiro, por meio da Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, quanto a garantia de acesso à justiça, no que tange ao princípio da inafastabilidade da jurisdição para o acesso à justiça como garantia de direitos, com o objetivo de uma pres-

tação de justiça efetiva ao jurisdicionado:

cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação que são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças (BRASIL, digital, 2010).

Outros instrumentos legislativos com a finalidade de uma prestação adequada e efetiva da justiça ao jurisdicionado, como o Código de Processo Civil vigente, Lei 13.105/2015, que introduziu a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, por meio do artigo 334 “caput” sob pena inclusive de multa fundamentado pelo ato atentatório a dignidade da justiça, de acordo com o artigo 334, § 8º:

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência; O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (BRASIL, digital, 2015).

Ademais, no mesmo diploma processual, o legislador inseriu a seção V, do capítulo III, dos auxiliares da justiça, para o tratamento específico ao conciliadores e mediadores, nos artigos 165 a 175, tratando da forma que se organizarão e sua atuação e os princípios ligados as audiências de conciliação e mediação (BRASIL, digital, 2015).

No mesmo ano, foi editada a Lei 13.140/15, que dispõe “*sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*”, regulamentando as mediações e os mediadores, extrajudiciais e judiciais e tratando da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público (BRASIL, digital, 2015).

Esta lei paradigmática e inovadora, autoriza aplicação a outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como, mediações comunitárias, mediações escolares e levadas a efeito nas serventias extrajudiciais. Ademais, este diploma legal autoriza que a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância e ainda facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação (BRASIL,

digital, 2015).

Analisando os números de processos solucionados a partir do ano de 2015, por meio do relatório da justiça em números, pode-se observar dos 27.586.077 processos solucionados naquele ano 2.997.547 foram por meio da autocomposição. Ao passo que no ano de 2019, das 35.400.000 das demandas sentenciadas, 4.602.000 foram por meio de autocomposição, ou seja, um incremento em acordos de 34% em 4 anos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, digital, 2015 e 2019).

Conclusão

Em conclusão da análise dos documentos internacionais, ordenamento jurídico brasileiro e números da justiça brasileira, o acesso à justiça num primeiro momento foi identificado como instrumento de acesso à jurisdição, ao passo seguinte de garantia fundamental e por fim como mecanismo de justiça efetiva.

Os documentos internacionais são reveladores a medida em que determinam orientações gerais para os estados, no sentido de afirmação dos direitos humanos para integrarem nos seus documentos constitucionais e por meio de regulamentação infraconstitucional a sua concretização.

O Brasil ao seu turno, identifica os três momentos, o primeiro na aceção constitucional de acesso à justiça, o segundo de criação de mecanismos legais processuais de efetiva garantia ao jurisdicionado e por fim através de políticas públicas o acesso à justiça efetiva.

É possível afirmar a concretização do direito humano de acesso à justiça no aspecto formal, disposto no texto constitucional no artigo 5º, inciso XXXV, a medida em que se materializou no direito fundamental de acesso à justiça como garantia fundamental, por meio de um arcabouço legal de mecanismos procedimentais brasileiros, Leis 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09. Bem como, pelo número de processos novos 4.676.720, em 2003 à última aferição pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2019, que foram 30.214.346 de processos distribuídos naquele ano, ou seja, um incremento em 646% de casos novos por ano.

Em conclusão seria plausível alegar, que a conciliação e a mediação conforme demonstrado são mecanismos de concretização de acesso à justiça efetiva, especialmente pelos instrumentos trazidos pela resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça e a sua regulamentação por meio da Lei 13.105/15 e 13140/2015, reforçado pelos números do sistema de justiça brasileiro, em 2019, constou que 4.602.000 de processos foram resolvidos por autocomposição judicial, números muito próximos aos 4.676.720 de processos novos que davam entrada no judiciário no ano de 2003, assim naquele momento iniciando um período de acesso à justiça como inafastabilidade da jurisdição e agora o acesso a uma justiça efetiva.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acessado em 07/10/2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm acessado em 12/10/2020.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm acessado em 12/10/2020.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm acessado em 17/10/2020.

BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm acessado em 12/10/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm acessado em 27/10/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm acessado em 27/10/2020.

BRASIL. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156> acessado em 27/10/2020.

CAPPELETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1988.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm acessado em 07/10/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> acessado em 27/10/2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> acessado em 07 de outubro de 2020.

ONU. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil/Paz, Justiça e Instituições Eficazes**. Disponível em <https://brasil.un.org/index.php/pt-br/sdgs/16> acessado em 12/10/2020.

ROQUE. Nathaly Campitelli. **O Que quer dizer “Acesso à Justiça”?** Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/06/15/o-que-quer-dizer-acesso-justica/> acessado em 17/10/2020.

A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO: UM OUTRO OLHAR

Karyne Castro da Silva

Doutoranda - PPGD Universidade Estácio de Sá

Antonio Fernandes de Oliveira Netto

Doutorando - PPGD Universidade Estácio de Sá

Resumo:

Este trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa empírica, de caráter etnográfico e tem por objetivo demonstrar e analisar como a Lei Maria da Penha prioriza a penalização do agressor, com a proposta de proteger, inibir e coibir a violência doméstica, contra a mulher. Utilizando os dados obtidos procuramos entender algumas práticas dos conflitos de gênero apreciadas nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher no Município do Rio de Janeiro. A principal diferença encontrada na administração dos conflitos de gênero está no tratamento dos conflitos nos Juizados Criminais que admite a conciliação entre as partes enquanto a Lei Maria da Penha veda a conciliação como meio alternativo frustrando a participação comunicativa mútua das partes na administração do conflito transformando-a numa administração mais penalizadora ao conflito de gênero.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher; Penalização; Despenalização.

Metodologia

Escolhemos realizar a pesquisa empírica por acreditar que somente a partir da conjugação dos diversos tipos de saberes produzidos no campo do Direito (teóricos e empíricos) que se poderá tentar entendê-lo melhor e, com isso, aprimorar os seus mecanismos (LIMA E BAPTISTA 2010).

Entendemos que o estudo das práticas judiciárias é importante para causar o estranhamento e questionar o que está naturalizado, uma vez que, normalmente esta metodologia é relegada pelos juristas, mais preocupados

em manualizar o conhecimento jurídico, uniformizando as suas categorias e normalizando condutas segundo um conceito idealizado e utópico (LIMA E BAPTISTA, 2010).

Segundo LIMA E BAPTISTA (2010) a importância da explicitação e da descrição dos rituais judiciais é fundamental, pois este exercício, de olhar para si mesmo e se questionar, é exatamente o que permite estranhar o que, num primeiro momento, parece tão natural, mas que, visto de outra perspectiva, não é nada tão óbvio ou natural assim.

Dentre o que já foi mencionado anteriormente, comparando as metodologias de pesquisado direito e da antropologia, vale mencionar uma outra diferença entre as áreas. Na metodologia da antropologia, não existe um compromisso de ser apresentada uma solução de problemas, mas sim a explicitação e compreensão do problema, o que é suficiente para fornecer uma contribuição, capaz de ampliar o conhecimento em sua área de estudo. Já na metodologia adotada pelo direito, o que se faz é privilegiar aquilo que se encontra escrito nos manuais e desprezar as experiências pessoais, na busca incessante de uma solução para o problema. (FILPO, 2014)

O caminho mais razoável para o campo da pesquisa jurídica, visando a um entendimento e a uma compreensão melhor de suas instituições, de seus procedimentos e do seu funcionamento seria utilizar uma metodologia híbrida (antropológico-jurídica), buscando a *sabedoria desses dois mundos*, conforme o pensamento de Geertz (2004, p.249)

Assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local. Um caso individual, seja ele o de Palsgraff ou o da Ponte sobre o Rio Charles, proporciona ao direito não só as bases que dão origem a toda uma série de reflexões, mas também o próprio objeto que lhe dá orientação; no caso da etnografia, as práticas estabelecidas, tais como o potlatch ou o couvade, têm a mesma função. Sejam quais forem as outras características que a antropologia e a jurisprudência possam ter em comum - como por exemplo uma linguagem erudita meio incompreensível e uma certa aura de fantasia - ambos se entregam à tarefa artesanal de descobrir princípios gerais em fatos paroquiais. Repetindo, uma vez mais, o provérbio africano: "*a sabedoria vem de um monte de formigas.*"

A nossa contribuição com este trabalho objetivo chamar a atenção para a necessidade de se começar a pensar o Direito brasileiro a partir de outra perspectiva que não as que vêm sendo tradicionalmente utilizadas pelo campo dogmático, mas sim por esta ferramenta primorosa que é a pesquisa empírica, pois nos tira do mundo do dever ser para o mundo do ser e que vem sendo utilizada por diversos pesquisadores brasileiros respeitáveis que são as nossas referências como Roberto Kant de Lima, Maria Stella Amorim, Fernanda Duarte, Rafael Mario Iório Filho, Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filpo, Michel Lobo Toledo Lima, entre outros (LIMA E BAPTIS-

Penalização e Despenalização: JECRIM X JVDM

A elaboração da Lei 11.304/06 em parte vem em resposta aos problemas relacionados à banalização da violência doméstica. Isto porque, quando havia algum procedimento no JECRim – Juizado Especial Criminal, no máximo se aplicava como pena, o pagamento de cestas básicas pelo acusado, ao invés de investir na mediação ou na aplicação de penas mais adequadas para conscientizar o acusado sobre o erro cometido, ou pelo menos para fazê-lo pensar sobre sua conduta. Evidente que o mero pagamento de cestas básicas transmitia ao acusado e ao acusador uma total ineficiência do Poder Judiciário de resolver o conflito que lhe fora apresentado.

Para entender essa mudança de competência, faz-se necessária uma breve informação dos motivos para criação da Lei 9.099/95, no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do desafio para se reestruturar a prestação jurisdicional no Brasil, na década de 80, o legislador editou a Lei 7.244 de 7 de novembro de 1984, criando os Juizados de Pequenas Causas, com a finalidade de simplificar a prestação jurisdicional do Estado, para causas cíveis de menor complexidade cujo valor não fosse superior a 20 (vinte) salários-mínimos. Facilitou-se ainda, o acesso ao Poder Judiciário ao excluir a obrigatoriedade da assistência jurídica por um advogado devidamente habilitado.

Essa lei foi bem recebida pelos magistrados, que viram a possibilidade de as partes terem suas demandas resolvidas por intermédio do conciliador e de desafogamento do poder judiciário. A novidade permitia que as partes chegassem a um consenso de forma mais célere e eficaz, utilizando os meios de resolução de conflitos e a propositura de medidas despenalizadoras, como aplicação de multa e penas alternativas, bem com as transações penais para delitos considerados de menor potencial ofensivo (AMORIM, 2007), conforme previsto no Código Penal.

Nesse inciso I do artigo 98 acima descrito, verifica-se a informação do legislador, que as infrações penais de menor potencial ofensivo serão de competência dos Juizados Especiais, possibilitando, assim, a aplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência doméstica e familiar contra mulher. Em relação aos crimes de violência mais grave como homicídio cuja competência continuaria sendo das Varas Criminais.

Essa mudança incomodou os movimentos feministas e as vítimas de violência doméstica, porque permitia a possibilidade de aplicação de penas alternativas, as quais não estavam exterminando com as agressões.

Embora a criação do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95) limitasse os conflitos inicialmente aos casos que previam penas no Código Penal aos crimes de baixo potencial ofensivo, com penas previstas até um ano, com a criação dos Juizados Federais tais penas foram aumentadas para dois anos, em

vista de que os delitos de pequeno potencial fossem considerados irrisórias quando praticados contra o Estado. Em vista disso, a violência contra a mulher tornou-se penalizadora por mais de um ano, conforme já abordado no trabalho.

Porém prevista no Código Penal, a violência contra mulher e qualquer cidadão era penalizada no Brasil, antes da criação do JECRIM.

No entanto, a sociedade brasileira encaminhava os conflitos de gênero para as delegacias policiais, o que concedia aos delegados papel importante nas comunidades locais. Era comum que as brigas conjugais, fossem encaminhadas às delegacias policiais modalidade informal e assim administrado. Nessas ocasiões, as partes se dirigiam às delegacias do bairro, porém não queriam formalizar as queixas de agressão, consideradas “bagatelas” (brigas de pequena importância). Então cabia ao delegado local administrar o conflito do casal. Ora repreendendo o marido/companheiro, ora reprimindo as queixas da mulher/companheira. Com advento da Lei 9.099/95, os delegados eram obrigados a registrar esse delito e encaminhá-lo para o Juizado Especial Criminal. Como o novo formato administrativo concedido ao conflito de gênero em 1995, os delegados perderam o prestígio nas comunidades locais, pois não mais poderiam exercer sua autoridade junto aos desentendimentos conjugais ocorridos nas comunidades locais que sediavam as delegacias.

Igualmente, o JECRIM não foi criado para abrigar conflitos domésticos especificamente e sim para acolher todos os tipos de delitos classificados no Código Penal como pequeno potencial ofensivo, inclusive as brigas de marido e mulher, compreendida na ocasião, com pena até um ano de prisão (baixo potencial ofensivo).

Todavia, os conflitos domiciliar e conjugal passaram a ser encaminhados para o JECRIM. O rol de conflitos penais de baixo potencial ofensivo era amplo e entre eles estavam os conflitos domésticos, incluindo a prática de violência doméstica contra a mulher. Mas, porte ilegal de arma, furtos, porte e consumo de drogas, violação de domicílio, entre outros delitos eram encaminhados para o JECRIM. Porém o volume de casos de violência doméstica começou a povoar o JECRIM, que ficou conhecido como o local em que a violência doméstica “não era punida”, ainda que violência de médio e alto potencial ofensivo de todos os tipos (incluindo a violência contra a mulher como os casos de ferimentos graves e mortes) sempre foram acolhidos nas Varas Criminais preexistentes ao Juizado Especial Criminal. Não demorou para que esses juizados fossem vistos como exemplo do pouco caso concedido pelo Brasil aos casos de violência contra a mulher, o que ensejou em grupo radical no conjunto dos movimentos femininos elegesse as violências sofridas por Maria da Penha Fernandes, praticadas pelo marido, tal como já referido antes, fosse eleito como caso padrão de descaso do Estado e da Justiça brasileira com a violência contra a mulher.

Mediante as providências já descritas anteriormente, sobretudo com o recurso encaminhado à Corte Interamericana, foi providenciada a promulga-

ção da Lei Maria da Penha que estabeleceu igualdade de tratamento para todas as gradações de delitos contra a mulher no âmbito dos novos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Criados em 1995, os Juizados Especiais Criminais atuaram por 12 (doze) anos até o advento da Lei Maria da Penha em 2006. Durante o tempo percorrido pela Lei Maria da Penha e a atualidade (2017) decorreram 11 (onze) anos e maior punição para os agressores, concedida pela Lei 11.340/06. Estamos (1995 a 2017) há 22 (vinte e dois) anos combatendo, seja por medidas mais brandas, ou mais severas, a violência contra a mulher brasileira e ainda não obtivemos resultados satisfatórios.

O que nos falta detectar sobre causas ou motivos que permitam um combate certo contra a violência endereçada à mulher brasileira?

Mais uma vez o judiciário não está verificando a natureza do conflito e sim, privilegiando a agressão física, com objetivo de punir. Não está resolvendo o conflito, mas devolvendo-o para a sociedade (AMORIM, 2006) ou até criando um conflito muito maior do que a agressões leves. Explica-se: muitas vezes as mulheres agredidas por seus maridos ou companheiros buscam o auxílio da Delegacia de Polícia ou do Poder Judiciário no intuito de terem ajuda para acabar com as agressões sofridas. No entanto, quando o legislador muda o paradigma e passa a impor como única alternativa para o fato a punição com uma pena privativa de liberdade para o agressor, cria-se outro problema para aquela família, pois os filhos ficarão sem o pai e o provedor do lar como nos casos em que o agressor é o arrimo de família. Pode-se, ainda, criar um conflito entre a mãe e os filhos, haja vista que esta foi a responsável pela prisão do pai. Não está aqui para se defender a impunidade, mas sim a criticar a mudança de paradigma trazida pela referida lei no sentido de somente criminalizar a conduta com uma única possibilidade que é a de prisão, seja lá qual for o caso de violência ou, ainda, a vontade da vítima, que muitas vezes, perdoa o agressor e deseja retirar o processo, pois o casal já se acertou.

Acredito que esta mudança de paradigma tenha ocorrido devido à atuação dos Juizados Especiais Criminais, nos casos que envolviam as agressões às mulheres, uma vez que eram negociadas penas alternativas, leia-se pagamento de cestas básicas, sem nenhuma outra consequência, seja trabalho social ou curso educativo. Além da alta reincidência de casos de mulheres agredidas por seus companheiros, que não encontravam proteção adequada nos Juizados Criminais, que tratavam somente a agressão física, deixando o aspecto moral desvalorizado (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2005). Não havia como dito, um aprofundamento da questão ou uma busca na solução do conflito, preferia-se aplicar pagamento de cesta básica que detinha a configuração de multa, como se fosse penalidade civil. Entretanto, no caso de conflitos em família de baixa renda o pagamento de cestas básicas representava despesa considerável e sobrecarga no orçamento familiar.

O judiciário não estava preparado violência contra a mulher no JECRIM. Porém, a mudança desse conflito para os Juizados da Violência Do-

méstica e Familiar contra a Mulher não trouxe alterações consideráveis. Segundo Luís Roberto Cardoso de Oliveira (2005,139), quando a violência contra a mulher era tratada no JECRIM a perda de identidade da vítima não era percebida, nem levada em conta pelo judiciário.

Como já foi dito, o pagamento de cestas básicas como pena alternativa para pessoas de baixa renda, a pena aplicada acabava punindo as próprias vítimas, pois tirava o recurso da unidade familiar doméstica. A sanção não guardava nenhum aspecto moral da agressão. Era como se a vítima fosse punida duas vezes, porque muitas vezes tinha que ajudar a pagar a cesta básica que o seu agressor fora condenado a fornecer. Se o agressor era de renda mais alta, ou de classe social mais abastada, a pena aplicada não surtiria nenhum efeito, havendo relatos de vários casos que os agressores chegavam ao cartório para comprovar o pagamento das cestas, diziam que se soubessem que seria tão barato, teriam batido mais vezes. Essa fala era repetida na frente da vítima, imputando a ela a condição de um objeto, em relação ao agressor (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2005).

É evidente que as palavras do agressor acima descritas causavam uma dor muito maior que a dor física propriamente dita, pois feria a dignidade do agredido enquanto pessoa. Sendo certo que em nenhum momento o Poder Judiciário teve o cuidado de analisar os casos que lhe são apresentados por este viés moral, limitando-se a analisar somente a dimensão física da agressão, ou seja, se foi uma lesão leve ou grave. Em nenhum momento se verificava a preocupação com o aspecto moral da violência perpetrada, causando, assim, uma desvalorização da identidade da vítima, o que evidentemente afronta a dignidade humana.

Assim, os movimentos feministas consagraram como banalização a aplicação das cestas básicas nos Juizados Especiais Criminais para os casos de violência doméstica. As vítimas ficavam insatisfeitas com o resultado da ação e os agressores achavam que prestar serviço à comunidade ou pagar cestas básicas era adequado para o delito cometido (DIAS, 2007).

Por outro lado, tínhamos mulheres que precisavam pagar as cestas básicas, para que o marido não fosse preso, pois dependia financeiramente do agressor para ajudar na alimentação e criação dos filhos (AMORIM, 2008).

Assim, formou-se uma corrente forte do movimento feminista pugnando para que o agressor fosse castigado, porque a lei deveria penalizar o indivíduo e trabalharam no projeto para criação do Juizado de Violência doméstica, abolindo qualquer possibilidade de aplicar penas alternativas, pois vivemos em uma sociedade que acredita que prendendo resolverá todos os tipos de violência no Brasil.

No juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher em que realizei a pesquisa, só tratavam nas audiências de instrução e julgamento dois tipos de crimes: ameaça ou violência física, muitas vezes, o agressor e o advogado de defesa acreditavam na possibilidade de um pagamento de multa, o que não poderia ser transacionado.

Através do quadro abaixo, pretendo abordar os pontos que diferenciam as duas leis.

O que Mudou Entre o Jecrim e o JVDM?

Usando um tipo de comparação por diferença, constata-se que o JECRIM e a Lei Maria da Penha são unidades distintas.

O JECRIM trata de vários conflitos entendido como baixo potencial ofensivo. A Lei Maria da Penha trata apenas de violência contra a mulher assumindo ser este conflito de alto potencial ofensivo, atribuindo penas graves.

Os Juizados Especiais Criminais permitiam que a mulher agredida pudesse desistir do processo resultante da queixa em face do seu agressor (marido, companheiro ou ex). Nesse sentido, a vítima era “dona do processo”, mediante direito assegurado a ela pelo estado como cidadã.

No JECRIM, configura-se o *Due process of law*¹ em que o Estado garante ao cidadão o direito de dispor do processo de acordo com seu legítimo interesse.

Na Lei 11.340/06, o direito de dispor do processo não pertence ao ofendido, neste caso a mulher vítima de violência doméstica. Ela é tutelada obrigatoriamente pelo Estado. Não se trata de cidadã amparada pelo Estado cuja liberdade perante o processo legal possa ser desfrutada por ela. O Estado a obriga ficar submetida ao processo legal determinado por ele. Essa modalidade não configura uma justiça própria de modelos de Estados Democráticos de Direito. Nesse sentido, a mulher não detém mais o processo, porque ela passa a pertencer ao Estado, tutor dela, como se ela fosse menor.

O JECRIM permitia as partes realizarem a transação penal procedimento bastante usado na justiça norte-americana para agilizar a finalização dos conflitos e dos processos, pois as partes entram em acordo e consensualizam a decisão final do conflito. Como se sabe os juizados brasileiros tiveram ins-

1 KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista de Sociologia e Política*, nº 13, p. 23-38, nov. 1999. Nesse trabalho autor compara os sistemas jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos, com ênfase nas instituições do tribunal do júri e o jury. Na sua pesquisa etnográfica verificou que o “*Due Process of Law*” aplicado no EUA é diferente do “devido processo legal” no Brasil. Segundo Kant: “Nos EUA é uma opção do acusado, a quem é *devido*, pelo Estado, um determinado procedimento judicial, em condições estipuladas pela quinta e sexta emenda constitucionais, que incluem, entre outros, o direito a um *speedy trial* – um julgamento rápido; a segunda é que, não havendo *exclusionary rules* – regras de exclusão das evidências levadas a juízo, nem uma hierarquia de provas – que separe, ao final do julgamento, os fatos provados daqueles que não o foram – tudo, literalmente, pode ser alegado em defesa – ou em acusação – no processo, o que produz uma parafernália de elementos tanto mais ampla quanto mais abundantes forem os recursos do acusado e dos acusadores; finalmente, ao assegurar constitucionalmente o direito de o acusado não se auto-incriminar (direito ao silêncio) testemunho”. Para o autor, no Brasil, o devido processo legal busca assegurar a presunção da inocência, garantir o direito do contraditório e da ampla defesa. Nesse caso, podendo o acusado usar todos os recursos cabíveis no poder judiciário, não sendo uma opção do acusado.

piração nas *Small Claims Courts* de Nova York², razão pela qual aparecerem alguns princípios próprios do direito americano, a transação penal (*plea bargaining*³) é um deles.

O instituto de transação penal deriva do direito norte-americano, mas assume uma combinação própria no direito brasileiro.

Já a Lei Maria da Penha não permite que as partes encontrem juntas, a saída ou solução para o conflito que vivenciam, cabendo ao Estado ser o único detentor da sabedoria para encontrar solução para o conflito. Nesse sentido, os conflitos não são das partes e sim do Estado.

No JECRIM cabe a suspensão condicional do processo, no caso, o juiz pode determinar tempo para tratamento do acusado (no caso de ser o agressor viciado em drogas, jogos, alcoolismo, etc.).

Nesse caso, o réu era encaminhado VEP ou poderia tratar-se em clínica particular, mas o juiz deveria ser comunicado dos avanços e resultados nesse tratamento⁴. Geralmente, o Juiz proferia na VEP, porque este fazia os comunicados constantes. Era comum que esgotado o tempo de suspensão do processo, o réu continuasse se tratando informalmente na VEP. A Lei 11.340/06 não admite a suspensão do processo, que não é da parte e sim do Estado.

Além da Lei Maria da Penha ter que atender a decisão da Corte Internacional, a tradição brasileira, ainda presente na justiça criminal na atualidade, mantém traços fortes da herança inquisitorial presente na nossa história, desde a colonização. Esses traços de atender à Corte Internacional também se deflagram na nossa formação social e política católica e inquisitorial. Nos dias atuais, dizemos que o nosso processo penal é misto, ou seja, refém das características inquisitórias e contraditórias, mas ambas penalizadoras.

2 Artigo publicado em Agosto de 2006, na Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n. 17. A autora de forma pioneira realizou uma pesquisa de campo entre os juizados especiais federais e estaduais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, em perspectiva comparada (AMORIM, 2006, p.124).

3 *Plea bargaining* - significa uma negociação entre as partes, o autor e o réu, que tem como objetivo encerrar o caso sem julgamento do juiz. Normalmente a acusação negocia com acusado que cometeu casos de menor gravidade, barganha um tempo menor de prisão ou a retirada da acusação. O tempo da *Plean Bargaining* pode ocorrer a qualquer ponto do processo. Onde ocorre o acordo? No gabinete do Juiz. Versão inicial deste texto constituiu palestra do autor no III Seminário Internacional do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC), realizado na UFF, Niterói, em fevereiro de 2013. Uma versão dessa palestra, em inglês, foi publicada em DILEMAS - v. 7 – n° 3 – jul./ ago./ set. 2014 - p. 767-795. O atual texto que aqui se publica foi traduzido da versão publicada em inglês por Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho e Gabriel G. S. Lima de Almeida. A Revisão Técnica foi feita por Roberto Kant de Lima (p.70-30).

4 O artigo focaliza a administração de conflitos canalizados para o JECRIM na região metropolitana do Rio de Janeiro, em meio a controvérsias entre as novidades da Lei 9.099/95 e a tradição jurídica vigente, acerca da presença desta corte no conjunto do sistema judiciário criminal brasileiro, composto de 4 partes que adotam lógicas distintas e contraditórias. Dispositivos de nosso sistema são comparados com os adotados no sistema judiciário criminal dos EUA. OS JUIZADOS ESPECIAIS NO SISTEMA JUDICIÁRIO CRIMINAL BRASILEIRO: CONTROVÉRSIAS, AVALIAÇÕES E PROJEÇÕES 24 Maria Stella de Amorim (pesquisadora FAPERJ) Marcelo Burgos (pesquisador FAPERJ) e Roberto Kant de Lima (pesquisador de produtividade CNPq e FAPERJ) P.57.

Falta apreciar a aplicação da pena de pagamento com as cestas básicas, admitidas no JECRIM e abolidas da Lei Maria da Penha. Trata-se de uma pena que se torne civil e, segundo alguns autores, decorrente da evolução do direito antigo, que detinha sérias características penalizadoras e marcas da inquisitorialidade.

O Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95) busca menos penalização como forma de administração do conflito, por isso a possibilidade da renúncia ao processo legal, da transação penal, da suspensão condicional e aplicação de cestas básicas e multa. Ficou evidenciada a mudança de paradigma que a Lei Maria da Penha instituiu nos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a mulher (Lei 11.340/06), buscando a penalização, em que a vítima só pode renunciar na presença do Juiz, transformando as ações em públicas incondicionadas, não cabendo transação penal, nem suspensão do processo e não podendo aplicar cestas básicas.

Assim, verifica-se que o legislador optou por medidas mais penalizadoras do que aquelas despenalizadoras, no entanto esqueceu-se de que mandando o agressor para a cadeia, mesmo contra a vontade da vítima, em nada estará ajudando a resolver o problema, mas somente o estará devolvendo esse conflito para a sociedade, o que pode ser muito mais grave, não só para a vítima, mas para toda a sociedade.

Possibilidade de meios alternativos para administração dos conflitos

Em seu artigo de 2016, Simião descreveu através da sua pesquisa o trabalho diferenciado do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em Brasília, no Núcleo Bandeirantes, desenvolvido com a equipe multidisciplinar, envolvendo meios alternativos para administração dos conflitos, dando ênfase a necessidade da escuta tanto da vítima quanto o agressor:

No caso específico da aplicação da Lei Maria da Penha (LMP), este debate tem evidenciado uma tensão estrutural do campo entre setores favoráveis e contrários a um recrudescimento do tratamento legal aos homens acusados de violência contra mulheres. Na leitura de setores dos movimentos feministas, a condenação a penas de privação de liberdade de agressores seria caminho necessário à mudança de valores culturais permissivos com a agressão física e emocional às mulheres. Nesta ótica, iniciativas que envolvam práticas similares à mediação e conciliação tendem a ser vistas como um retrocesso em relação à LMP (SIMIÃO, 2016, p. 56)

Para o desenvolvimento do trabalho no Juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, em Brasília, se fez necessário contar com a equipe multidisciplinar para análise e tratamento do conflito:

Neste campo, uma disputa pelo sentido prevalente na Lei Maria da

Penha. Por um lado, a exclusão feita pela lei dos procedimentos previstos na Lei 9.009/95 para os casos de violência doméstica é lembrada como indicador de maior rigor para o tratamento deste tipo de crime, acentuando o caráter punitivo da lei. Por outro, lembra-se que a Lei vai além do tratamento estritamente judicial dos casos, prevendo um conjunto de procedimentos auxiliares aos juizados de violência doméstica que incluem a formação de equipes multidisciplinares para análise e tratamento do conflito, voltadas a atender mulheres, homens e familiares (SIMIÃO, 2016, p.56).

Esse projeto multidisciplinar no Juizado, Simião observa, em sua pesquisa, que o trabalho desenvolvido trata de uma experiência inovadora de atendimento por equipe multidisciplinar atualmente em Brasília. Entretanto já enfrenta alguns dilemas:

A pesquisa analisou uma experiência inovadora de atendimento por equipe multidisciplinar no Distrito Federal, indicando formas eficazes de explorar, no tratamento dos casos, dimensões usualmente alijadas da prática judicial, como a natureza do conflito, o desenvolvimento narrativo das interpretações dadas pelas partes ao conflito, bem como dos sentimentos e emoções associados à percepção da agressão. Por outro lado, ficam evidentes as limitações de incorporação deste espaço na lógica judicial predominante, indicando tensões e condicionantes que tornam difícil a percepção dos resultados como justos e equânimes. Destacam-se, nesse sentido, a perspectiva tutelar acerca dos direitos das mulheres e a lógica do contraditório, elementos que põe graves dilemas para a efetiva administração de conflitos dessa natureza (SIMIÃO, 2016, p.53).

Entretanto, o trabalho desenvolvido Núcleo Bandeirantes está encontrando algumas barreiras para implementação pelo Ministério Público de Brasília, pois a vítima deverá ser assistida e acompanhada pelo Estado. Uma vez que a prática nesse juizado diverge com a Lei 11.340/06, acredita-se que, nesse conflito, a mulher “hipossuficiente” precisa ter seus direitos amparados pelo Estado, não aceita que a equipe multidisciplinar faça atendimento às vítimas, fora do âmbito judicial (DIAS, 2006).

A pesquisa em tela foi realizada no juizado em que contempla uma equipe multidisciplinar, que não está conseguindo sanar as demandas do Tribunal, não podendo realizar o trabalho da escuta de ambas as partes envolvidas no conflito. E a proposta do Juizado de Violência familiar contra a mulher, de Brasília, buscou ambiente fora do tribunal em parceria com instituições privadas, para a prática de atividades jurídicas, busca aplicação dos meios alternativos de administração de conflito para que as partes possam se encontrar e falar. Percebi que o resultado apresentado acabou desafogando o judiciário, pois aconteceu uma escuta inicial para a realização de uma triagem podendo, assim agilizar os processos de natureza mais grave. O projeto busca olhar para a natureza do conflito, buscando utilizar uma alternativa para resolver o con-

frito e não somete penalizar o indivíduo.

Conclusão

Acreditamos que, ao invés de limitar-se a punir com prisão, deveria haver um esforço do Poder Judiciário e do Legislador no sentido de entender o problema que ocasionou aquela violência, e buscar alternativas para a solução do conflito, seja através de mediações, conciliações ou outras formas de resolução, sem aplicar uma fórmula padrão como a prisão, para todos que estiverem envolvidos em casos de violência doméstica, pois, como dito, muitas vezes, a prisão por si só atrapalha ou piora a situação da vítima.

Referências

AGENDE. **10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher** - Convenção de Belém do Pará. Brasília: AGENDE, 2004.

AMORIM, Maria Stella de. **Acesso à Justiça e Administração Judicial da Violência Contra a Mulher Brasileira. Políticas de Despenalização e de Penalização.** (Projeto Pronex/ CNPq/Faperj “Sistemas de Justiça Criminal e Segurança Pública, em uma perspectiva comparada: administração de conflitos e construção de verdades”, 2007).

_____. Juizados Especiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SJRJ**, n.17, p. 107-131, ago. 2006.

_____. Despenalização e penalização da violência contra a mulher brasileira. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 22, p. 111-128, 2008.

_____. Administração de conflitos judiciais em mercados metropolitanos brasileiros: consequências e dissonâncias na atualização de modelos avançados de estado e de mercado. In: LIMA, Roberto Kant de; EILBAUM, Lúcia e PIRES, Lênin (Orgs). **Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada.** Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 193-220.

_____. KANT DE LIMA, Roberto; BUGOS, Marcelo Baumann (Orgs). **Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil: Ensaio Interdisciplinares**, 2003.

_____. KANT DE LIMA, Roberto; BRURGOS, Marcelo Baumann (org.). Os Juizados Especiais no Sistema Judiciário Criminal Brasileiro: Controvérsias, Avaliações e Projeções. Versão preliminar deste texto foi publicada em francês, na **Revista Droit et Cultures**, número hors série, 2001-3, p. 199-228.

BARSTED, L. A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará, dez anos depois. In: **O progresso das mulheres no Brasil.** Brasília: UNIFEM, 2006.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo/ Simone de Beauvoir.** Tradução Sérgio Millet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira 2009. 2v.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina.** Tradução Maria Helena Kuhner.

2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. **LEI nº 11.340 de 07 de Agosto de 2006**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10865071/paragrafo-1-artigo-33-da-lei-n-11340-de-07-de-agosto-de-2015>>. Acesso em: 20 dez. 2016

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis R. **Direitos, insulto e cidadania**: (Existe violência sem agressão moral?). Série antropologia, p 136-146, 2005.

_____. A dimensão simbólica dos Direitos e a análise dos conflitos. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v.53 n.2, 2010.

_____. Cidadania, direitos e diversidade. **Anuário Antropológico/2014**, Brasília, UnB, v. 40, n. 1, p. 43-53, 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**, Brasília. 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada; artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: RT, 2007.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. Apresentação Fernando Henrique Cardoso. 48. ed. rev. São Paulo: Global, 2003.

GEERTZ, Clifford. **O Saber Local**. Novos ensaios em antropologia interpretativa. Petrópolis, Vozes, 2002.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação Judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro 2014

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e violência contra a mulher**: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2004.

_____. **Mapeamento das Delegacias da Mulher no Brasil**. Núcleo de Estudos de Gênero Pagu. Campinas: PAGU/UNICAMP, 2008.

LIMA, Lana Lage da Gama. As Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher no Rio de Janeiro: uma análise de suas práticas de administração de conflitos. In: NADER, Maria Beatriz; LIMA, Lana Lage da Gama. **Família, Mulher e Violência**. Vitória: EDUFES, 2007.

LIMA, Lana Lage; SILVA Luana Rodrigues da. Gênero e Justiça: administração de conflitos no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Campos do Goytacazes- RJ. Terceiro Milênio: **Revista Crítica da Sociologia e Política**, v. 2, n. 1, p. 137- 147, jan./ jun. 2014.

KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber E poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. In:

Anuário Antropológico, v. 2, p. 25-51, 2010.

LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A pesquisa empírica no Direito como desafio para um Judiciário mais democrático. **Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**, n.7, 2010.

MELLO de, Adriana Ramos (Org.) **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA NETTO, Antonio Fernandes. **A Conciliação em disputa no juizado especial cível carioca**: controvérsias e experiências processuais. Dissertação (Mestrado) – Universidade Veiga de Almeida, Mestrado Acadêmico em Direito, Rio de Janeiro, 2016.

SAMPAIO, Luiz Fernando de Souza. **A Particularização do direito penal no mercado legislativo brasileiro**. / por Luiz Fernando de Souza Sampaio. – 2016. 185 f.: 30 cm. Digitado (Original). Dissertação (Mestrado) – Universidade Veiga de Almeida, Mestrado Acadêmico em Direito, Rio de Janeiro, 2016.

SIMIÃO, Daniel Schroeter. **As donas da palavra**: gênero, justiça e a invenção da violência doméstica no Timor –Leste. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2015.

_____. Reparação, justiça e violência doméstica: perspectivas para reflexão e ação. **Revista da Antropologia**, 2016.

SOIHET, Rachel. **Mulheres Pobres e violência no Brasil urbano**. In: PRIORI, Mary Del (org); Carla Bassanezi (coord. de textos). 9. ed. 1ª reimpr. São Paulo: Contexto, 2008. p. 362-400.

VAINFAS, **Ronaldo**. **Homoerotismo feminino e o Santo Ofício**. In: PRIORI, Mary Del (org); Carla Bassanezi (coord. de textos). 9. ed. 1º reimpr. São Paulo: Contexto, 2008. p. 115-139.

O COMBATE AO TERRORISMO NA GARANTIA DA EFETIVIDADE DA LIBERDADE RELIGIOSA

Louise Amorim Beja

Doutoranda em Ciências Jurídico Criminais e mestranda em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu na Universidade de Coimbra. Pesquisadora

Resumo:

Os fenômenos religiosos desde sempre tiveram impactos na regência da sociedade ao longo da história. Dessa forma o direito à liberdade religiosa, como um direito humano, emergiu no cenário internacional diante de uma série de tratados firmados entre os Estados. Ao longo dos anos ganhamos cada vez mais direitos, e com isso, grandes responsabilidades, nesse sentido os desafios de atualmente se mostram cada vez mais complexos. O terrorismo é a prova disso, enquanto se tenta legitimar uma liberdade de crença para cada pessoa em todo lugar do mundo, uns teimam em fazer da sua verdade absoluta, e acabam por cercear o direito de outrem ao “sagrado”. Tais questões, seja na figura do terrorista, nos Estados, nas vítimas, e no próprio religioso, visam ser discutidas neste trabalho. Objetiva-se contribuir para a promoção dos direitos humanos, nomeadamente o direito à liberdade religiosa, entendendo como a manutenção deste direito é uma poderosa medida de combate ao terrorismo religioso.

Palavras-chave: Religião; Liberdade religiosa; Terrorismo; Direitos humanos.

Introdução

No século IV a dignidade Humana foi encontrada nas Obras de Santo Agostinho, no qual um dos grandes marcos da história foi Constantino se convertendo ao Cristianismo. Aquilo que era concebível como aceitável pela sociedade, passa a ser questionado, e assim a população passou a elevar a consciência humana, quando um monge Egípcio entra na arena para parar os jogos, e logo em seguida as lutas no coliseu romano com os gladiadores foi extinta.¹

¹ MACHADO, Jónatas. *Sessão de abertura do V Congresso Internacional em Direitos Humanos – CIDH 2020*, 13 de outubro de 2020, às 10:30, no auditório da reitoria da Universidade de Coimbra.

A clara distinção entre o clero e o povo, nos trouxe até a reforma protestante, que começou com uma crítica ao comércio da igreja católica, no qual temos Lutero² convocando um *disputatio*, que achou pertinente serem discutidas as indulgências. Após esse período de indagações luteranas, emergiram várias revoltas violentas dos camponeses contra os senhores feudais. Abertura confessional religiosa acionou movimentos religiosos (violentos), “uma luta polarizada e violenta por ortodoxia”.³

O “pai do direito internacional”, conhecido por Hugo Grócio, teve de se esconder dos Calvinistas, e acabou por pedir asilo político ao Rei Francês. Nesse contexto de pluralismo religioso um bocado caótico, um bocado desordenado, começam a surgir petições, sobretudo na Inglaterra, um documento assinado/proposto pelos cavaleiros, assinados pelos Monarcas.

Dessa maneira, é perceptível a tomada de vários movimentos no sentido de estipular uma liberdade religiosa, John Miller no Séc XVII, reivindicou a liberdade de expressão contra censura, e ficou conhecido como o “pai da liberdade de expressão”. Nesse sentido Edward Coke veio defender também os Direitos das independências dos Tribunais, o que hodiernamente isso é algo muito importante, a independência do poder judiciário.^{4,5}

Em um primeiro plano de discussão propriamente em defesa da liberdade religiosa, tivemos Roger Williams, um defensor de destaque da tolerância religiosa, que via os puritanos serem maltratados no sistema judiciário,⁶ e sustentou a garantia ampla da liberdade religiosa. Já John Locke,⁷ veio defender a tolerância religiosa de forma limitada, no qual argumentava que a tolerância⁸

2 Lutero em alguns dos seus escritos é flagrantemente antisemita. Cfr. MACHADO, Jónatas. *Sessão de abertura do V Congresso Internacional em Direitos Humanos – CIDH 2020*, 13 de outubro de 2020, às 10:30, no auditório da reitoria da Universidade de Coimbra.

3 MACHADO, Jónatas. *Sessão de abertura do V Congresso Internacional em Direitos Humanos – CIDH 2020*, 13 de outubro de 2020, às 10:30, no auditório da reitoria da Universidade de Coimbra.

4 No atual cenário mundial, tem sido comum observarmos em muitos casos os tribunais sendo influenciados pela mídia, pelas *Fake News*, e até mesmo por representantes de Estados, como é o caso dos Estados Unidos da América, o que resulta em muitas decisões duvidosas, e questiona-se a imparcialidade que várias cortes deveriam ter e não tem.

5 MACHADO, Jónatas. *Sessão de abertura do V Congresso Internacional em Direitos Humanos – CIDH 2020*, 13 de outubro de 2020, às 10:30, no auditório da reitoria da Universidade de Coimbra.

6 Williams acabou indo para a colônia de Massachusetts, e foi perseguido. Dessa forma, ele acabou fugindo e como resultado acabou por fundar a cidade de Providence, e nesse território cria a liberdade religiosa para todas as pessoas. Cfr. MACHADO, Jónatas. *Sessão de abertura do V Congresso Internacional em Direitos Humanos – CIDH 2020*, 13 de outubro de 2020, às 10:30, no auditório da reitoria da Universidade de Coimbra.

7 O filósofo John Locke ficou bastante conhecido pelo contributo que deixou a tolerância, para maior compreensão sobre o seu contributo ler LOCKE, John. *Carta sobre a Tolerância*, Edições 70, 1997.

8 A tolerância no seio do estudo da liberdade religiosa é um importante instrumento de garantia desse direito, como também uma notável ferramenta de promoção da paz entre culturas e Estados. Para aprofundar sobre o tema, recomenda-se a leitura de GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *O intervalo da tolerância na fronteira da juridicidade: - fundamentos e condições de possibilidade de projeção jurídica de uma (re) construção normativamente substancial da*

era apenas para os grupos religiosos protestantes.⁹

Apesar de nesse período já se notar um amplo pluralismo religioso, não havia liberdade religiosa, mas sim uma tolerância limitada¹⁰. Nesse sentido Friedrich Nietzsche põe em causa os antigos valores da cristandade, que acabaram por perder referências absolutas, e que diante disto os seres humanos iriam querer reafirmar a vontade de poder.¹¹

Todos esses autores ao longo da história da humanidade influenciaram muito os Direitos Humanos, que hoje são um importante instrumento de manutenção da paz mundial, inclusive no combate ao terrorismo religioso. Dessa maneira foi possível também identificar uma constante na evolução da humanidade: a presença da religião. Portanto, não se pode negar a sua importância para regência da sociedade, por isso, passaremos agora a compreensão do fenômeno do terrorismo religioso, os seus métodos de opressão, como também investigamos se os mecanismos de proteção aos Direitos Humanos na atualidade que visam efetivar a garantia da Liberdade Religiosa.

Para tanto, este trabalho é norteado pelas seguintes perguntas orientadoras: temos mecanismos de proteção que garantam a dignidade humana em matéria de liberdade religiosa? Esses mecanismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos estão sendo eficientes na sua garantia? A sociedade internacional tem feito algo no combate a intolerância religiosa e o terrorismo?

Este trabalho foi baseado em uma pesquisa teórica, de natureza investigativa e analítica, realizada através da coleta de dados disponíveis em bibliografias e documentos. A formatação do texto segue as recomendações da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em acordo com as regras estipuladas pelo V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra.

Terrorismo Religioso e o Desafio da Proteção Internacional de Direitos Humanos

A palavra “terrorismo” tem origem do latim, especificadamente do ter-

exigência de tolerância. (Tese respeitante à candidatura ao grau de Doutoramento em Direito na área de Ciências Jurídico-Filosóficas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 2012.

9 MACHADO, Jónatas. *Sessão de abertura do V Congresso Internacional em Direitos Humanos – CIDH 2020*, 13 de outubro de 2020, às 10:30, no auditório da reitoria da Universidade de Coimbra.

10 Sobre os limites da tolerância se recomenda a leitura de GAUDÊNCIO, Ana Margarida. *Tolerância e Terror(ismo), prelúdio(s) e fuga(s)? A narrativa do medo na perspetivação (jurídica) do radicalmente outro.* In (coord.) LINHARES, José Manuel Aroso; ANTUNES, Maria João. *Terrorismo: Legislação comentada. Textos doutrinários*, Instituto jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 309-330

11 Um certo vitalismo, vontade de poder, de afirmação do poder. A título de exemplo, podemos identificar alguns chefes de Estado com essa postura, como é o caso do atual presidente Norte-americano Donald Trump e do presidente russo Vladimir Putin, como uma alusão aos Super-Homens(mens) de Nietzsche. Cfr. MACHADO, Jónatas. *Sessão de abertura do V Congresso Internacional em Direitos Humanos – CIDH 2020*, 13 de outubro de 2020, às 10:30, no auditório da reitoria da Universidade de Coimbra.

mo “terrere”, que se traduz em “assustar”, portanto este não é um fenômeno novo, pois há muito já existe traição, traição política, engano e violência, desde que os seres humanos se formaram em grupos políticos.¹²

Devido a imensa dificuldade de se delimitar um conceito de terrorismo, iremos nos pautar por Richard Garnett e Paul Clarke, que usam as definições mais comuns como: o terrorismo tem como alvo não-combatentes, característica que o diferencia da guerra; o terrorismo usa geralmente violência ou ameaça de violência para incutir terror; o terrorismo é motivado por fatores agravados do contexto subjacente, como disputas políticas, religiosas ou ideológicas.¹³

O fenômeno do terrorismo religioso se apodera de uma determinada religião para praticar atos violentos e se manter no poder, seu conceito atravessa várias perspectivas de significado, nomeadamente, forma de governo, ato de Estado e atos praticados contra o Estado. Nesta ótica evolutiva e de transformação figuradas, o fenômeno do terrorismo se torna uma grande rede de interações cruzadas, extremamente complexa e atomizada. A sua nova roupagem e o seu alcance agem não somente através do Estado ou contra o Estado, mas atua também além deste, pois pessoas tem o seu direito de liberdade religiosa também cerceados em causa deste fenômeno. O resultado já conhecemos, atos de intolerância religiosa, pessoas vítimas de opressão.

A proteção internacional dos Direitos Humanos se consolidou após a II Guerra Mundial, e assim veio garantir que mecanismos eficientes tutelassem a liberdade religiosa do indivíduo como direito essencial, e de certa forma tais mecanismos, são um importante auxílio no combate a atos violentos praticados pelo terrorismo religioso e a intolerância religiosa. Essa proteção se dá em várias perspectivas: a nível internacional, respaldada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos; como também a níveis regionais: sendo o americano, europeu e africano, etc.¹⁴

É possível verificar que o terrorismo, não só afeta o coletivo, nomeadamente os Estados, mas o individual também. Após o 11 de setembro, muitos Estados tomaram medidas mais efetivas no tocante ao terrorismo, sob o argumento de “segurança nacional”, e inclusive adotaram leis que violam a liberdade de manifestação religiosa individual, como é o caso da lei francesa¹⁵

12 BEJA, Louise Amorim. *Liberdade Dúctil: Aplicação seletiva da liberdade religiosa no “combate” ao terrorismo, provocações da pós modernidade e garantia dos direitos humanos*. (Dissertação respeitante à candidatura ao grau de Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 2020, p. 64.

13 GARNETT, Richard; CLARKE, Paul. *Cyberterrorism: a new challenge for International Law*. In: BIANCHI, A. (ed.) *Enforcing international law norms against terrorism*, Portland: Heart, 2004, (pp. 465-488) pp. 465 e ss.

14 BEJA, Louise Amorim. *Liberdade Dúctil: Aplicação seletiva da liberdade religiosa no “combate” ao terrorismo, provocações da pós modernidade e garantia dos direitos humanos*. (Dissertação respeitante à candidatura ao grau de Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 2020, p.43-70.

15 FRANCE. *LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

- pioneira na Europa- que proibiu vestimentas que cubram o rosto, como a *burca* e o *niqab* em seu território.

Sobre legislações nesse sentido, é preciso muita razoabilidade, pois garantir a segurança de um Estado, não deve se pautar em restrição de direitos como é neste caso da lei citada, o da liberdade de manifestação individual da liberdade religiosa. Estamos vivendo um tempo mesmo paradoxal, ao passo que um Estado legitima uma norma que obriga aos cidadãos o uso de máscara em espaços públicos com a pandemia da Covid-19, este é também o mesmo que não permite que mulheres muçumanas exerçam sua liberdade individual de manifestação religiosa através do código de vestimenta.¹⁶ Dessa forma, é possível identificar que não somente os terroristas violam os direitos humanos, mas também os Estados em face desse fenômeno acabam por violar direitos “garantidos” nos sistemas de proteção internacional e regionais.

De fato, o terrorismo traz grandes desafios para a sociedade pós-moderna, e é no seio dessas provocações que a globalização nos coloca, que devemos estar muito atentos para não discriminar o outro, para que os Direitos Humanos não sejam violados. O verdadeiro combate ao terrorismo é feito com medidas mais severas de controle de fronteiras, observando critérios de financiamento terrorista, acompanhamento de atividades do serviço secreto de cada Estado, etc., fazendo-se com no seio de um direito penal de um Estado democrático de direito, à luz dos preceitos da dignidade humana, como também de uma dogmática de um direito penal da humanidade, para um direito penal do ser humano.¹⁷ Por tanto, a política criminal em matéria de terrorismo deve se resultar como um fenômeno jurídico-criminal, ou se ele estiver englobado no contexto do direito da guerra, uma vez que os crimes provenientes do terrorismo já estão tipificados como ilícitos e são seriamente punidos nas legislações penais pela maioria dos Estados.¹⁸

Portanto, medidas puramente militares são ultrapassadas, já que o alvo precisa ser multifacetado, ou seja, deve atingir também a raiz do problema, devem os Estados estarem atentos ao financiamento dos atos terroristas, ao monitoramento da mendicância, visto ser um ato de exploração por parte de grupos terroristas em desfavor da condição de fragilidade do indivíduo, considerar o uso de operações secretas (em moldes americanos), e promover de

16 BEJA, Louise Amorim. *Liberdade Dúctil: Aplicação seletiva da liberdade religiosa no “combate” ao terrorismo, provocações da pós modernidade e garantia dos direitos humanos*. (Dissertação respeitante à candidatura ao grau de Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 2020, p.95-98.

17 Tzitzis elucida seu pensamento como o humanismo pós-moderno, com base em uma “proteção da humanidade do homem considerado individualmente ou coletivamente, contra as ameaças que o cercam”, com as impossibilidades dessas ameaças se manifestarem no “perigo da supressão desta humanidade ou no atentado à sua integridade, mas ainda o tratamento desigual do “eu” em relação aos outros, ou até a mortificação do “eu” pelos outros”. Cfr. TZITZIS, Stamatios. *Filosofia penal*. (Trad.) *La Philosophie Pénale de Mario Ferreira Monte*, Aveiro: Legis Editora, 1999, p. 86.

18 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O “progresso ao retrocesso”*, 4ª edição, Coimbra: Almedina, 2020, p. 155.

fato uma fiscalização e controle ainda maior.

É preciso criar mecanismos de controles normativos para fiscalizar a atuação das organizações não governamentais e empresas transnacionais (atos de doação e registro de empresas), aperfeiçoar a mão de obra técnica especializada em terrorismo (facilitar o monitoramento e a perícia, visto os atos terroristas se modernizarem sempre), tornar o plano de ação regional de combate ao terrorismo uma realidade, combater a corrupção nos órgãos administrativos desses demais governos estatais em questão, e por fim, construir uma aliança real de cooperação com os países desenvolvidos que se dispõem a auxiliar no processo de combate ao terrorismo, a manutenção da paz contida na Carta das Nações Unidas, bem como a liberdade religiosa em todo o mundo.

Já em relação ao enfrentamento quanto à atuação de grupos terroristas como forma de proteger a paz e a segurança da população mundial, pensa ser relevante suscitar o debate no tocante à competência do Tribunal Penal Internacional para o julgamento de casos de terrorismo. Sabe-se que a discussão é ampla e profunda, todavia, pensa que esta seria uma alternativa a ser acrescentada às atividades da aliança de cooperação, com vistas a auxiliar no processo de combate ao terrorismo e garantia dos direitos fundamentais em todo o mundo.

Conclusões

Desse estudo foi possível concluir que os mais de cem tratados multilaterais norteadores da proteção dos direitos humanos, não cumprem com eficácia o seu dever, por em muitos casos serem tratados como normas *soft laws*.

As tratativas acerca da liberdade religiosa sido insuficientes, e todos os observadores políticos concordam que as soluções puramente militares não terão êxito se não foram complementadas com outras ações que promovam o desenvolvimento e uma cultura de diálogo, já que muitas vezes os terroristas se encontram em um terreno favorável entre as populações marginalizadas, com uma alta taxa de desemprego juvenil.

Se faz necessário tomar medidas mais efetivas de combate a intolerância religiosa, como a criação de plataformas inter-religiosas para diálogo ou ações sociais mais fortes em favor da paz. A nível internacional, regional e nacional, incluindo os Estados-Membros e a sociedade Civil (em particular os líderes religiosos, os eruditos, os Meios de Comunicação, os advogados, as ONG's)¹⁹ coordenem as suas respostas a estes fenómenos, com o intuito de fomentar o respeito pelas liberdades fundamentais, para prevenir e combater o extremismo violento, na finalidade de proteger as populações, as minorias e também de promover a paz e a segurança internacionais, bem como termos

19 OLTEANU, Liviu. *Coordenação e cooperação dos "Atores do Diálogo dos Cinco" como pré-requisito para a harmonia internacional*, in *Consciência e Liberdade 2018 – A influência da liberdade religiosa na paz e na segurança: Desafios à Liberdade Religiosa, à Paz e à Segurança e a necessidade de coordenar os atores do "Diálogo dos Cinco"*, Sabugo: Publicação Oficial da Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, nº 30, 2018, pp. 19-22.

sociedades mais pacíficas e inclusivas. Onde através da educação para os direitos humanos teremos a chave para a tolerância religiosa em todo o mundo, saber respeitar o espaço do outro é crucial para termos uma sociedade justa e igualitária.

Desse modo, é necessário que cada Ente desta problemática, realize seu papel como uma responsabilidade em nome da nossa paz, tendo como um dever a construção efetiva da mesma, e um verdadeiro status de segurança. Portanto, é importante estabelecermos uma “Plataforma Internacional sobre Religião, Paz e Segurança”, com o objetivo de promover sociedades pacíficas e inclusivas. Visando trabalhar em conjunto a perspectiva da diplomacia e educação sobre a liberdade religiosa, como prioridade para a política pública, tendo como base uma diplomacia preventiva e uma diplomacia na educação sobre mudança de mentalidades para a liberdade religiosa e líderes religiosos.²⁰

É relevante a adoção e atuação dos “Agentes e Embaixadores da Paz”. No que concerne a urgência para as decisões políticas, tendo como base o quadro do “Diálogo dos Cinco”, na ótica da Crise Internacional que engloba religião, a sociedade, o desenvolvimento da paz e segurança, dos Direitos Humanos, buscando promover o Direito à Liberdade de Religião e de Crença, e trabalhar a problemática dos migrantes e a crise dos refugiados.²¹

Também se faz necessário a atuação de um sistema de cooperação dos Estados, para um combate eficaz ao terrorismo, e a aplicação do mecanismo de uso da força e pressão quando for estritamente necessário, respeitando todos os parâmetros estabelecidos no Direito Internacional.

Sobre o sistema de cooperação internacional para o enfrentamento ao terrorismo, importa ainda suscitar a discussão a respeito da relevância da inclusão do terrorismo no rol dos crimes de competência para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. Inclusão esta, que nesta análise, implicaria em mais um avanço no combate internacional ao terrorismo.

Portanto, pode se afirmar que o sistema de cooperação internacional no combate ao terrorismo, quando aplicado acaba por não ser eficaz. É preciso que todos os Estados implementem medidas que atuem de forma efetiva na promoção da eliminação de todas as formas de discriminação religiosa ou de crença no exercício dos Direitos Humanos e nas liberdades fundamentais.

A missão é difícil, tendo os Direitos Humanos como um terreno disputável e complexo, o preço que se paga pela liberdade é a vigilância eterna.

20 OLTEANU, Liviu. *Antecedentes do Quadro “Diálogo dos Cinco”*, in *Consciência e Liberdade 2018 – A influência da liberdade religiosa na paz e na segurança: Desafios à Liberdade Religiosa, à Paz e à Segurança e a necessidade de coordenar os atores do “Diálogo dos Cinco”*, Sabugo: Publicação Oficial da Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, n° 30, 2018, pp. 23-27

21 OLTEANU, Liviu. *Coordenação e cooperação dos “Atores do Diálogo dos Cinco” como pré-requisito para a harmonia internacional*, in *Consciência e Liberdade 2018 – A influência da liberdade religiosa na paz e na segurança: Desafios à Liberdade Religiosa, à Paz e à Segurança e a necessidade de coordenar os atores do “Diálogo dos Cinco”*, Sabugo: Publicação Oficial da Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, n° 30, 2018, pp. 19-22.

Devemos estar sempre atentos a proteção destes direitos.

Referências

BEJA, Louise Amorim. **Liberdade Dúctil**: Aplicação seletiva da liberdade religiosa no “combate” ao terrorismo, provocações da pós modernidade e garantia dos direitos humanos. (Dissertação respeitante à candidatura ao grau de Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 2020.

FRANCE. **Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010. interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.**

GARNETT, Richard; CLARKE, Paul. Cyberterrorism: a new challenge for International Law. In: BIANCHI, A. (ed.) **Enforcing international law norms against terrorism**, Portland: Heart, 2004, (pp. 465-488).

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **O intervalo da tolerância na fronteira da juridicidade**: - fundamentos e condições de possibilidade de projecção jurídica de uma (re) construção normativamente substancial da exigência de tolerância. (Tese respeitante à candidatura ao grau de Doutoramento em Direito na área de Ciências Jurídico-Filosóficas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 2012.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida. Tolerância e Terror(ismo), prelúdio(s) e fuga(s)? A narrativa do medo na perspetivação (jurídica) do radicalmente outro. In (coord.) LINHARES, José Manuel Aroso; ANTUNES, Maria João. **Terrorismo**: Legislação comentada. Textos doutrinários, Instituto jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 309-330.

LOCKE, John. **Carta sobre a Tolerância**, Edições 70, 1997.

MACHADO, Jónatas. **Sessão de abertura do V Congresso Internacional em Direitos Humanos – CIDH 2020**, 13 de outubro de 2020, às 10:30, no auditório da reitoria da Universidade de Coimbra.

OLTEANU, Liviu. Antecedentes do Quadro “Diálogo dos Cinco”, in *Consciência e Liberdade 2018 – A influência da liberdade religiosa na paz e na segurança: Desafios à Liberdade Religiosa, à Paz e à Segurança e a necessidade de coordenar os atores do “Diálogo dos Cinco”*, **Sabugo**: Publicação Oficial da Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, n° 30, 2018, pp. 23-27

OLTEANU, Liviu. Coordenação e cooperação dos “Atores do Diálogo dos Cinco” como pré-requisito para a harmonia internacional, in *Consciência e Liberdade 2018 – A influência da liberdade religiosa na paz e na segurança: Desafios à Liberdade Religiosa, à Paz e à Segurança e a necessidade de coordenar os atores do “Diálogo dos Cinco”*, **Sabugo**: Publicação Oficial da Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, n° 30, 2018, pp. 19-22.

TZITZIS, Stamatios. **Filosofia penal**. (Trad.) La Philosophie Pénal de Mario Ferreira Monte, Aveiro: Legis Editora, 1999.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**: O “progresso ao retrocesso”, 4ª edição, Coimbra: Almedina, 2020.

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA SUA APLICABILIDADE E EFETIVIDADE

Marcela Casanova Viana Arena

Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Mestranda em Direitos Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo compreender o alcance e a aplicabilidade do instituto da Homologação de Acordo Extrajudicial, introduzido pela Reforma Trabalhista, como forma de solução adequada dos conflitos na seara laboral. Para cumprir esse propósito, foi realizada observação em acordos extrajudiciais e audiências respectivas, além de investigação doutrinária, com a adoção do método de abordagem dedutivo, tipo de pesquisa bibliográfica, documental e exploratória. Os achados da pesquisa indicaram que o instituto da homologação de acordo extrajudicial na seara trabalhista é utilizado ainda de forma tímida em razão da generalidade da sua previsão legal, mas tem se mostrado crescente e efetivo. A principal contribuição desse estudo é especificar os requisitos e o manejo do instituto em comento para estimular a pacificação social.

Palavras-chave: Solução adequada dos conflitos; Homologação de acordo extrajudicial; Reforma trabalhista.

Introdução

As soluções adequadas dos conflitos consistem em efetiva forma de acesso à justiça, considerando a sua possibilidade de permitir que os próprios interessados resolvam o litígio de forma dialogada, ao invés de receber uma solução imposta pelo Poder Judiciário, bem como pela resposta mais célere. O instituto da homologação de acordo extrajudicial, espécie de processo de jurisdição voluntária, foi introduzido pela Reforma Trabalhista, promovida pela Lei 13.467 (BRASIL, 2017), e consiste em um novo método alternativo de solução de disputas no âmbito laboral.

A constante mutação das relações sociais e, especialmente, das relações

de trabalho, com avanços tecnológicos, novas profissões e novas formas de trabalho tem o potencial de aumentar os conflitos sociais, os quais são direcionados ao Poder Judiciário, em clara terceirização do conflito pelos interessados. Diante desse cenário de conflituosidade, parece claro que a centralização das soluções dos conflitos pelo Estado não irá resultar em acesso à justiça célere e eficaz, apresentando-se os métodos adequados de resolução dos conflitos como uma alternativa à realidade vivenciada.

Ainda que os métodos não adversariais sejam bastante estudados pela literatura, ainda há pouco estudo científico sobre o instituto da homologação de acordo extrajudicial no âmbito da Justiça do Trabalho, restando ainda incertezas quanto aos seus requisitos e procedimentos, não satisfeitos integralmente pelo legislador. Neste sentido, considera-se pertinente o estudo sobre o alcance e a aplicabilidade do acordo extrajudicial como forma de contribuir para solução integral e consensual dos litígios.

Diante do cenário por ora construído, questiona-se quais os requisitos necessários para a efetividade da homologação do acordo extrajudicial como forma de solução adequada dos conflitos trabalhistas. A partir de tal questionamento, este artigo tem como propósito analisar o instituto em comento e apresentar interpretações e formas de atuação em relação às lacunas existentes, abordando questões como a extensão da quitação, se limitada ao objeto do acordo ou se pode alcançar todo o contrato de trabalho. Aborda, ainda, a lacuna sobre a possibilidade ou não de adequação do mérito do acordo, com homologações parciais, na hipótese em que o magistrado não concorda com a totalidade das cláusulas acordadas, bem como se é necessário nesse caso e em quais outros a designação de audiência para oitiva dos interessados.

Esta pesquisa constitui uma proposta de investigação do instituto da homologação do acordo extrajudicial, como forma de contribuir para o estímulo da solução adequada dos conflitos trabalhistas, propondo-se harmonizar as vantagens da conciliação com as normas imperativas do direito do trabalho, com o escopo de não somente reduzir quantitativamente os processos em curso, mas sim ressaltar o viés qualitativo da conciliação na efetivação de direitos fundamentais.

Para tanto, este artigo adota o método de abordagem dedutivo e o tipo de pesquisa bibliográfica, documental e exploratória, tendo em vista a pouca quantidade de pesquisas e estudos sobre o tema. Foi realizada, ainda, observação e análise de conteúdo de acordos extrajudiciais submetidos ao Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (Cejusc) de Passo Fundo/Posto Avançado da Justiça do Trabalho de Marau/RS, nos anos de 2018 e 2019.

Homologação de Acordo Extrajudicial

A inauguração da política pública de tratamento dos conflitos criada pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), seguida

pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) e pela Lei 13.140 (BRASIL, 2015) e posterior Resolução 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (BRASIL, 2016), com práticas preponderantes de conciliações e mediações e com a criação dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSCS), marcou a crescente aplicabilidade dos métodos adequados de solução dos conflitos no âmbito da Justiça do Trabalho.

A importância da consolidação dos métodos consensuais reside no elevado grau de litigiosidade no país. O recente relatório do Justiça em Números do CNJ (BRASIL, 2020) demonstra que no final do ano de 2019 o Poder Judiciário contava com 77,1 milhões de processos em andamento, aguardando solução definitiva. O índice de litigiosidade social também pode ser identificado a partir do referido relatório, o qual informa que no ano de 2019, a cada 100 mil habitantes, 12,2 ingressaram como uma ação no Poder Judiciário. Apesar do número de processos pendentes apresentar redução em relação aos anos anteriores (em torno de 1.500.000 processos pendentes a menos em relação ao ano de 2018), o número ainda é elevado e preocupante em relação a taxa de litigiosidade social que mostrou um aumento em relação ao período anterior (11,7%).

Tradicionalmente o acesso à justiça no cenário nacional contempla a resolução consensual dos conflitos ou a solução por adjudicação (decisão por sentença, acórdão). As soluções não adjudicadas compõem o conceito de sistema multiportas de solução de litígios, também conhecido como Tribunal Multiportas, que consiste em analisar a possibilidade de resolução de cada conflito por uma das portas/soluções viáveis, seja a conciliação, a mediação, a arbitragem ou a própria decisão judicial. O conceito de Tribunal Multiportas foi criado pelo Professor de *Harvard Law School*, Frank Sander, em 1976, quando lançou um documento chamado *Varieties of Disputes Processing* (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012).

Diante do cenário de Tribunal Multiportas, a solução dos conflitos de forma alternativa (ou adequada) pode-se dar mediante a autocomposição ou heterocomposição. Na autocomposição as partes/interessados fazem concessões recíprocas, com a intervenção de um terceiro, o qual pode atuar como um mediador ou conciliador. As partes, no âmbito judicial ou extrajudicial, negociam suas condições e encontram a solução mais adequada, a qual é construída em conjunto por elas próprias. São mecanismos de solução autocompositiva a mediação (o mediador imparcial propicia o diálogo entre as partes para chegarem conjuntamente a uma conclusão satisfatória) e a conciliação (o conciliador estabelece o diálogo entre as partes, podendo ajudá-las na construção da conclusão do acordo). A heterocomposição, por sua vez, consiste na solução proposta por um terceiro, sendo exemplo desse meio alternativo heterocompositivo a arbitragem, em que os envolvidos optam pela solução alternativa do conflito com a interferência de um árbitro. (ARENA, 2019).

Com o exposto, é possível repensar o modelo de Justiça que até então

só oferecia a solução adjudicada e passamos para um formato em que estão disponíveis às partes vários métodos e formas para resolver disputas, cada qual usando técnicas apropriadas de acordo com a demanda e a peculiaridade do caso concreto (CABRAL, 2018). Nesse contexto, a Lei 13.467 (BRASIL, 2017) introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 855-B e seguintes, (BRASIL, 1943) o capítulo que de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial.

A homologação do acordo extrajudicial constitui uma forma autocompositiva de solução dos litígios e decorre da negociação extrajudicial das partes interessadas, as quais submetem seu acordo e suas condições para homologação pelo Poder Judiciário, tratando-se de importante instrumento na solução adequada de conflitos trabalhistas, uma vez que pressupõe o diálogo prévio dos interessados.

Requisitos do Acordo Extrajudicial

O instituto da homologação de acordo extrajudicial foi introduzido na norma celetista de forma bastante singela, com poucos artigos sobre o seu rito procedimental e requisitos, o que gera aos advogados uma certa insegurança com o novo instituto, especialmente em relação às consequências jurídicas e requisitos mínimos a serem observados na petição de acordo. Diante dessa lacuna normativa, cabe aos operadores do direito a análise interpretativa da norma posta, a fim de conferir a maior efetividade possível ao instituto.

Inicialmente, a petição de acordo deve ser apresentada de forma conjunta, conforme disposição expressa do art. 855-B da CLT (BRASIL, 1943). A partir dessa determinação, pode-se perceber que é necessária a representação dos interessados por advogados para postular a homologação do acordo extrajudicial, o que caracteriza uma exceção ao princípio trabalhista do *jus postulandi* em grau ordinário, previsto no art. 791 da CLT (BRASIL, 1943). A necessidade de advogados distintos (e de escritórios distintos) visa reduzir os riscos de simulação, pressupondo um diálogo anterior legítimo e pautado em mútuas concessões, eis que cada interessado no acordo estaria representado por um advogado da sua confiança. Nesse sentido, a correta utilização do acordo extrajudicial, com ética, boa fé e respeito à dignidade dos trabalhadores, consiste em um importante instrumento de efetividade dos direitos trabalhistas (VIANNA, 2019).

Importante destacar que, como não é obrigatória a indicação da lide antecedente na petição de acordo extrajudicial, é recomendável aos advogados que indiquem os dados do contrato de trabalho, com a data de início e término, função exercida, valor da remuneração e se há algum fato controvertido decorrente da relação de trabalho, como forma de subsidiar o magistrado na melhor compreensão da relação entre as partes e dos termos ora acordados. Da mesma forma, é de grande relevância a juntada de cópia da CTPS e do termo de rescisão contratual. (ARENA, 2019).

O objetivo dessa apresentação do contrato de trabalho, com seu breve histórico, na petição de acordo é possibilitar que o magistrado, ciente da realidade vivenciada pelos interessados, possa compreender suas intenções. Isso porque, de acordo com a Súmula 418 do TST (BRASIL, 2017b) o magistrado não está obrigado a homologar o acordo, analisando conforme sua convicção motivada os fatos que lhe são apresentados, de forma que quanto mais precisa e completa a petição de acordo, maiores as chances de êxito na homologação.

Merece destaque, ainda, o requisito contido no art. 855-C da CLT (BRASIL, 1943), o qual exige a inclusão da multa do art. 477, § 8º da norma consolidada na hipótese do acordo contemplar o pagamento de verbas rescisórias, uma vez que o processo de jurisdição voluntária não prejudica o prazo para o pagamento das verbas rescisórias previsto no parágrafo sexto do mesmo artigo. A Reforma Trabalhista, dentre suas diversas alterações procedimentais, acabou com a exigência de homologação do termo de rescisão contratual para empregados com contrato de trabalho superior a um ano. Dessa forma, não cabe ajuizamento de acordo extrajudicial postulando a homologação apenas do pagamento das verbas rescisórias, hipótese em que poderá ser extinto por falta de interesse de agir, nos termos do art. 485, IV do CPC (BRASIL, 2015a), tendo em vista a ausência de necessidade de homologação de rescisão contratual. Ressalta-se que as verbas rescisórias podem integrar o objeto do acordo postulado, desde que estejam acompanhadas de outros pedidos controvertidos que foram objeto de pactuação.

Procedimentos específicos

O processo de jurisdição voluntária possui especificidades, a exemplo da necessidade de representação por advogados distintos. Em relação ao procedimento, a CLT (BRASIL, 1943), no art. 855-D, prevê que a designação de audiência é facultativa, sendo designada apenas nos casos em que o magistrado entender conveniente. Contudo, especialmente em razão da novidade do instituto e da sua previsão normativa lacônica, é oportuna a designação de audiência para oitiva dos interessados, saneamento de questões controvertidas ou informações importantes que não acompanharam a petição inicial.

A designação de audiência é igualmente importante para a preservação do mérito do acordo, quando o magistrado, ao fazer a análise valorativa da petição, não concorda com alguma cláusula estabelecida pelos requerentes, por entender lesiva a algum dos interessados. Isso porque, como o instituto em comento é um procedimento de jurisdição voluntária, não há lugar para a vontade substitutiva estatal, ou seja, o magistrado deverá homologar ou não homologar o acordo apresentado, não sendo recomendável a homologação parcial de apenas algumas cláusulas do acordo, pois o recorte da homologação pode desequilibrar o negócio jurídico entabulado pelas partes extrajudicialmente.

Contudo, em caso de discordância com algum ponto dúbio do acordo, o

magistrado deve “preferir o aprimoramento da composição, reconstruindo-o consensualmente com as partes, para, sempre que possível, aproveitar os atos já realizados e a disponibilidade dos envolvidos para a prevenção ou solução do conflito” (BARBOSA, 2020, p. 88), o que se denomina de princípio da primazia do mérito integrativo. A audiência trabalhista com a presença dos interessados e seus advogados é uma excelente oportunidade para a reconstrução do acordo, conforme ponderação feita pelo magistrado.

Uma das cláusulas mais controvertidas nos acordos extrajudiciais é a extensão da quitação, se pode ser ampla e alcançar todo o contrato de trabalho ou se deve ser limitada ao objeto da petição de acordo. O acordo extrajudicial deverá ser analisado pelo magistrado com o mesmo rigor e profundidade que as análises de acordos celebrados em reclamações trabalhistas, que ocorrem diariamente no âmbito da Justiça do Trabalho, assegurando a observância e efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas. Dessa forma, o magistrado, na análise de cada caso concreto, poderá decidir se, de acordo com as concessões e o objeto pactuado, a quitação pode alcançar a integralidade do contrato de trabalho ou, se mais restrita, ficará limitada ao objeto da petição apresentada. Sobre a possibilidade de quitação ampla, Vianna (2019) destaca que tal quitação deve ser fundamentada e conter a discriminação específica de cada rubrica acordada.

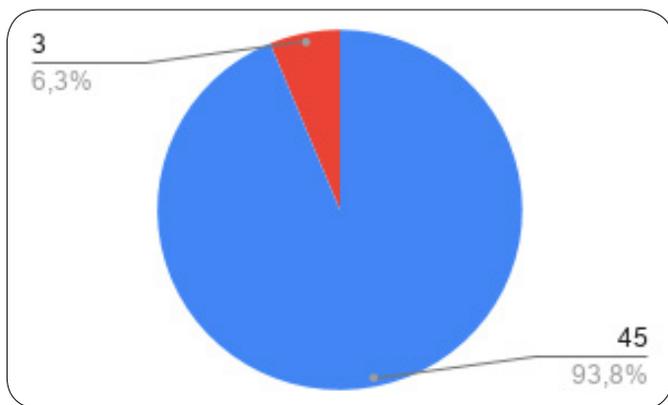
Resultados

A parte empírica da presente pesquisa consistiu na observação e análise de conteúdo (BARDIN, 2011) de acordos extrajudiciais submetidos aos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSC) de Passo Fundo/Posto Avançado da Justiça do Trabalho de Marau/RS, nos anos de 2018 e 2019. No período delimitado foram ajuizados 48 acordos extrajudiciais para homologação.

Apesar da regulamentação lacônica, e da consequente insegurança que a ausência de concretude pode causar aos advogados, o instituto vem sendo adotado de forma crescente, ainda que em pequena escala (48 processos em 24 meses). Os dados informam que no ano de 2018 foram ajuizados 15 homologações de acordos extrajudiciais na unidade judiciária paradigma, enquanto que no ano de 2019 foram ajuizados 23 processos da mesma classe processual, o que mostra um aumento de 53% na adoção do instituto.

Dos 48 acordos extrajudiciais analisados, 45 foram homologados, 2 foram rejeitados por inadequação das cláusulas e 1 foi extinto porque os interessados não estavam representados por advogados, requisito essencial previsto na norma celetista. Dos 45 acordos homologados, todos passaram por audiência e em boa parte deles (em torno de 50%) foi realizada a integração do mérito do acordo, com adequação de alguma cláusula, especialmente em relação à extensão da quitação, com a concordância dos interessados, visando o aproveitamento dos atos processuais e a homologação do acordo. Os dados

demonstram o índice de homologação de 93,8%, o que comprova a efetividade do instituto, especialmente quando designada audiência para saneamento de questões prejudiciais.



Fonte: elaboração pela autora

Os resultados de observação do instituto permitem destacar que a homologação de acordo extrajudicial consiste num eficaz mecanismo de solução consensual dos conflitos, uma vez que promove a cultura da paz, do diálogo e da conciliação entre os envolvidos e, ainda, resulta numa solução mais célere e efetiva da controvérsia. Exige, para tanto, uma atuação ética e comprometida das partes e da advocacia.

Considerações Finais

Este artigo teve como objetivo compreender o instituto da homologação de acordo extrajudicial como forma de solução adequada dos conflitos trabalhistas. Os resultados obtidos na análise empírica demonstram que, apesar de ainda tímida, a adoção do instituto tem se mostrado crescente e efetiva, tendo em vista o elevado índice de sucesso nas homologações, as quais atenderam aos requisitos e passaram por audiência para verificação e integração quando necessário.

Os achados da pesquisa contribuem para o avanço do estudo sobre a adoção dos métodos adequados de solução de conflitos como forma de efetivo acesso à justiça, favorecendo a autonomia e protagonismo dos interessados, estimulando a pacificação social, com a utilização do instituto ora pesquisado. No que se refere às implicações práticas, esta pesquisa permite orientar quanto aos requisitos e procedimentos necessários, para viabilizar a adoção do acordo extrajudicial pela advocacia como forma de resolver litígios.

Como limitações de pesquisa, cita-se tamanho da amostra analisada (48 processos) e o percurso processual dos acordos, que foram encerrados todos no primeiro grau de jurisdição, o que não permitiu análise sobre o instituto da

homologação de acordo extrajudicial em grau recursal. Dessa forma, constitui futura agenda de pesquisa a análise dos requisitos e procedimentos em grau recursal, se é necessário que ambos os interessados subscrevam o acordo, bem como se em face da homologação do acordo extrajudicial cabe de ação rescisória ou anulatória.

Com o exposto, pode-se concluir que quando observados os seus requisitos, conseqüente do amplo debate de ideias, o instituto da homologação de acordo extrajudicial é um importante instrumento para garantir de forma mais célere a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas. Destaca-se, por fim, a importância de sua adoção em momentos de pandemia, em que a negociação e a solução adequada dos conflitos mostram-se uma opção válida e eficaz, pois contribuem para a cultura da paz.

Referências

ALMEIDA, R. A. DE; ALMEIDA, T.; CRESPO, M. H. **Tribunal Multiportas**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ARENA, Marcela Casanova Viana. Homologação de Acordo Extrajudicial na Justiça do Trabalho: análise prática do seu procedimento e requisitos. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v.1, n.2, p. 141-158, 2019.

BARBOSA, Amanda. Acordo Extrajudicial Trabalhista: Ação para Homologação e o Princípio da Primazia do Mérito Integrativo. **Transação Extrajudicial**, v. Ano IX, n., p. 74–92, 2020.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. – São Paulo: Edições 70, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números 2020, ano-base 2019**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 17 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2016]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 17 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Resolução 174, de 30 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Superior da Justiça do Trabalho, 2016. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023.

BRASIL. **Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 15 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015a**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 22 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015b**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017a**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em 15 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 418**. A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2017b]. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-402. Acesso em 22 ago. 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O Modelo de Justiça Multiportas no Brasil. In: TUPINAMBA, Carolina. **Soluções dos conflitos trabalhistas: novos caminhos/** Carolina Tupinambá (coordenação). – São Paulo: LTR, 2018.

VIANNA, Ana Cláudia Torres. Jurisdição Voluntária na Justiça do Trabalho: Homologação de Acordo Extrajudicial, Inquietações e Provocações. In: BARBOSA, Amanda; BUGALHO, Andréia; MIESSA, Luiza de Oliveira Garcia. **Atualidades e Tendências do Direito e do Processo do Trabalho**. – Salvador: Juspodivm, 2019.

DESLOCAMENTO CLIMÁTICO NO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO: AS INOVAÇÕES DESENVOLVIDAS NO “CASO KIRIBATI”

Raíssa Santiago

Mestranda em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada no Brasil e em Portugal

Resumo:

O presente artigo tem por objeto a análise da atuação do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos em relação aos deslocamentos climáticos, por meio da recente e histórica decisão emitida pelo Comitê de Direitos Humanos, o órgão de tutela do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no “caso Kiribati”. Tal decisão representou a primeira manifestação de um órgão internacional de tutela contenciosa sobre o tema. O Comitê assentou que nenhum Estado deve devolver, extraditar ou expulsar um indivíduo que emigra do seu país de origem por causas ambientais antes de realizar uma análise individual do risco que o deslocado enfrenta de violação do seu direito à vida ou tratamento contrário à dignidade humana no caso de retorno. Este trabalho aborda, portanto, as decorrências desta jurisprudência para o sistema de proteção internacional dos direitos humanos em relação às pessoas deslocadas em razão das alterações climáticas causadas pelo fenômeno do aquecimento global.

Palavras-chave: Deslocamento Climático; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Comitê de Direitos Humanos; Aquecimento Global; Non-refoulement.

Crise Climática e Deslocamento

Pesquisadores, cientistas e instituições de todo o mundo relatam as profundas alterações climáticas que o planeta Terra vem enfrentando e as previsões negativas de piora e aprofundamento de suas consequências.¹ Ocorre

1 Cf. RIPPLE, William. et al. **World Scientists Warning of a Climate Emergency**. Bioscience, Volume 70, Issue 1, p. 100, January, 2020. Disponível em <<<https://academic.oup.com/bioscience/article/70/1/8/5610806>>>. Acesso em 16/01/2020; INTER-GOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE - IPCC. **Global Warming of 1.5°C: An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above**

que os riscos decorrentes não se limitam à afetação da natureza. O indivíduo e as comunidades são também atingidos pelas devastadoras consequências das alterações climáticas. A poluição dos rios, a erosão, desertificação e acidez do solo, a poluição do ar, a elevação do nível do mar, inundações, queimadas, dentre outros, representam o desdobramento da crise climática numa crise também das condições de vida humana em diversos territórios.

O Relatório Especial publicado pelo IPCC em 2019 dá indícios de que a crise climática reduz a capacidade da terra de sustentar a humanidade. Segundo o documento, o aquecimento global está aumentando as secas, a erosão do solo e os incêndios, diminuindo o rendimento da capacidade de cultivo e provocando o derretimento das geleiras nos polos. Fenômenos como a desertificação já atinge 500 milhões de pessoas (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2019, p. 7 et seq.). Na análise dos riscos, o relatório é incisivo quando menciona os riscos crescentes associados à desertificação, que incluem a população exposta e vulnerável à escassez de água nas terras secas; os riscos relacionados à degradação da terra, que incluem maior degradação do habitat, população exposta a incêndios, inundações e custos de inundações; os riscos à segurança alimentar, que incluem crise de disponibilidade e acesso a alimentos e população em risco de fome (Ibidem, 2019, p. 16 et seq.). Segundo o estudo, as mudanças no clima podem ampliar a migração induzida pelo ambiente, tanto dentro dos países quanto através das fronteiras, refletindo múltiplos fatores de mobilidade e medidas de adaptação (Ibidem, 2019, p. 4 et).

Algumas regiões já estão sob o risco de desaparecimento, como os países insulares do Pacífico como as Ilhas Maldivas, Ilhas Salomão, Tuvalu, Kiribati e Nauru, que, por já estarem sendo afetados pelo avanço do mar, levantam debates na comunidade internacional a respeito do destino dos seus nacionais (CAMPBELL; WARRICK, 2014). Recente relatório publicado pela International Organization for Migration (2020, p. 6 e ss) identifica claras influências de eventos climáticos no padrão migratório global, citando ocorrências concretas por exemplo, na África Oriental, Austral, Ocidental e Central, na América Central e Caribenha, assim como nos fluxos ocorridos nas Ilhas do Pacífico.

O movimento migratório humano é, portanto, uma reação natural ao contexto de mudanças climáticas e ambientais uma vez que representa um meio de resiliência e escape do perigo (MCADAM, 2012, p. 8). Apesar de grande parte destes fluxos humanos estarem adstritos aos territórios nacionais, é cada vez mais frequente e em maior escala o fluxo de deslocados climáticos que cruzam fronteiras estatais. Estrangeiros e socialmente vulneráveis,

pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty. Geneva: IPCC, 2018. Disponível em <<https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Full_Report_High_Res.pdf>>. Acesso em 15/01/2020.

tais migrações acionam obrigações internacionais que devem ser observadas por todos os sujeitos envolvidos, principalmente os Estados receptores.

Arcabouço normativo global de proteção

Como assevera McAdam (2009, p. 14), mudanças climáticas têm o potencial de afetar toda a gama de direitos humanos protegidos pelo direito internacional. Tais eventos possuem ampla capacidade de ameaçarem a vida, integridade física, saúde, segurança, trabalho, vida familiar, moradia e alimentação, dentre outros direitos fundamentais para a manutenção da vida nos parâmetros mínimos estabelecidos pela ordem internacional. Emigrando do seu país de origem por necessidade, muitas vezes o deslocado, no país de destino, enfrenta a negativa de entrada e permanência naquele território ou, quando nele adentra, é sujeito às condições precárias da ilegalidade. Também por esta razão, o deslocamento humano transfronteiriço tem o potencial de acionar a tutela de direitos internacionalmente protegidos.

No âmbito global, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) fornece um sólido substrato de normas de proteção dos indivíduos deslocados, uma vez que reconhece o direito à vida como um direito inerente à pessoa humana (art. 6º), o direito à integridade física (art. 7º), o direito de acesso à recursos e meios efetivos contra as violações do Pacto (art. 2º), a proibição de detenção arbitrária (art. 9º) e o direito das pessoas em restrição de liberdade à tratamento de acordo com a dignidade humana (art. 10º). É de se destacar que o direito à vida e à integridade física são inderrogáveis por força do art. 4º do PIDCP. Esta característica indica a natureza cogente de tais normas, isto é, a imperatividade da norma perante o Direito Internacional Geral, sob ela se aplicando os preceitos contidos no art. 53º, 64º e 71º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (MIRANDA, 2016, *passim*).²

As normas acima devem ser lidas em conjunto com os demais instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos atuantes na arena global, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984. Tais instrumentos impõem ao Estado a obrigação de proteger, promover e garantir os direitos humanos universais cujo traço fundador é a condição humana.

2 “É nulo todo tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de Direito Internacional geral (art. 53.º, 1.ª parte); Uma norma imperativa de Direito Internacional é a que seja aceite e reconhecida pela comunidade internacional no seu conjunto como norma à qual nenhuma derrogação é permitida e que só possa ser modificada por uma nova norma de Direito Internacional geral com a mesma natureza (art. 53.º, 2.ª parte); Se sobrevier uma norma imperativa de Direito Internacional geral, todo o tratado existente que for incompatível com esta norma tornar-se-á nulo (art. 64.º); Quando um tratado for nulo, as partes serão obrigadas: a) A eliminar, na medida do possível, as consequências de todo o ato praticado com base numa disposição que seja incompatível com a norma imperativa (...)”

Ganha grande relevância outras espécies do gênero normas como os princípios internacionais - cuja vinculação é derivada da sua força normativa - e os costumes de direito internacional. Nesse contexto, destaca-se os princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de Direito Internacional dos Refugiados, e, principalmente, de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada por todos os países parte das Nações Unidas em 1948, ainda que careça de natureza convencional, é um dos principais instrumentos que refletem princípios de direitos humanos reconhecidos à nível universal. De fato, a DUDH estabelece um sistema de valores inédito na arena internacional, sendo a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* (BOBBIO, 2004, p. 17).

A DUDH proclama o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º), o direito de não ser submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5º), o direito a um recurso efetivo para as jurisdições nacionais contra atos que violem os direitos fundamentais (o art. 8º), a proibição da prisão, detenção e exílio arbitrários (art. 9º); o direito de toda pessoa sujeita a perseguição de procurar e de se beneficiar de asilo em outros países (art. 14º, nº 1), o direito de toda a pessoa a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários (art. 25º, nº 1). Além disso, a DUDH reconhece, em seu art. 2º, a proibição de discriminação entre nacionais e estrangeiros (art. 2º) indicando o seu alcance independentemente de raça, nacionalidade, cor, língua, origem nacional, religião, estatuto política ou qualquer outra variante.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, emerge o princípio da dignidade humana como o corolário precípua de todas as normas. Além disso, em razão do seu caráter primordial, é considerado pela doutrina como norma *jus cogens* e, portanto, imperativa, vinculativa e inderrogável. Isto significa que a dignidade humana está para além da vontade dos Estados e por isso, possui força jurídica superior a qualquer outro princípio ou preceito de Direito Internacional (MIRANDA, 2016. p. 124 et seq.). A doutrina menciona, inclusive, a dignidade humana como “o ponto de partida de todos os catálogos de direitos fundamentais”, juntamente com a igualdade de direito de todas as pessoas (MARTINS, 2014, p. 61).

A principal normativa internacional específica de proteção dos deslocados em situação de vulnerabilidade é a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e o seu Protocolo de 1967. Ocorre que, sob a ótica desses diplomas, não há a previsão da causa ambiental ou climática como concedente da aplicação do instituto do refúgio ali previsto.³ Da

3 Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, “Art. 1º A. Para os fins da presente Convenção, o termo «refugiado» aplicar-se-á a qualquer pessoa: (...) (2) Que, (...) receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação

leitura do tratado, as causas concessoras do refúgio são tidas como atos de “perseguição” em razão da raça, religião, nacionalidade, filiação a certo grupo social ou opiniões políticas”. Tendo em vista os anseios da comunidade internacional na época da elaboração do Estatuto - pós II Guerra Mundial - tais requisitos pareciam suficientes para dar proteção à gama dos deslocados vulneráveis daquele tempo. No entanto, esta norma, ainda que de fundamental importância e aplicabilidade, não responde às novas configurações dos fluxos de deslocados da contemporaneidade, à exemplo dos deslocados climáticos objetos deste estudo.

Assim como as outras gamas de deslocados não sujeitos ao Estatuto de Genebra⁴, os deslocados por motivos ambientais, tendo em vista a sua condição humana, são sujeitos de direitos e, portanto, acionam deveres, direitos e obrigações. É nesse sentido que a situação de tais indivíduos demanda a aplicabilidade de princípios de direitos internacional, destacando-se com grande relevância o princípio do *non-refoulement*.

Derivado do princípio da dignidade humana, tal princípio é considerado a pedra angular da proteção jurídica internacional dos deslocados em situação de vulnerabilidade e está previsto na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951⁵ e na Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984⁶. É este princípio que proíbe o Estado de impor o retorno de qualquer indivíduo ao seu país de origem, se este adentra em seu território requerendo acolhida ou proteção, antes de verificar as razões da solicitação. No caso dos tratados citados, a devolução, extradição ou expulsão não poderá ocorrer se a vida ou a liberdade do deslocado estiverem ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação ou opiniões políticas, ou se não houver risco de tortura no país de retorno.

Uma vez que os deslocados por razões climáticas ou ambientais não se

em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.”

- 4 Como os indivíduos impedidos de retornar ao país de origem por grave violação de direitos humanos ou violência generalizada.
- 5 Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Art. 33: Proibição de expulsar e de repelir 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.
- 6 Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984. Adotada pela Resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Art. 3º. 1 - Nenhum Estado parte expulsará, entregará ou extraditará uma pessoa para um outro Estado quando existam motivos sérios para crer que possa ser submetida a tortura. 2 - A fim de determinar da existência de tais motivos, as autoridades competentes terão em conta todas as considerações pertinentes, incluindo, eventualmente, a existência no referido Estado de um conjunto de violações sistemáticas, graves, flagrantes ou massivas dos direitos do homem.

enquadram no conceito de refugiados convencionais ou vítimas de tortura, isto é, não são sujeitos a atos de “perseguição”, estes indivíduos atualmente se encontram inseridos numa lacuna normativa específica de proteção. Como na temática da imigração de indivíduos vulneráveis os Estados costumam se considerar apenas adstritos a obrigações derivadas de tratados internacionais juridicamente vinculativos, há grande risco de tal lacuna representar violação de direitos humanos fundamentais e ausência de proteção jurídica efetiva.

Ocorre que a ideia subjacente à proibição de um Estado de devolver, expulsar, deportar ou repelir um indivíduo vítima de tortura ou um indivíduo considerado refugiado à luz do Estatuto dos Refugiados reside na existência de um risco de violação do seu direito à vida ou à integridade física em caso de retorno ao país de origem. Por isso, compreendemos que o conteúdo do princípio do *non-refoulement* se reveste de uma razão que ultrapassa a taxatividade das causas contidas nos diplomas internacionais que o preveem. Nesse sentido, quando um deslocado por razões ambientais adentra no território de outro Estado e neste contexto não lhe é dada a oportunidade de requerer proteção internacional em qualquer de suas modalidades, ou quando esta é denegada sem a devida avaliação dos riscos, tal conduta é contrária ao princípio do *non-refoulement*.

Quanto à sua força normativa, aqui advogamos que, tendo em vista o caráter “evolutivo e suscetível de transformação e de enriquecimento pelo aditamento de novas normas” (MIRANDA, 2016, p. 129) que reveste as normas cogentes, o princípio do *non-refoulement* deve ser considerado como tal⁷. Esta defesa se baseia no que a doutrina comumente leciona sobre os critérios de manifestação do *jus cogens*, os quais, ainda que imprecisos, podem ser revelados na observância de algumas “linhas de orientação” (Ibidem, p. 130)⁸⁹, às quais, aqui entendemos, o princípio da *não devolução* cumprir.¹⁰

De fato, este princípio está em clara consonância com os princípios universais expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas normas do PIDCP anteriormente citadas, uma vez que é revelado como ferra-

7 Cfr: ALLAIN, Jean. The jus cogens Nature of non-refoulement. In: International Journal of Refugee Law, Volume 13, Issue 4, October 2001, Pages 533–558.

8 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Artigo 53: “(...) uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

9 “(...) exigir-se que sejam normas aceites e reconhecidas pela comunidade internacional no seu conjunto implica que se deva ter em linha de conta essencialmente as fontes mais próximas dessa dimensão universal ou quase universal. São elas: o costume internacional geral; os tratados multilaterais gerais, como a Carta das Nações Unidas, as próprias Convenções de 1969 e 1986 e os tratados sobre direitos do homem. as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas; a jurisprudência dos tribunais de proteção dos direitos do homem e dos tribunais criminais internacionais instituídos nos últimos anos.”

10 Mais sobre isso, ver: DE PAULA, Bruna Vieira. O princípio do non-refoulement, sua natureza de jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. REMHU – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. vol. 16, n. 31, 2008, p 430 - 439.

menta fundamental para a concretização de valores superiores, como a vida, a integridade física e a dignidade humana de imigrantes vulneráveis. Em caso de ser concebido com força normativa inferior, isto é, com possibilidade de abertura para eventuais flexibilizações, como suspensões e derrogações, ou condições restritivas previstas em tratados ou leis nacionais, recairia numa perigosa instrumentalização de sua aplicação cuja consequência é o risco de enfraquecimento do seu conteúdo e uma brecha para violações de direitos humanos fundamentais.

A lacuna normativa de proteção específica dos deslocados por causas ambientais existente no direito internacional de âmbito global não pode acarretar ausência de proteção, tendo em vista a natureza dos direitos envolvidos. A proteção jurídica de tais indivíduos deve ser reconduzida, portanto, à proteção internacional dos direitos humanos a partir da observância e aplicação de princípios internacionais de direitos humanos, como o *non-refoulement*.

O caso “Kiribati” e as suas decorrências

O sistema convencional contencioso quase judicial das Nações Unidas realiza a tutela dos direitos previstos nos tratados negociados no âmbito da organização internacional. A atividade dos órgãos que o compõem é orientada pelas convenções a que estão vinculados e pelos princípios e valores emanados da Declaração Universal de Direitos Humanos. Foi deste sistema que decorreu a mais recente e uma das mais importantes decisões contenciosas relativas à temática do deslocamento de indivíduos em razão de eventos climáticos e ambientais. Trata-se da reclamação intentada por Ioane Teitiota perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH) alegando que o Estado da Nova Zelândia violou as suas obrigações decorrentes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP).

Ioane Teitiota é um cidadão de Kiribati, um pequeno país insular localizado no Pacífico Central que está sendo afetado pelo impacto do avanço do nível do mar decorrente das mudanças climáticas. Emigrou para Nova Zelândia e requereu o status de “refugiado” alegando alterações nas suas condições de vida e sobrevivência como a escassez e contaminação da água potável, a erosão e infertilidade do solo, as dificuldades na agricultura, o desemprego, a superlotação do território e disputas territoriais. Seu pedido foi negado pelas autoridades da Nova Zelândia, sendo obrigado a retornar para Kiribati em 2015. Tendo, sem sucesso, recorrido em todas as instâncias judiciais neozelandesas, Ioane Teitiota acionou a CDH alegando violação do seu direito à vida protegidos no PIDCP (art. 6º).

O Comitê decidiu que no caso concreto a ordem de repatriação não havia violado o PIDCP, pois não considerou haver perigo imediato no caso concreto, no sentido de que o demandante não corria um risco real de perigo de vida e dignidade de condições de subsistência. Recordou que os eventos climáticos em Kiribati eram de início lento, e, portanto, as medidas adaptati-

vas realizadas pelo país para reduzir as vulnerabilidades existentes e construir resiliência aos danos relacionados às mudanças climáticas poderiam permitir a proteção dos seus direitos (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2020, p. 12). Apesar da inadmissibilidade da reclamação individual, no desenvolvimento da decisão, o Comitê de Direitos Humanos assentou uma jurisprudência histórica e até então inexistente nos sistemas de proteção internacional de direitos humanos quanto às obrigações do Estado diante dos deslocamentos causados por eventos ambientais e climáticos.

Ainda no exame de admissibilidade, o Comitê inovou ao considerar estarem suficientemente cumpridos os requisitos de admissibilidade da queixa, reconhecendo que o direito à vida previsto no Pacto pode ser colocado em risco em razão de uma decisão de devolução de um indivíduo para um país que sofre os efeitos de mudanças climáticas. Na decisão de mérito, o Comitê afirmou clara e inequivocamente que a obrigação de não extraditar, deportar ou expulsar indivíduos dos Estados alcança também os indivíduos que não tenham direito ao reconhecimento da condição de refugiado na ótica do Estatuto de Genebra de 1951. Desse modo, considerou que, antes de efetuar a devolução, o Estado deve analisar todos os fatos e circunstâncias pertinentes, incluindo a situação geral dos direitos humanos no país do imigrante. Nesse sentido, afirmou que os Estados devem permitir o acesso a procedimentos internos que os possibilitem demonstrar correr um risco real de violação de seu direito à vida no país de origem (Ibidem, p. 8 et seq.).

Nesses termos, assentou o Comitê que a obrigação de o Estado respeitar o direito à vida previsto no PIDCP não poderia ser devidamente compreendida se fosse interpretado de forma restritiva. Assim, o órgão afirmou que a degradação ambiental, mudanças climáticas e o desenvolvimento não sustentável poderiam ser considerados como ameaças ao bem-estar das pessoas e, portanto, dar lugar à uma violação do direito à vida. Desse modo, alertou que, se não forem realizadas medidas energéticas, tanto no plano nacional quanto internacional, os efeitos das mudanças climáticas poderão expor pessoas à violação de seus direitos à vida ou à integridade física, acionando a obrigação do Estado de não devolução.

Registra-se que, apesar de a denúncia ter negado o pedido do reclamante, o Comitê levou em consideração se as autoridades da Nova Zelândia haviam proporcionado uma análise adequada e individualizada do risco de ameaça ao seu direito à vida e integridade física no caso concreto, isto é, se agiu de acordo com o princípio do *non-refoulement*. Na análise das alegações do autor a respeito dos riscos que incorria em Kiribati (por violência causada pela disputa de terras, pela escassez de água potável, dificuldades na agricultura, inundações), o órgão considerou inexistir risco iminente. Por reconhecer que as autoridades neozelandesas tiveram em conta as medidas de adaptação adotadas pelo Estado de Kiribati para contornar os danos causados pelo avanço do mar, a devolução foi considerada de acordo com os parâmetros mínimos estabelecidos. Apesar disso, o órgão certificou que, no contexto da

crise climática, as condições de vida em um país com risco de ser submerso pelo mar poderiam violar direitos previstos pelo PIDCP antes mesmo da materialização de um evento extremo e alertou o Estado demandante da possibilidade de, no futuro, em razão da evolução das mudanças climáticas, este ser obrigado a não retornar um indivíduo, se as circunstâncias assim impuserem (Ibidem, p 13 et seq.).

Dois votos dissidentes foram registrados. Em um deles, o especialista Duncan Laki Muhumuza criticou o fato de o ônus da prova ter recaído demasiadamente sob o autor da queixa, alertando, ainda, que o limite para determinar a existência de risco pessoal e real de dano irreparável não deve ser muito alto ou irracional, sob pena de se tornar inalcançável. No outro voto discordante, a especialista Vasilka Sancin discordou do Comitê em relação à afirmação de que não havia provas suficientes de falta de acesso à água potável. Ambos apontaram a existência de violação do Pacto pelo Estado no ato de devolução de Ioane Teitiota.

De fato, objeções devem ser pontuadas. No entanto, os avanços jurisprudenciais desenvolvidos na atividade do Comitê nesta decisão são inegáveis, ultrapassando um os maiores desafios jurídicos para a concretização da tutela jurisdicional dos deslocados ambientais. O julgamento assentou o reconhecimento, por um órgão internacional de tutela contenciosa, da aplicação do princípio do *non-refoulement* em relação a indivíduos deslocados que não são ameaçados em sua vida ou integridade física por conduta de outros indivíduos ou entidades, ou por razões taxativas previstas em Convenções, mas sim, pela degradação do meio ambiente.

As razões pelas quais o Comitê alcançou este desenvolvimento são notáveis. Ora, ao analisar todas as causas reveladoras do princípio da *não repulsão* contidas em textos Convencionais, acrescentando-se mudanças climáticas e ambientais desastrosas, a dimensão em comum mais profunda encontrada é o risco de violação de bens jurídicos fundamentais e não derogáveis em caso de retorno ao país de origem. É a partir desse ponto em comum que deve fundar, entendemos, a compreensão da obrigação de não devolução. Nesse sentido, a atividade hermenêutica realizada no seio do órgão de tutela do PIDCP manifesta uma análise racional e objetiva do que de fato busca proteger o princípio do *non-refoulement*: a vida, a integridade física e a dignidade humana. São tais valores fundamentais que justificam, por exemplo, a abominação à tortura, a proteção das vítimas de guerra, de conflitos armados e a concessão de refúgio. Sobre este último, é igualmente na emergência dos bens sob risco de serem violados no país de origem que a proteção derivada deste *status* se funda.

As causas dos deslocamentos, portanto, não podem ser compreendidas como um fim em si mesmas, isto é, não são a base que revelam o fundamento da acolhida demandada. Isto explica o fato de que, historicamente, as razões para a concessão de refúgio foram alteradas conforme se alteravam as configurações da comunidade internacional, impostas pelos contextos fáticos va-

riáveis e constantes no tempo. Na verdade, o fundamento de toda a proteção jurídica internacional de indivíduos é o impacto que violações de direitos geram na concretização da dignidade humana, aí se estabelecendo a centralidade fundacional de todas as demais garantias.

Considerações finais

A temática da migração de indivíduos vulneráveis é tema que aflora questões extremamente sensíveis para o direito internacional. Tem alcançado grande destaque os fluxos migratórios causados por questões climáticas devido à crise ambiental em curso. Do ponto de vista dos deslocados nesse contexto, as políticas estatais restritivas, a ausência de uma concertação convencional específica e a eminência de um futuro ambiental ainda mais calamitoso representa a perspectiva de sujeitos desprotegidos vivenciando violações de seus direitos humanos mais básicos, que se estendem desde a presença no território do país de origem – devido às condições climáticas desafiadoras – à chegada no país de destino, onde comumente enfrentam a denegação de entrada e permanência. Desse modo, a conduta dos sujeitos envolvidos, em sua maioria Estados, frente a esse enredo trágico reconduz a ordem jurídica internacional como a **última** e, quiçá, **única** ferramenta para a proteção dos direitos humanos em jogo.

Nesse contexto, a decisão do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas no “caso Kiribati” representou um passo adiante em direção à construção jurídica de um aparato normativo capaz subsidiar a proteção de direitos humanos fundamentais de pessoas deslocadas em razão de eventos climáticos e ambientais. O Comitê ultrapassou uma proeminente barreira ao se tornar o primeiro **órgão** de tutela contenciosa internacional a reconhecer a aplicabilidade das obrigações derivadas do princípio do *non-refoulement* em relação a imigrantes climáticos.

Portanto, a recente e histórica atividade jurisprudencial realizada pelo CDH, apesar de não ter representado proteção específica do demandante em concreto, transformou um campo de incertezas em um campo de diretrizes específicas. Confirmou, em sede institucional, o que a boa doutrina já havia prenunciado: a obrigação de não devolução possui amplitude tal que vai além de eventuais limitações e critérios estabelecidos em tratados internacionais. Confirma, portanto, que o princípio do *non-refoulement* cumpre um verdadeiro papel integrador das Convenções para a proteção dos direitos humanos das pessoas deslocadas, complementando as lacunas jurídicas, quando existentes, e conferindo ao sistema de proteção global base para a sua efetividade.

A decisão do “caso Kiribati”, se por um lado representa uma marcha adiante para a atuação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, não é, por si só, suficiente para a efetiva atribuição de direitos aos deslocados climáticos. Aqui, nos referimos às fragilidades existentes no próprio sistema global de proteção, onde, por exemplo, a própria natureza jurídica – se

vinculativa ou não – das decisões não é consenso na doutrina e na prática dos Estados. Além disso, a subsidiariedade dos sistemas de tutela internacionais reflete a permanente essencialidade da atuação Estatal conforme os direitos humanos. É tempo, portanto, de comemorar os avanços, desde que tal não nos impeça de visualizar as barreiras jurídicas ainda existentes. A ausência de um tratado vinculativo, com previsão de obrigações jurídicas específicas direcionadas aos Estados, inclusive de ordem processual, tal qual ocorre na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, contribui para situar as pessoas que compõem os fluxos migratórios no contexto da crise climática à margem dos direitos humanos. É emergente, portanto, a continuação em direção ao enfrentamento de tais desafios.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed, 7. reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUREAU OF METEOROLOGY. **Annual climate statement 2019**. 9 January, 2020. Australian Government: 2020. Disponível em <<http://www.bom.gov.au/climate/current/annual/aus/>>. Acesso em 16/01/2020.

CAMPBELL, Jonh; WARRICK, Olivia. **Climate change and migration issues in the Pacific**. United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. Fiji, 2014. Disponível em <<https://www.ilo.org/dyn/migpractice/docs/261/Pacific.pdf>>. Acesso em 16/01/2020.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION - IOM. **World Migration Report 2020**. IOM: Geneva, 2020. Disponível em <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf>. Acesso em 17/01/2020.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. IPCC: **Climate Change and Land: an IPCC special report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems: Summary for Policymakers**. Geneva: IPCC, 2019. Disponível em <<https://www.ipcc.ch/srcl/chapter/summary-for-policymakers/>>. Acesso em 16/01/2020.

MARTINS, Ana Maria Guerra. A tutela multinível dos direitos fundamentais: A posição do Tribunal Constitucional Português. In: **Revista da Esmape**, v. 1, n. 40, p. 35-80. Recife, 2014.

MCADAM, Jane. **Environmental Migration Governance**. UNSW Law Research Paper nº 2009-1, Sydney, 2009. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1412002>>. Acesso em 26/01/2020.

_____. **Climate change, Forced Migration, and International Law**. Oxford University Press: Oxford, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. Edição. Principia: Cascais, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948.

_____. **Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados.** Genebra, 1951.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.** Nova Iorque, 1966.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.** Nova Iorque, 1966.

_____. **Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados.** Nova Iorque, 1967.

_____. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** Viena, 1969.

_____. **Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.** Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, 1984.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication n. 2728/2016. **Communication submitted by:** Ioane Teitiota, State party: New Zealand. 7 January 2020. Disponível em <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f127%2fD%2f2728%2f2016&Lang=en>. Acesso em 25/01/2020.

A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO NO BRASIL E AS MUDANÇAS SIGNIFICATIVAS NA VISÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Murilo Mendes Latorre Soares

Graduando em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Laura Oliveira Ferreira

Graduanda em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

O movimento migratório, desde a época da colonização, ocorre de maneira intensa por razões de guerras políticas, manifestações culturais e religiosas, crises econômicas e ambientais. Até o ano de 2017, não havia uma lei específica que tratasse da migração no Brasil, sendo o Estatuto do Estrangeiro, o então responsável pela matéria. A nova Lei de Migração surgiu num contexto de amplo debate da sociedade civil com a intenção de adequar a questão migratória com a Constituição Federal. Considerando a relação entre a nova Lei de Migração e os direitos humanos, propõe-se uma análise acerca dos elementos universais que asseguram e regulam os direitos dos migrantes, ao mesmo tempo que destaca as especificidades presentes nas migrações com o advento da nova Lei. O ponto de partida deste estudo é analisar as mudanças significativas que a lei vigente trouxe às questões humanitárias, atendendo melhor os estrangeiros nos procedimentos administrativos, facilitando sua permanência e saída país.

Palavras-chave: Migrações; Mudanças; Nova Lei de Migração; Brasil; Direitos Humanos;

Introdução

O ato de migrar é um fenômeno social muito significativo para a concepção e transformação do mundo moderno que afeta todos os campos de uma sociedade, seja ele político, econômico, cultural e até mesmo jurídico. A migração consiste na mobilidade espacial da população, ou seja, no deslocamento permanente ou temporário de uma pessoa ou grupo de pessoas pelo espaço geográfico. Esse fenômeno pode ser desencadeado por uma série

de motivações, desde culturais até mesmo econômicas, políticas ou de ordem natural. A principal delas é a busca por melhores condições de vida e de estabilidade, que podem estar relacionadas ao trabalho, estudo, saúde e bem-estar.

Os fluxos migratórios ocorrem desde o início da história da humanidade e são um dos principais fenômenos responsáveis pela formação de cidades e miscigenação de povos. O Brasil é, de fato, popularmente conhecido por sua diversidade de povos e culturas, que se deram, principalmente, pelo movimento migratório iniciado no período da colonização, que por sua vez, visava o povoamento e a exploração da terra por meio das atividades agrárias. A partir desse momento, o país virou referência mundial para povos do mundo inteiro virem a migrar com o intuito de se instalarem com dignidade e segurança para trabalhar e aqui viver. Consoante dados apresentados pelo Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra) em 2019, o Brasil cadastrou, entre os anos 2010 e 2018, 774,2 mil imigrantes refugiados em seu território. Numa perspectiva mundial, segundo o estudo realizado pela ONU, no ano 2019 foram constatados 272 milhões de migrantes internacionais, ou seja, mais de 3,5% da população mundial não se encontra na sua nação de origem. O desafio de receber imigrantes cresceu muito nos últimos tempos e abriu espaço para que novas políticas recebessem melhor aqueles que chegam no Brasil, focando nos direitos e garantias dos mesmos. A integração dos direitos humanos, em geral, e o direito humano de migrar, em particular, podem ser considerados como o ponto de partida para uma nova concepção sobre o tema da migração.

No Brasil, até o ano de 2017, a legislação responsável pela situação jurídica do estrangeiro era a Lei nº 6.815/1980, popularmente conhecida como Estatuto do Estrangeiro. O dispositivo legal, concebido à época da Ditadura Militar, levava em conta, principalmente, aspectos voltados a proteção do interesse nacional e da defesa do Estado em relação à segurança pública, o que é contrário a alguns dos fundamentos e princípios que norteiam a Constituição Federal de 1988. Dessa forma, há entendimento, que se fazia necessário uma nova lei que regulamentasse as políticas migratórias do país, garantindo igualdade de direitos e segurança aos que chegassem. Partindo desta premissa, de uma proteção mais focada aos migrantes, a nova Lei de Migração (nº 13.445/2017), trouxe uma sequência de modificações que visam melhorar a situação de nacionais de outros países que migram para o Brasil, entendendo a migração como um fenômeno natural e necessário da humanidade e simplificando diversos procedimentos administrativos que buscam facilitar a vida de milhares de imigrantes.

Diante do exposto, o objetivo deste estudo é expor as principais e significativas mudanças decorrentes da nova lei de migração que revelam a complexidade do fenômeno migratório e sua possível eficácia material como forma de proteção aos direitos humanos.

O Estatuto do Estrangeiro e a nova Lei de Migração

Ao longo de sua história, o Brasil refletiu suas políticas migratórias de acordo com os pensamentos e contextos de suas épocas. As migrações eram vistas sob a ótica de incentivo à colonização e principalmente à mão de obra barata. O antigo Estatuto do Estrangeiro, instituído em 1980, evidencia logo em seus primeiros artigos, como mencionados a seguir, a preocupação do país com questões de ordem militar, voltado para o interesse nacional e a defesa do Estado em relação à segurança pública, priorizando a proteção ao trabalhador nacional, tratando o imigrante com desconfiança e não como sujeito de direitos.

Lei 6.815/80:

Art. 2º: “Na aplicação desta lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesse políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.”

Art. 3º: “A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesse nacionais.

Milesi (2007) apontava que o Estatuto do Estrangeiro não se encontrava amparado aos ordenamentos internacionais fundamentados na perspectiva da dignidade humana e se apresentava em descompasso com as disposições relativas sobre os direitos humanos presentes na própria Constituição. Conforme exposto por Milesi (2007, s. p.) a palavra “estrangeiro” proveniente do mencionado estatuto “reforça o conceito de alienação, de estranho, e em nada condiz com a concepção de proximidade, de família universal formada por seres da mesma espécie humana, de solidariedade, de dignidade e de respeito aos direitos humanos”. Sobre a vigência do antigo estatuto, entendia-se como estrangeiro aquele que não se encontrava no rol apresentado no artigo 12 da Constituição, ou seja, o indivíduo que não fosse nato ou naturalizado. *In verbi*:

Art. 12. São brasileiros:

I. natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II. naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira;

Diante da Constituição de 1988 e do decorrer das diretrizes migratórias de todo o mundo, o vigente Estatuto, após 37 anos de vigência, se tornou alvo de pressão dos movimentos sociais e de grupos de defesa dos migrantes, pois se encontrava ultrapassado e exigia mudanças significativas que passassem a dar foco aos direitos e necessidades dos migrantes sob perspectivas de proteção aos direitos humanos presentes nos tratados internacionais, os quais o Brasil ratificou e internalizou. Dessa forma, a nova lei de migração, sancionada em 24 de maio de 2017, além de revogar a obsoleta norma anterior-Lei nº6.815/80 e Lei nº818/49- determina novos princípios norteadores sobre políticas públicas e direitos universais garantidos pelo Estado em conformidade com a política internacional de Direitos Humanos.

Das mudanças

O novo texto normativo, com um texto mais humanitário, tem como ponto fundamental a proteção da dignidade humana e possui o objetivo de alcançar melhor as necessidades daqueles que ingressam no país em busca de melhores condições, dando uma maior visibilidade e importância aos direitos humanos. Sendo um princípio legal inerente a Constituição Federal, o artigo 5º, caput, estabelece 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, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Assim, efetiva o princípio da igualdade entre os nacionais e não nacionais, repudiando o preconceito, a discriminação, a xenofobia e outras práticas consideradas contrárias aos direitos e a dignidade humana.

Conforme elucida Paulo Henrique Gonçalves Portela (2017, p.313):

[...] em decorrência da noção da universalidade dos direitos humanos, que estabelece que todos os indivíduos são igualmente destinatários dos mesmos direitos, sem distinção de qualquer espécie, e como consequência do incremento dos fluxos internacionais, inclusive de pessoas, e da formação de espaços internacionais comuns, como os blocos regionais, a situação jurídica dos não nacionais assemelha-se cada vez mais à dos nacionais, gozando aqueles de quase todos os direitos destes, sem o que o desenvolvimento das relações internacionais poderia encontrar obstáculos adicionais.

Entre as principais mudanças advindas do novo dispositivo legal, inicia-se mencionando a mudança de paradigma, pois, pelo direito brasileiro, as migrações internacionais eram consideradas como tema de segurança nacional e mercado de trabalho, porém, com a nova legislação, o Estado passou a referir-se e valorar à tais estrangeiros sob uma perspectiva mais humana. Deve

ser destacado, como observado por José Luis Bolzan de Moraes, o abandono do termo “estrangeiro” e da adoção da tipologia de migrante:

Ao estabelecer uma tipologia jurídica do “migrante”, o anteprojeto abandona o conceito de “estrangeiro” (do latim *extraneus*), com sentido comum de alheio, esquivo, estranho ou impróprio, não apenas de conotação pejorativa em nossa cultura, mas também juridicamente consagrado na lei vigente como um sujeito de segunda classe, privado, sem justificção plausível num regime democrática de parcela significativa dos direitos atribuídos aos nacionais (MORAIS et al., 2014, p. 2).

Tal mudança, por mais singela que pareça, carrega tamanha importância, pois o migrante deixa de ser tratado como, no sentido literal da palavra, um estranho, um forasteiro, ou até mesmo uma ameaça à nação e passa a ser primeiramente acolhido pela utilização de um termo mais adequado.

A legislação atual, proporcionou ao migrante um processo mais acessível e mais amplo para a obtenção de documentos para a legalização de sua permanência no país, sendo previsto no inciso V, do artigo 3º. Além disso, também promoveu a isenção de taxas e benesses consulares para obtenção de vistos ou documentos de regularização aos que se encontram em situações de hipossuficiência econômica.

Outro ponto a ser destacado, é em relação a criação do visto humanitário, que trouxe grandes avanços, visto que irá atender demandas específicas direcionadas àqueles que queiram ingressar ou permanecer no Brasil, em casos, por exemplo, de acolhida humanitária a apátridas ou migrantes de qualquer país “em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento”.

Uma grande conquista é também a garantia de liberdade ao migrante, caso este esteja de modo irregular no território nacional, ou seja, o migrante não pode ser preso pelo simples fato de não pertencer ao país (Artigo 3º, III). Estabelece também, que em eventual deportação, deve haver uma prévia notificação pessoal, a fim de que o mesmo tenha tempo de regularizar sua situação com a devida ajuda jurídica do Governo, resguardado seu direito à livre circulação em território nacional neste período. Quanto a situação migratória de um imigrante em vias de expulsão, somente será considerada regular se seu processo estiver pendente de decisão. Refugiados ou apátridas, “de fato ou de direito”, menores de 18 anos separados da família ou pessoas que precisam de acolhimento humanitário não serão repatriados. A lei também assegura que o estrangeiro não deve ser deportado ou repatriado se houver razões, no país de origem, que coloquem a vida ou a integridade pessoal dele em risco, ou seja, mais uma vez a lei mostrando seu caráter acolhedor e de segurança.

O artigo 4º, inciso III, garante o direito a reunião familiar, concedendo

o visto ou autorização de residência a cônjuge ou companheiro do imigrante, a seus filhos, familiares e dependentes. O imigrante que receber autorização de residência, em decorrência de reunião familiar, poderá exercer qualquer atividade no país, inclusive remunerada, em igualdade de condições com o brasileiro, nos termos da legislação vigente. Este ponto é um passo muito importante, vez que, muitos imigrantes antes se deslocavam para o país em busca de melhores condições e oportunidades, mas se depararam com a dificuldade de estar longe de seus familiares que muitas vezes continuavam em condições insatisfatórias e precárias no país de origem.

Ao falar em direito de manifestação política, a Nova Lei de Migração, garante o direito de se associar a reuniões políticas e sindicatos, entretanto, não prevê o direito ao voto, vez que é proibido pela Constituição Federal, conforme o artigo 14, §2º “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.”

No que tange às questões relacionadas aos direitos trabalhistas e ao trabalhador estrangeiro, a atual norma tem o objetivo de simplificar a contratação formal dos mesmos. Em seu artigo 4º, XI, é garantido ao imigrante a efetivação das obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória. Além disso, no artigo 3º, XXI, a lei faz expressa menção ao princípio e à diretriz da promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil. O artigo 14, I, e, versa sobre o visto temporário para trabalho, que pode ser concedido em casos em que o imigrante deseja estabelecer residência por tempo determinado no Brasil e pretenda, por aqui, trabalhar. No parágrafo 5º, do mesmo artigo, há a previsão de que o visto temporário para trabalho pode ser concedido ainda que sem vínculo empregatício no Brasil, desde que comprovada a oferta de trabalho ou dispensada esta exigência se o mesmo comprovar titulação em curso de ensino superior ou equivalente. Cabe destacar, que a Lei garante ao migrante o direito e a possibilidade de exercer funções e cargos públicas, conforme definido em edital, desde que não reservado para brasileiros natos.

Em detrimento desse avanço, muitas empresas brasileiras têm decidido investir nesses trabalhadores estrangeiros como uma forma de promover uma ação social e uma maior diversidade em seu ambiente de trabalho através de cultura e conhecimentos que podem aprimorar suas atividades, além do modo de enxergar as coisas sob uma nova perspectiva. No mais, esses trabalhadores imigrantes tendem a permanecer mais tempo do que os cidadãos nacionais, visando uma estabilidade no país e assim, contribuindo para uma menor rotatividade que pode ser interessante para as empresas.

Aos imigrantes, refugiados, asilados e apátridas, salvo àquele condenado, com sentença transitada em julgado e que tenha cometido crime em território nacional ou no exterior, é assegurado, no artigo 30 da vigente legislação, o direito à residência que tenha por finalidade a pesquisa, tratamento de saúde, estudo, trabalho, prática de atividade religiosa ou serviço voluntário, entre ou-

tras.

Por fim, em paridade com os direitos fundamentais da Constituição Federal, a nova Lei de Migração estabeleceu aos migrantes uma série de direitos que até então não eram concebidos, a saber: garantia à educação pública, o acesso aos serviços públicos de saúde, à seguridade social, o direito ao trabalho, à moradia e ao serviço bancário, a inviolabilidade do direito à vida, à segurança e à propriedade, bem como direitos às liberdades civis, sociais, culturais e econômicas dispostas no artigo 3º e 4º; medidas de proteção à vítimas e testemunhas de crimes e de violação de direitos e direito de reunião política para fins pacíficos. Garante também, o acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos insuficientes de recursos, direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos seus dados pessoais e por fim, o direito de sair e de ingressar em território nacional.

Conclusão

Desde o início da história da humanidade, a migração se tornou inerente a vida do Homem. O Brasil, com respaldo nas políticas e acordos internacionais, tem vivenciado e faz parte do crescente movimento migratório que acontece em todo o mundo, desencadeado por diversos fatores que são fundamentais para a compreensão das transformações apresentadas pela própria sociedade.

O antigo Estatuto do Estrangeiro, concebido à época da ditadura militar, se tornou obsoleto devido os grandes avanços da humanidade e com isso, a nova Lei de Migração abriu espaço para novas políticas migratórias que estivessem de acordo com os preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, amparada principalmente nos direitos à dignidade, à igualdade, à liberdade, à segurança e à não indiferença, que visam tornar-se um dogma importante para a construção de um corpo social mais justo, inclusivo e protetor dos direitos humanos. O ponto a ser ressaltado é a cidadania universal dos migrantes, isso porque a dignidade humana tem sido objeto de proteção, onde nenhum país possui o direito de violar ou ir contra seus princípios.

O novo dispositivo legal, de fato, carrega em seus artigos direitos fundamentais e essenciais para que os migrantes tenham uma vida digna e que sejam recebidos e acolhidos em território nacional, porém, vive em contradições tendo em vista que ainda há inúmeros preconceitos e discursos contra o acolhimento dessas pessoas, vindo de uma parcela dos nacionais que protestam contra a entrada de imigrantes, bem como são contra políticas públicas de acolhimento destas pessoas. Além disso, impõe-se diversos desafios para a administração pública, uma vez que essa deve estar em permanente processo de modernização e aperfeiçoamento, vez que não basta, o Brasil, apenas ser um país com fama de acolhedor, precisa, esse acolhimento, ser garantido, tanto pelo Estado, como pela população. Sendo assim, a hermenêutica jurídica é extremamente importante para que a lei seja interpretada corretamente e apli-

cada de forma efetiva de modo a garantir a dignidade de todos.

Por fim, é de comum conhecimento que a história e a cultura do Brasil são fortemente influenciadas e moldadas por parcelas de contribuição dos povos que por aqui chegaram e até hoje chegam, e sob esse contexto, é que a legislação pátria tem que se pautar em garantir direitos aos migrantes em uma lei que não seja voltada apenas à segurança nacional, mas sim aos sujeitos de direitos, a qual deva ser aplicada com seriedade e dignidade e não ficar apenas no papel.

Referências

ALVES, Letícia; ZAIA BORGES, Rosa; *et al.* **A Nova Lei de Migração Brasileira e o Decreto de.** [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28292/4/NovaLeiMigra%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 04 Set. 2020.

A nova Lei de Migração no Brasil e os direitos humanos | Heinrich Böll Stiftung - Rio de Janeiro Office. Heinrich-Böll-Stiftung. Disponível em: <<https://br.boell.org/pt-br/2017/04/17/nova-lei-de-migracao-no-brasil-e-os-direitos-humanos>>. Acesso em: 18 Set. 2020.

As Nações Unidas no Brasil. As Nações Unidas no Brasil | **The United Nations in Brasil.** Disponível em: <<https://brasil.un.org/>>. Acesso em: 22 Ago. 2020.

ASSIS, G. D. O. **Nova Lei de migração no Brasil: Avanços e desafios.** Migrações sul-sul. p 609-623, dez./2005. Disponível em: https://www.nepo.unicamp.br/publicações/livros/migracoes_sul_sul/migracoes_sul_sul.pdf. Acesso em: 22 out. 2020

ASSIS, L. R. V. E. A S. Q. **Os vetos à nova lei de migração brasileira.** A interpretação como um passo necessário. Migrações sul-sul. p. 597-608, dez./2005. Disponível em: https://www.nepo.unicamp.br/publicações/livros/migracoes_sul_sul/migracoes_sul_sul.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020

ÁTILA MATIAS. **Migração: o que é, tipos, causas, no Brasil.** Mundo Educação. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/migracao.htm>>. Acesso em: 28 Set. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.** Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm>. Acesso em: 10 ago.2020.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Estatuto do Estrangeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 10 ago.2020

Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Conteúdo Jurídico. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico>>.

com.br/consulta/artigos/51947/o-visto-temporario-para-o-trabalho-segundo-as-disposicoes-da-nova-lei-de-migracao>. Acesso em: 02 Out. 2020.

EQUIPE BRASIL ESCOLA. **Imigração no Brasil. Aspectos da imigração no Brasil.** **Brasil Escola.** Disponível em: <<https://brasilestola.uol.com.br/brasil/imigracao-no-brasil.htm>>. Acesso em: 11 Nov. 2020.

GUERRA, Sidney. **A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos / The new migration law in Brazil: progress and improvements in the field of human rights.** *Revista de Direito da Cidade*, v. 9, n. 4, p. 1717–1737, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28937/21967>>. Acesso em: 10 Out. 2020.

G. JAYME, Fernando, **Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Editora Del Rey, 2005.

JOÃO PAULO BRITO. **5 avanços da nova Lei de Migração - Conectas.** Conectas. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/cinco-avancos-da-nova-lei-de-migracao>>. Acesso em: 21 Jul. 2020.

MIGRAÇÃO E DIREITOS HUMANOS 1 RESUMO. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/migracaoedireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 10 Out. 2020.

MILESI, Rosita. **Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos Direitos Humanos.** Instituto Migrações e Direitos Humanos. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/41/docs/por_uma_nova_lei_migracao.pdf>. Acesso em: 18 Set. 2020.

OS DESAFIOS JURÍDICOS ENFRENTADOS PELA COMUNIDADE INTERNACIONAL NA TENTATIVA DE ERRADICAÇÃO DAS PRÁTICAS DE MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA NO SÉCULO XXI E A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE REFÚGIO

Júlia Barberato Pretto

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

O estudo objetiva analisar, a partir de uma revisão bibliográfica, a questão da mutilação genital feminina e sua intersecção com o refúgio. A OMS define que as práticas de mutilação genital feminina consistem em rituais em que ocorre a remoção de partes do órgão sexual reprodutor feminino por razões não médicas. Tais eventos são vistos por segmento da comunidade internacional como uma grave agressão aos Direitos Humanos e as Garantias Fundamentais das mulheres, tendo em vista as consequências físicas e psicológicas que podem se desencadear após o procedimento. Dito isso, órgãos internacionais e ONGs têm se esforçado para erradicar as práticas de mutilação genital feminina, porém, este ainda é um problema de saúde e de ordem social muito recorrente. Contudo, esse não só se dá pela questão da agressão, mas também em razão do fenômeno da aculturação e a imposição de uma moral ocidental. Questiona-se, assim, até que ponto os órgãos internacionais podem interferir sem configurar intolerância religiosa e como o refúgio seria possível nesses casos.

Palavras-chave: Mutilação genital feminina; Liberdade religiosa; Direitos das mulheres e crianças; Refúgio.

Introdução

O objetivo do presente estudo recai sobre a análise da controvérsia acerca da criminalização da mutilação (ou circuncisão) genital feminina (MGF/CGF) e sua intersecção com o refúgio. O método científico utilizado na pesquisa foi o hipotético-dedutivo em razão da notória mutabilidade do Direito.

Esse método busca aliar o método dedutivo, o qual corresponde a um procedimento racional que transita do geral para o particular, e o método indutivo, que tem como sua condição fundante o procedimento de cunho experimental (MEZZARROBA, O.; MONTEIRO, C. S., 2009).

Nesse método, desenvolvido por Karl Popper, são eleitas hipóteses para um determinado problema e essas mesmas hipóteses são submetidas ao falseamento de modo a comprovar sua sustentabilidade; o resultado pode ser a comprovação ou, então, a necessidade de formar novas hipóteses, já que as elencadas não resistiram ao falseamento (MEZZARROBA, O.; MONTEIRO, C. S., 2009). No caso em tela, o problema é o conflito real de normas no que tange às práticas de mutilação genital feminina e as hipóteses são a criminalização ou não dessas de modo a comprová-las ou então instigar a procura de novas. Conforme o estudo se sucedeu, foi possível concluir que há a efetiva necessidade de encontrar uma hipótese culturalmente sensível, conforme passa a analisar.

Primeiramente, esclarece que as práticas de mutilação genital feminina são definidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como eventos ritualísticos em que ocorre a remoção parcial ou total do clitóris e demais partes do órgão sexual reprodutor feminino para fins não médicos. Dessa forma, MGF vem sendo objeto de discussão na comunidade internacional, tendo grupos e movimentos consistentes no sentido de condenar esse tipo de prática.

Elucida, assim, acerca do fato de que não existe apenas uma modalidade de mutilação, sendo que ela pode se dar de quatro formas distintas, segundo a OMS. Na primeira e na segunda modalidades, muito semelhantes, ocorre a remoção total ou parcial do prepúcio e demais partes do clitóris (Circuncisão Sunnah). Porém, na segunda modalidade removem-se também os lábios internos da vagina, podendo, mais uma vez, ser por completo ou parcialmente.

Já a terceira modalidade, a mais severa de todas, também chamada de infibulação ou Circuncisão Faraônica, consiste na retirada completa ou de parte da genitália externa, sendo que, após, as partes restantes são costuradas, deixando-se apenas um pequeno orifício para eliminar a urina e a menstruação. E, por fim, a quarta modalidade, bem mais ampla, abrange todo e qualquer outro procedimento que fira ou remova partes da genitália feminina para fins não médicos como é o caso da cauterização e da raspagem.

Ainda, informa que as consequências são maiores de acordo com a severidade do procedimento adotado, apesar de todos eles serem prejudiciais à saúde feminina, conforme aponta a OMS. Dentre as complicações elencadas por esse órgão internacional estão infecções, consequências de ordem psicológica e até mesmo o óbito.

E, apesar de forte crença de que o procedimento é um problema isolado do continente africano, a mutilação genital feminina também é muito comum no Sudeste Asiático e Oriente Médio e, devido a globalização e até mesmo a própria cultura local, são encontrados casos esparsos na América, Oceania e

Europa. Nesse sentido, as práticas de MGF são uma questão social e de saúde que envolve todo o globo. O melhor exemplo disso reside no fato de que essas práticas permitem, inclusive, a requisição de asilo em razão do forte temor de perseguição ocasionado devido ao tamanho simbolismo do procedimento na cultura, conforme será exposto ao longo da pesquisa.

Por outro lado, há quem defenda que a criminalização da prática levaria a abolição de toda uma cultura e, conseqüentemente, da religião. E, nessa ótica, é possível visualizar, mesmo que de um ângulo duvidoso aos olhos do Ocidente, que a criminalização da MGF seria uma violação à Liberdade de Religião e Crença, visto que a ONU, no artigo de nº 18 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), elenca a garantia de que todos poderão manifestar a religião ou crença, pelo ensino, pela prática e pelo culto. Em contrapartida, não criminalizar, levaria à violação dos artigos 1º e 2º do mesmo diploma, bem como diversos outros instrumentos que prestigiam o direito fundamental à igualdade, preservação da vida e a dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto, rememora que os direitos humanos, em teoria, não podem ser hierarquizados em razão de que um direito não pode se sobrepor ao outro. Na realidade, como é notório, não ocorre dessa forma. Assim, o presente trabalho visa abordar a questão da MGF olhando por ambos os ângulos, não se restringindo à visão ocidental sobre a prática, bem como visualizar a intersecção desses procedimentos com o refúgio.

Origem Histórica e Breve Análise de Casos

A origem do uso de procedimentos de MGF é incerta, mas a literatura aponta que sua distribuição geográfica se concentra na costa oeste do Mar Vermelho, o que pode sugerir ter ali originado (MACKIE, 2000). De acordo com Mackie (2000), uma das razões para essa prática é de cunho religioso, por exemplo, na religião muçulmana e suas adjacentes a mutilação é requisito para as mulheres se casarem¹ e confere honra e virtudes a uma família.

O documentário espanhol “A Maçã de Eva”² narra a história de diversas mulheres que se submeteram ou foram submetidas a MGF, e que, por vivenciarem os problemas dela advindas, não desejavam que as próximas gerações passassem pelo mesmo procedimento. O documentário, traz, ainda, os relatos de mulheres e meninas que deixaram suas famílias em razão de se oporem à mutilação e os desafios que encontraram ao crescerem longe de suas famílias. Elas relatam que a circuncisão não só fere os corpos femininos, como também está diretamente relacionada aos casamentos precoces a que elas são submetidas, porquanto, na maioria das tribos e outras comunidades, cabe aos

1 O termo usado é *marryability* que, traduzindo para o português, significa habilidade de casar-se (MACKIE, 1996).

2 O título original do documentário é *La manzana de Eva*, e este foi elaborado sob a direção de Héctor Carré e lançado em 2017 na Espanha. No Brasil, possível encontrá-lo no sistema de *streaming* Netflix.

seus respectivos pais escolherem sobre quando e com quem suas filhas se casarão. Relatam, ainda, que tais práticas resultam na interrupção ou abandono dos estudos. À título exemplificativo, o depoimento abaixo, retirado do documentário citado, retrata a situação vivenciada não apenas por esta, mas por cerca de 200 milhões de mulheres e meninas em todo o mundo³:

Meu nome Sylvia Keys. Eu venho do Condado de Narok. O grande problema que eu tinha em casa era meu pai que não nos levava para a escola. A minha irmã mais velha...eu vi o jeito que ela foi cortada e eu me senti mal. Eu vi como ela gritava. Ela não queria...E sabem era algo...muito perigoso e difícil, e também doloroso, porque ela estava chorando. Se fosse alguma coisa boa, ela estaria sorrindo. Mas eu a vi chorando. Aí chegou o momento de eu ser circuncisada. E eu disse a ele: “eu não quero ser circuncisada”. E ele disse: “Se você não quer fazer isso, não será mais minha filha e eu lhe rogarei uma praga. Não ficará mais nesta casa. É melhor, você ir embora, senão, você vai morrer”. E eu decidi fugir.

Apesar de serem práticas exercidas por muitas pessoas no continente africano que pratiquem a fé islâmica, de acordo com informações do Fundo Popular das Nações Unidas (UNFPA), não são todas as religiões de origem islâmica e suas adjacentes que propagam este procedimento. Inclusive, a UNFPA esclarece que nenhuma religião em específico promove a circuncisão feminina, tendo alguns líderes religiosos islâmicos se posicionando contra tal. O sheik Bubacar Djaló, porta-voz religioso para os guineenses de etnia fula, por exemplo, tem usado sua posição como presidente da União dos Imames da Guiné-Bissau para influenciar outros chefes religiosos a desencorajarem à MGF, conforme apontado em matéria do *Jornal Nacional Diário*⁴, periódico português.

Contudo, pode-se falar que a circuncisão não conhece fronteiras em razão da questão do refúgio. De acordo com o Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refúgio da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR)⁵, a mutilação genital trata-se de uma forma específica de perseguição às crianças, mais especificamente às meninas. Essa, porém, não é uma questão pacificada, mas merece uma análise quando se fala de MGF e refúgio e por isso será analisada num tópico a parte do presente estudo.

3 De acordo com a cartilha *Female Genital Mutilation/Cutting: a global concern* da UNICEF de 2016, cerca de 200 milhões de meninas e mulheres de 30 países diferentes foram sujeitas às práticas de MGF. Chama a atenção para o uso do vocábulo “cerca” na frase anterior, visto que, esta mesma cartilha afirma ser incerto o número real, pois este permanece desconhecido.

4 BALDÉ, M. **Caiu o tabu**. *Jornal Nacional Diário*. Portugal. [S.l.]. 2018. Disponível em: https://www.ulisboa.pt/sites/ulisboa.pt/files/public/caiu_o_tabu.pdf.

5 Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinação_da_condição_de_refugiado.pdf

Mutilação Genital Feminina, Direitos Humanos e Cultura

A Mutilação Genital Feminina se trata de uma prática de cunho religioso na qual ocorre a remoção total ou parcial da genitália feminina, pois, há uma crença de que a mulher não pode sentir prazer, visto que isso faria dela impura. Na concepção daqueles que praticam essa fé, consiste num ritual religioso como qualquer outro, mas parte da comunidade internacional enxerga como uma violação grave aos direitos humanos e garantias fundamentais das mulheres e meninas (em razão desta ocorrer mais comumente no período pré-puberdade⁶). Assim, têm-se um conflito cultural e religioso sobre o assunto.

Primeiramente, aduz que a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), publicada pela primeira vez no ano de 1948 e ratificada em solo brasileiro no dia 10 de dezembro do mesmo ano, um dos documentos que compõem a Carta Internacional de Direitos do Homem, já no preâmbulo, elenca a igualdade, dignidade e liberdade, a serem garantidas para todos, o que é reafirmado no artigo 1º do documento.

Para fins de contextualização, observa que a DUDH teve origem do desejo de impedir outro Holocausto, conforme consta no *website* da ONU⁷, elaborada, portanto, sob os preceitos europeus de direitos humanos, já que este evento trágico se deu no coração da Europa. Assim, uma tensão paira entre as teorias universalistas, que defendem que há um núcleo mínimo de direitos do ser humano que é comum a todos os povos e culturas, e o relativismo cultural, o qual entende que cada civilização tem sua própria concepção de mundo, o que seria incompatível com direitos universais (OLIVA, 2014, p. 657-681). Indaga, dessa forma, se a relativização dos direitos humanos não justificaria a descriminalização da MGF, levando-se em consideração que a restrição dos direitos das minorias sexuais é considerada um elemento cultural no âmbito dos praticantes da religião muçumana e suas adjacentes. Será que é essa a igualdade prevista na DUDH?

Para encontrar uma resposta para os questionamentos apontados no parágrafo anterior, é importante ressaltar que os direitos humanos, segundo o jurista português Canotilho (2003, p.393-398)⁸, possuem quatro funções distintas, quais sejam: defesa ou liberdade, prestação social, proteção perante terceiros e não discriminação. A primeira tem condão de salvaguardar a limitação do poder estatal. A segunda, no que lhe concerne, diz respeito ao dever jurídico do Estado de implementar políticas públicas tendentes à satisfação dos direitos humanos.

Já a terceira função, concede aos órgãos estatais a prerrogativa de prevenir e reprimir afrontas mediante providências administrativas, edição de leis

6 É possível afirmar, genericamente, que ao passar pelos rituais de MGF, as meninas têm entre 4 a 8 anos, com a ressalva feita pela OMS de que a idade vem diminuindo ao logo dos anos (PIACENTINI, 2007).

7 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393-398.

punitivas e realização de investigações, julgamentos e imposição de sanções. Enfim, a quarta função, deriva da igualdade como elemento basilar para a proteção da dignidade da pessoa humana. Essas funções, assim, geram os deveres de respeito, promoção e proteção dos direitos humanos, não só por parte dos órgãos estatais, mas também pelos particulares (CANOTILHO, 2003).

Nesse sentido, cumpre observar, que só é possível delimitar o que é esta igualdade prevista na DUDH por meio da conceituação de dignidade da pessoa humana, fundamento precípua dos direitos humanos, pois é dela que descende a característica da universalidade a qual visa promover a isonomia. Isto posto, de acordo com Comparato (2013), o qual consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, definindo-o como um traço comum a todos os direitos humanos, suscitando, mais uma vez, a universalidade. Aponta, no entanto, que a dignidade da pessoa humana não é só multidimensional, como também individual em virtude de que, apesar de inerente a todo ser humano, é esculpida com peculiaridades características, dependendo do contexto histórico-cultural em que o indivíduo se encontra inserido (BELTRAMELLI NETO, 2017). Ou seja, a proteção se dá de modo global, para todos, mas não há uma moldura específica, pois esta é moldada de acordo com contexto.

Assim, o primeiro artigo da DUDH, bem como o preâmbulo do documento ratificam a dignidade da pessoa humana ao mencionar que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, resguardando, dessa forma, o caráter de universalidade dos direitos humanos, o qual, conforme abordado, é questionável.

No que tange à liberdade, sua conceituação é extremamente importante também, visto que é, ao lado da igualdade e da fraternidade, um princípio axiológico fundamental em matéria de direitos humanos (COMPARATO, 2013). Esclarece, então, que este princípio compreende tanto a dimensão política quanto a individual, sendo que a primeira está elencada no artigo 21 da Declaração e a segunda nos artigos 7 a 13 e 16 a 20. Dessa forma, indica que essas dimensões são complementares e interdependentes, conforme elucidada o doutrinador e jurista Fábio Konder Comparato em sua obra:

A liberdade política, sem as liberdades individuais, não passa de engodo demagógico. E o reconhecimento das liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal esconde a dominação oligárquica dos mais ricos. (COMPARATO, 2013)

Ademais, o artigo 2º da DUDH reafirma o princípio da igualdade essencial do ser humano e a isonomia perante a lei é proclamada no artigo 7, sendo mera decorrência do primeiro. Nesse sentido, Hannah Arendt, refletindo sobre os acontecimentos atroz experimentados nos regimes de totalitarismo no século XX, sustentou que a privação de todas as qualidades concretas do ser humano, isto é, de tudo aquilo que forma sua identidade nacional e cultural, o torna uma frágil e ridícula abstração (COMPARATO, 2013).

No caso da MGF e levando-se em consideração a identidade cultural, é necessário também tratar da liberdade de religião, a qual está resguardada na DUDH (1948) no artigo 18.

Além disso, conforme o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, o qual tutela o direito das crianças e adolescentes no que tange ao comprometimento dos Estados Partes de adotarem medidas especiais de proteção e assistência em prol destes (artigo 10). E, neste mesmo documento, reconhecem os Estados Partes que toda pessoa tem o direito de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental (artigo 12). Assim, concedendo a mulheres e crianças uma maior proteção visto que são sujeitos de direito essencialmente, vulneráveis, não lhes servindo a mera igualdade formal em razão da disparidade de armas com relação aos homens, levando-se em consideração que a Câmara Legislativa e demais máquinas do Governo estão abarrotadas de homens legislando para homens, como é notório.

Igualmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, tutela o direito das crianças de terem medidas de proteção (item 1 do artigo 24). Ademais, o documento também menciona que os Estados Partes se comprometem a assegurar a igualdade entre homens e mulheres (artigo 3º).

Ainda no âmbito do Sistema Internacional de Direitos Humanos, têm-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de dezembro 1979, a qual foi promulgada no Brasil em 13 de setembro de 2002 por meio de Decreto nº 4377 e é prestigiada na renomada Convenção de Belém do Pará, também conhecida como Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 1994, mas promulgada pelo Decreto nº 1773, de 01 agosto 1996, fruto de diversas críticas à lógica formal de manutenção de igualdades e liberdades prevista na DUDH. Nas palavras de Olga Espinoza: “Ao pretender uniformizar as diferenças dos indivíduos, tal “sujeito” desconheceu as particularidades dos seres humanos e restringiu-lhes âmbitos de proteção.” (ESPINOZA, 2002 *apud* SERRA, 2006).

Observa, no entanto, que vinte e três Estados fizeram reservas materiais, concentrando-se na cláusula relativa à igualdade entre homens e mulheres na família, as quais foram embasadas em argumentos de ordem religiosa, cultural e legal, havendo países, como o Egito⁹ que, notoriamente, apresenta altos índices de MGF¹⁰ entre esses.

9 No caso do Egito, uma das reservas concerne o direito ao divórcio. Mulheres podem pedi-lo, desde que autorizadas por um juiz. Enquanto, homens, não tem esta restrição. Esta e outras estão disponíveis em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#EndDec

10 De acordo com a cartilha Female Genital Mutilation/Cutting: a global concern da UNICEF de 2016, cerca de 87% das meninas e mulheres entre 15 e 49 anos foram submetidas ao procedimento entre 2004 e 2015 no Egito. Ainda, 14% das meninas entre 0 a 14 anos

Ainda tratando sobre essa Convenção, na alínea “a” do artigo 5º, comprometem-se os Estados-Partes na modificação de esquemas e padrões de comportamento socioculturais de homens e mulheres, para fins de eliminar preconceitos e costumes que firam a igualdade e que estejam baseados em ideias de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em estereótipos de homens e mulheres. Nesta lógica, a Convenção Sobre os Direitos das Crianças, determina que os signatários também se comprometeram a adotar “todas as medidas eficazes e adequadas com vista a abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças.” (UNICEF,1989).

Ademais, os Estados africanos (onde a prática da MGF é mais habitual) possuem um sistema regional de proteção aos direitos humanos, a ainda recente União Africana, a qual tem como documento principal a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) de 1981, também conhecida como Carta de Banjul, pois foi elaborada na capital do Gâmbia. Tal convenção foi devidamente assinada e ratificada por 53 países do continente africano, sendo que, apenas o Sudão do Sul não os fez (FEFERNBAUM,2012).

A CADHP delinea diversos direitos fundamentais, dentre os quais, a igualdade, que está elencada no artigo 3º. Chama atenção também para o artigo 4º do documento, visto que este faz alusão ao direito à vida e inviolabilidade da integridade física e moral. Ainda, determina no artigo 18 do diploma que o Estado deve zelar pela eliminação de toda a discriminação contra a mulher e assegurar a proteção dos direitos da mulher e da criança, tais como estipulados nas declarações e convenções internacionais. O artigo 8º, por sua vez, trata da liberdade de religião e crença.

Inspirado por uma necessidade reconhecida de compensar pela inadequada proteção conferida às mulheres pela Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, visto que essa se deu de modo meramente genérico, foi elaborado o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África (Protocolo das Mulheres). Embora a Carta Africana garanta a não discriminação com base no sexo, a igualdade perante a lei e a eliminação da discriminação contra as mulheres, não articula violações específicas dos direitos das mulheres que resultam da discriminação.

Outro instrumento regional de suma importância para a discussão é a Declaração de Diabougou que se originou da ideia das mulheres de uma vila em Thies, no Senegal, e espalhou-se em razão do apoio masculino à erradicação dos procedimentos de MGF. Esse documento marcou o fim da circunscisão feminina em treze vilas da região.

Ante todo o exposto, não há um cenário em que não se viola um direito ou outro, já que no problema que se tem em pauta há dúvida quanto a proteger uma prática cultural, que é repreensível na ótica dos direitos humanos, ou criminalizar um ritual que fere os corpos femininos, embora tenha cunho religioso. Nesse sentido, é de suma importância apontar no presente artigo o

no período de 2010 a 2015 tiveram suas genitálias mutiladas. Disponível em: https://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf

fenômeno da interculturalidade e a repulsa pelo diferente e sua cultura, o qual passa, brevemente, a abordar.

A proposição da interculturalidade consiste na proposição de um “(...) espaço de diálogos e trocas culturais permanentemente ressignificados, admitidos e abandonados pelos constantes e dinâmicos ajustes étnicos.” (PERUZ-ZO, 2011). Para Fidel Tubino, jurista peruano de grande renome, a interculturalidade não é um conceito, mas uma maneira de comportar-se. Refere-se de uma proposta ética, indo além de uma ideia, uma atitude, uma maneira de ser necessária em um mundo, paradoxalmente, cada vez mais interconectado tecnologicamente e, simultaneamente, mais incomunicável interculturalmente (TREVISAM, 2017).

Por outro lado, o fenômeno do Multiculturalismo, é definido no texto Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, de Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes (*apud* LOPES, 2012), da seguinte forma:

A expressão multiculturalismo designa, originariamente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades modernas (...). Existem diferentes noções de multiculturalismo, nem todas no sentido “emancipatório”. O termo apresenta as mesmas dificuldades e potencialidades do conceito de “cultura”, um conceito central das humanidades e das ciências sociais e que, nas últimas décadas, se tornou terreno explícito de lutas políticas. (SANTOS, NUNES, *apud* LOPES, 2012)

Assim, esses conceitos parecem se confundir. Porém, essa confusão é apenas aparente, pois, o fenômeno do Multiculturalismo propõe a coabitação num mesmo espaço social de culturas diferentes sob o princípio da tolerância e do respeito à diferença, a interculturalidade, por sua vez, ao conjecturar inevitável a interação entre essas culturas, sugere um projeto político que possibilite um diálogo entre elas, como meio de se atingir uma convivência pacífica de fato (ALVARADO *apud* LOPES, 2012).

Argumentos pró e Contra a Criminalização da Mutilação Genital Feminina

Recorda, assim, que existem diferentes métodos de performar a circuncisão, sendo que isso depende da tribo ou povo em que a menina é criada, conforme elucidado pela ativista e diretora do centro Tasaru Ntomonok, iniciativa que será abordada mais adiante, Agnes Parey, no documentário espanhol *A Maçã de Eva*, já citado no presente estudo. Essa tradição é amplamente condenada por diversos órgãos e organismos internacionais em razão das inúmeras consequências e sequelas que podem acometer as meninas e mulheres que se submetem à prática, não só fisicamente como psicologicamente. Seguindo a OMS, geralmente, os riscos se asseveram de acordo com o proce-

dimento adotado, ou seja, quanto mais invasiva a circuncisão, maiores são os prováveis danos.

Dentre as complicações possíveis à curto prazo estão problemas urinários, dor intensa e até o óbito. Já a longo prazo, têm-se a HIV/AIDS, infecção genital crônica, problemas de ordem psicológica como a depressão e dor durante a relação sexual (REISEL, CREIGHTON, 2015, p. 48-51).

Todavia, o trabalho de coleta de dados se mostra muito difícil. Esta dificuldade se deve ao fato de que, em paralelo à classificação a UNICEF, fez a sua própria classificação numa tentativa de atender à questão de que as modalidades, na realidade, podem não se encaixar perfeitamente para fins de definir o tipo de mutilação a qual a mulher foi submetida. Essa classificação, no entanto, não coincide com a da OMS, o que pode causar ainda mais confusão. Ainda, as mulheres que passaram pela MGF podem não associar algumas consequências médicas advindas dos procedimentos justamente pelo fato de serem consideradas normais no meio em que estão inseridas. Contudo, o contrário também pode ocorrer, as mulheres podem reportar complicações advindas de outras patologias como se de MGF fossem (REISEL, CREIGHTON, 2015, p. 48-51).

Ainda, se trata de um ritual machista, visto que seria performado no período pré-puberdade ou no início desta para que as mulheres não sintam prazer, prevenir traições aos maridos, purificação dos corpos femininos, temor de que o clitóris cresça no tamanho de um pênis e outros tantos motivos e mitos que envolvem a genitália feminina, variando, mais uma vez, de acordo com as crenças de cada povo ou tribo, o que foi também pontuado por Parey no documentário.

Uma organização de grande renome e forte aliada na luta contra os procedimentos de MGF, é a Tasaru Ntomonok Initiative que opera no Condado de Narok no Quênia, país que reúne diversas tribos que praticam a circuncisão feminina como rito de passagem para a vida adulta, um dos focos em a *Maçã de Eva*. Esse aliado serve como uma casa de acolhimento das meninas que fugiram ou foram expulsas de seus lares por não se submeterem à mutilação, nem casamento precoce forçado, fornecendo, além de abrigo, educação e reconciliação familiar, um ritual alternativo à MGF para marcar o início da transição de menina à mulher, mostrando, assim, uma abordagem cultural sensível, a qual respeita o valor das tradições, mas rejeita a violência à qual foi associada.

O prédio que abriga este projeto foi financiado pela UNFPA, em 1999, visando atingir o terceiro objetivo do milênio: promoção de igualdade de gênero e empoderamento feminino. Aliás, a UNFPA vem trabalhando, em conjunto com a UNICEF, num programa de erradicação da mutilação genital feminina, apoiando iniciativas regionais e globais.

Ademais, esse programa conjunto, tem condão de reforçar políticas públicas no sentido de criminalizar as práticas, como ocorreu na Nigéria e em Gâmbia em 2015, por exemplo, e fortalecer os serviços de saúde para preve-

nir, bem como lidar com as consequências advindas da MGF, como infertilidade, infecções, morte, dores durante relações sexuais, retomada de prazer e tantas outras. Porém, isso só é possível com a ajuda dos líderes religiosos e pessoas de grande influência nos países em que as práticas são habituais para que se estabeleça um diálogo com a comunidade e ocorra a desvinculação de circuncisão feminina e religião.

Inclusive, retoma o que foi dito no primeiro tópico, apesar de muitas vezes a MGF ser associada ao Islã, provavelmente por ser praticada mais comumente nas comunidades mulçumanas, de acordo com o *website* da UNFPA, não são todas as religiões islâmicas e suas adjacentes que propagam este ritual, tendo inclusive líderes religiosos, que desencorajam seus seguidores de fazê-lo, conforme já citado.

Por outro lado, há quem defenda que criminalizar a MGF levaria a mais mortes, visto que o procedimento, conforme experimentado em alguns países como a Guiné-Bissau, continuará ocorrendo, mas de forma clandestina. Deixando, assim, as crianças e mulheres ainda mais vulneráveis a procedimentos sem anestesia e assepsia devidas.

Ainda, outro argumento de quem corrobora a visão, sendo este, provavelmente, o mais relevante e sensível, é que a criminalização da circuncisão feminina fere a liberdade religiosa das mulheres e crianças que professam as religiões em que este ritual é, praticamente, indispensável à vida adulta e sua purificação. Podendo, inclusive, ocasionar no desaparecimento de uma cultura, resultando na aculturação, uma forma forçada de tornar o direito “universal”. Jack Donelly, refletindo sobre a questão da universalidade dos direitos humanos, ponderou:

[...]Simplesmente estabelecer que os direitos humanos não são universais não mostraria que uma abordagem alternativa ou concorrente da dignidade humana é necessariamente defensável, muito menos preferível. Pelo contrário, ficaríamos com várias abordagens concorrentes que, a menos que aceitemos o tipo mais grosseiro de relativismo de valor (por exemplo, emotivismo), não só pode, mas deve ser avaliado comparativamente. [...] (DONELLY, 1982)

No mais, a criminalização afeta a liberdade de escolha das mulheres. Contudo, parte da comunidade internacional, afirma que não há liberdade quando a escolha não é feita pelas mulheres, mas trata-se sim de uma imposição familiar, já que ocorre quando crianças submetidas ao poder dos pais, os quais são confiados com este para que promovam o bem-estar das crianças (DONELLY, 1982). De fato, a intenção de submeter suas filhas à MGF advém de uma preocupação dos genitores com a questão, levantada por Mackie (1996) da habilidade de casar-se, conforme já mencionado. Porém, esta é uma prática tradicional muitas vezes prejudicial à saúde das meninas, indo em contramão da Convenção Sobre os Direitos das Crianças, a qual já foi citada neste estudo.

Ademais, o pesquisador interdisciplinar Brian. D. Earp, conhecido por tecer críticas à Organização das Nações Unidas, UNESCO e demais órgãos e organismos que lutam pela erradicação da MGF, justamente, em razão da questão da imposição de uma moral ocidental, questiona os porquês de a circuncisão feminina ser vista como uma prática que fere os corpos femininos e a circuncisão masculina, realizada nos meninos judeus, por exemplo, não ser objeto de críticas da comunidade internacional. Aponta também que, em razão de em algumas tribos haver o ritual para os meninos também, não há a questão do machismo ou patriarcado envolvido.

Realça, assim, conforme já abordado, que estes direitos estão pormenorizados e possuem a adesão de diversos tratados regionais e internacionais, sendo não só protegidos pelo Sistema Internacional de Proteção, mas também sob tutela dos Sistemas Regionais e de tratados e protocolos, alentando, dessa forma, os direitos e a luta de mulheres e meninas que se põem na contramão desta prática cultural. Contudo, isso de nada resolve a questão, apenas acrescenta mais pontos a serem discutidos.

Intersecção Entre a Mutilação Genital Feminina e o Refúgio

Quando abordada a questão do refúgio, é importante ressaltar que essa é uma modalidade de migração forçada e os instrumentos que atuam como pilares do trabalho da ACNUR são a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados¹¹ e o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967¹². O segundo decorre do primeiro e surgiu da crescente necessidade de medidas que colocassem os novos fluxos de refugiados sob a proteção das provisões da Convenção que, apesar de abranger número considerável de pessoas, ficava restrita aos eventos ocorridos antes de 1951.

Com a ratificação do Protocolo o cenário mudou, excluiu-se a delimitação de tempo e espaço geográfico (que funcionavam como um obstáculo) por meio de uma interpretação extensiva da Convenção de 1951. Possibilitou-se, assim, que as mulheres e meninas que foram criadas no seio de grupos que praticam rituais de MGF pudessem optar por requerer asilo, já que, de acordo com os parâmetros da Carta de Cartagena, incluem-se como refugiadas as pessoas que tenham fugido de seus países porque sua vida, segurança e liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada e/ou maciça violação de direitos humanos, ainda que em contexto pacífico. Sendo assim, plenamente possível uma menina que vive num contexto de MGF requerer asilo mesmo que o país não esteja passando por guerra ao algo do tipo. O assunto, no entanto, ainda não é pacificado e merece um estudo minucioso a parte.

11 Formalmente adotada em 28 de julho de 1951 para resolver a situação dos refugiados na Europa após a Segunda Guerra Mundial, conforme consta no *website* da ACNUR.

12 De acordo com o *website* da Agência, esse Protocolo ampliou o conceito de refugiado e deu outras providências.

Conclusão

A Mutilação Genital Feminina é uma prática cultural que consiste na remoção total ou parcial da genitália feminina, e ocorre sob pretextos religiosos, podendo se dar de diferentes formas e por diferentes razões. Este ritual vêm sendo objeto de debates e discussões no seio da comunidade internacional em razão de que órgãos e organismos internacionais têm se posicionado no sentido de que esta é uma prática nociva à saúde da mulher bem como da criança. Porém, aqueles que praticam esta fé não veem nada mais que uma celebração como outra qualquer feita no catolicismo ou judaísmo.

Esta discussão possui, em ambos os polos, normas internacionais que legitimam tanto a prática como sua a criminalização, criando, dessa forma, um conflito de normas real que só pode ser desempatado a partir da adoção de uma abordagem intercultural sensível, utilizando-se do diálogo de culturas e costumes para (tentar) achar um meio termo. Em suma, trata-se de um problema de comunicação entre os direitos humanos em si e as culturas dos diferentes povos que coabitam o globo, ainda mais por conta era digital e os fluxos migratórios.

Referências

A MAÇÃ de Eva. Direção de Héctor Carré. Espanha: Netflix, 2017.

ALBURQUERQUE, Aline. **Perspectiva Bioética Intercultural e Direitos Humanos:** a busca de instrumentos éticos para a solução de conflitos de base cultural. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, Brasília, v. 2, n. 9, p.9-27, jun. 2015. Disponível em: <http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1760/1646>. Acesso em: 01 out. 2019.

BALDÉ, M. **Caiu o tabu.** *Jornal Nacional Diário*. Portugal. [S.I.]. 2018. Disponível em: https://www.ulisboa.pt/sites/ulisboa.pt/files/public/caiu_o_tabu.pdf.

BELTRAMELLI NETO, S. **Direitos Humanos.** Editora Juspodivm. [S.I.]. 2017

BONGIANINO, Claudia Fioretti. **Feminino Sagrado, Profano e Científico:** impasses nas intervenções genitais femininas. *Tomo, Sergipe*, v. 2015, n. 26, p. 279-302, jun. 2015.

BRASIL. Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. **Convenção Sobre A Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Contra A Mulher.** Brasília, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo. Editora Saraiva. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DONNELLY, Jack. **Human rights and human dignity:** an analitic critique of nonwestern conceptions of human rights. *The american political Science Review*, v. 76, n. 2, p. 303-316, 1986.

EARP, Brian D. **Between Moral Relativism and Moral Hypocrisy: Reframing the Debate on “FGM”**. Kennedy Institute Of Ethics Journal, [S.I.], v. 26, n. 2, p.105-144, 2016.

FEFERNBAUM, Marina. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Análise do Sistema Africano**.

LOPES, Isabel Idoraque. **Análise das Práticas de Mutilação Genital Feminina em Guiné-Bissau e sua Implicação nos Direitos Humanos e Culturais**. 2015. 36 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Sociais, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

MACKIE, Gerry. **American Sociological Review**. Vol. 61, No. 6. (Dec., 1996)

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. [S. l]: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Manual de Procedimentos e Critérios Para a Determinação da Condição de Refugiado**.

PIACENTINI, D. Q. **Direitos Humanos e Interculturalismo: Análise da Prática Cultural da Mutilação Genital Feminina**. Florianópolis. [S.I.], 2007.

REISEL, Dan; CREIGHTON, Sarah. M. **Long term health consequences of Female Genital Mutilation (FGM)**. Maturitas, [S.I.], v. 80, n. 1, p.48-51, 2015.

TREVISAM, E. **A Hermenêutica Intercultural como Processo para uma Convivência Ética e Responsável com as Diversidades**. vol. 02, n.º. 47, Curitiba, 2017. pp. 363-385

UNITE NATIONS POPULATION FUND. **Female Genital Mutilation**. [S.I.]

MIGRANTES INDOCUMENTADOS E ACESSO À JUSTIÇA: A CRIMINALIZAÇÃO VELADA DA MIGRAÇÃO

Enrico Emmanuel Angeloni Bueno de Camargo

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Isabel Pennafirme Ferreira

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

A situação dos migrantes indocumentados revela-se suscetível à diversos tipos de violações de direitos humanos, pois a ausência de documentos atestando sua entrada regular no país impede o seu acesso ao sistema jurídico e, conseqüentemente, a efetivação de seus direitos. Apesar de diversos tratados internacionais, verifica-se no plano fático que não são poucos os Estados que estabelecem normas discriminatórias em relação aos migrantes irregulares. Destarte, com o uso da metodologia bibliográfica e partindo-se da análise dos casos julgados pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos, pela Corte Interamericana de Direito Humanos, bem como pela Suprema Corte dos EUA, busca-se demonstrar que a nova forma de criminalização dos movimentos migratórios se opera de forma velada e consiste na restrição do acesso à justiça, bem como a ausência de efeito suspensivo automático aos recursos contra ordens de deportação, expulsão ou repatriação.

Palavras-chave: Migração; Migrantes indocumentados; Criminalização; Devido processo legal.

Introdução

O fenômeno das migrações internacionais está intimamente ligado à noção de soberania estatal e não apenas com o desejo ou necessidade de um indivíduo de deixar seu local de origem. Por consequência, “o processo migratório implica não apenas uma realocização física, mas também uma mudança de jurisdição e de pertença”¹. Desta forma, em um primeiro momento,

1 ZOLBERG, Aristide R. The Next Waves: Migration Theory for a Changing World. **The International Migration Review**, vol. 23, no. 3, 1989, p. 405-406.

nenhum Estado é obrigado a aceitar a entrada de pessoas em seu território, pois cabe a ele definir as regras de controle de suas fronteiras.

Todavia, os eventos do século XX deixaram claro que os Estados, no gozo de sua soberania, poderiam realizar atos atrozes contra a humanidade, de forma que era necessário impor maiores limites para sua postura individualista. Assim, a reestruturação do direito internacional ganhou relevância, bem como o aprimoramento dos tratados internacionais, verdadeiros instrumentos de limitação da soberania nacional, que passaram a encontrar seu fundamento no princípio da dignidade das pessoas humanas e no reconhecimento de direitos universais independentes da chancela dos Estados.

Assim, a plena liberdade dos Estados em definir quem poderá adentrar em seus territórios foi mitigada, diante da elaboração dos tratados de direitos humanos.

No âmbito do direito migratório, os acordos multilaterais passaram a reconhecer uma série de garantias aos migrantes como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que assegura o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica de todas as pessoas (Artigo 6), o direito de saída e regresso ao seu país (Artigo 13), o direito de procurar asilo (Artigo 14) e o direito à nacionalidade (Artigo 15). Este foi um passo significativo para que os migrantes passassem a ser vistos como sujeitos de direitos.

A personalidade jurídica dos migrantes indocumentados

Como mencionado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) reconhece no seu Artigo 6 que: “Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica”. Tal previsão tem a função de reconhecer a pessoa física como um sujeito de direitos perante a lei, possibilitando-a de usufruir das proteções legais existente. Possui, ainda, um viés igualitário, uma vez que, existindo e possuindo personalidade jurídica, todas as pessoas são iguais. Destarte, o reconhecimento da personalidade jurídica poderia ser resumido na célebre frase atribuída à filósofa Hannah Arendt: “O direito a ter direitos”.

Nesse sentido, afirma o autor Andrés Guardia, citado por Oliveira e Lazari:

Afinal, se o Direito existe em função da pessoa humana, será ela sempre sujeito de direitos e de obrigações. **Negar-lhe a personalidade, a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações, equivale a não reconhecer sua própria existência.** [...] O reconhecimento da personalidade jurídica é imprescindível à plena realização da pessoa humana. Trata-se de garantir a cada, um em todos os lugares, a possibilidade de desenvolvimento livre e isonômico (grifo nosso).²

2 GUARDIA, Andrés Felipe T.S. Comentários aos artigos V e VI. 2008 apud OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 357.

E a imprescindibilidade do direito à personalidade jurídica se mostra evidente na situação dos migrantes indocumentados.

Os migrantes indocumentados são aqueles que não possuem documentos atestando a sua entrada regular em determinado país, ou seja, são pessoas que se deslocam ou atravessam uma fronteira internacional e não foram autorizadas a entrar ou permanecer no Estado de acordo com as leis desse Estado ou de acordo com os acordos internacionais de que esse Estado seja parte³. É importante ressaltar, conforme colocado pelo Comissário de Direitos Humanos do Conselho da Europa, Nils Muiznieks, em sua visita à Grã-Bretanha em janeiro de 2016, que “As pessoas não são ilegais. Seu *status* legal pode ser irregular, mas isso não os coloca aquém da humanidade”⁴. Não é correto falar-se em ilegalidade dos migrantes que adentram em um território sem os documentos tidos como obrigatórios (passaporte, visto etc.), pois, as normas migratórias são essencialmente normas administrativas e não penais. Por outra perspectiva:

A recorrente categorização dos imigrantes indocumentados como “ilegais” contribui para a confluência do direito penal com o das migrações e a segregação social dos imigrantes, pois relaciona-os com a criminalidade (ilegalidade) e os desumaniza ao privá-los de seu estatuto político, ao relacioná-los como pessoas “ilegais”⁵.

Os migrantes indocumentados são uma categoria de pessoas vulneráveis à diversos tipos de violações de direitos humanos, pois a ausência de seus documentos coloca-os à margem das políticas públicas e, como será discutido mais a frente, da própria possibilidade de levar seus direitos aos Tribunais em razão do medo constante de ser deportado do país ou de ser alvo de outras medidas desumanas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de sua função consultiva, emitiu o Parecer Consultivo OC-18/03 sobre “A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados”⁶. Em sua análise, foi ressaltado que “(...) a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o *status* migratório das pessoas”⁷, em razão do reconhecimento do princípio da igualdade e não-discriminação como de caráter *ius cogens*.

3 OIM. **Glosario de la OIM sobre Migración**. Ginibra: Organización Internacional para las Migraciones, 2019, p. 134.

4 TRAVIS, Alan. **Refugee crisis: human rights chief hits out at Cameron and May**. *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/law/2016/mar/23/refugee-crisis-human-rights-uk-criticism-david-cameron-theresa-may>.

5 COSTA, Luiz Rosado; URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera. **Migrantes Indocumentados, Direitos Humanos e Alteridade**. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho, n. 30, jan/jun 2019, p. 161.

6 CIDH. **Parecer Consultivo OC-18/03**, de 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf-3f1f80051.pdf>.

7 *Ibid.*, p. 104.

Entretanto, em que pese a consagração em diversos documentos internacionais dos direitos dos migrantes, independentemente de seus *status* legais, violações sistemáticas de seus direitos humanos continuam ocorrendo ao redor do globo e estas violações “permanecem muitas vezes na impunidade devido, *inter alia*, à existência de fatores culturais que justificam esses fatos, à falta de acesso às estruturas de poder em uma sociedade determinada e a impedimentos normativos e fáticos que tornam ilusório o efetivo acesso à justiça”⁸.

Para compreendermos alguns dos diversos tipos de violações aos quais os migrantes indocumentados se encontram expostos, analisaremos a seguir dois casos julgados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), um pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e um pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA).

O caso “De Souza Ribeiro v. France” julgado pelo TEDH em 13 de dezembro de 2012, versa sobre a ordem de deportação do Sr. Luan de Souza Ribeiro, brasileiro. Em 1955, quando possuía sete anos de idade, o demandante se mudou para Caiena na Guiana Francesa possuindo apenas um visto de turista. Aos dezesseis anos de idade teve que deixar a escola secundária por não possuir os documentos legais. Em 25 de janeiro de 2007, o demandante foi preso por não conseguir provar que estava legalmente em solo francês e, no mesmo dia, foi notificado da sua ordem de deportação. Em 26 de janeiro de 2007, o demandante apresentou um recurso administrativo junto ao Tribunal de Caiena pedindo a anulação da ordem de deportação e a emissão de um visto permanente de residência, bem como um pedido para suspensão da ordem de expulsão. Todavia, no mesmo dia, às 16:00, o Sr. De Souza Ribeiro foi transferido para Belém, no Brasil. Em 18 de outubro de 2007, o Tribunal Administrativo de Caiena anulou a ordem de expulsão do requerente.

O segundo caso trazido à discussão é o “Chowdury and Others v. Greece” julgado pelo TEDH em 30 de março de 2017. A demanda foi proposta por quarenta e dois cidadãos de Bangladesh contra a República Helênic, em razão da violação do Artigo 4º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais⁹. Os demandantes foram recrutados em diversas regiões da Grécia para trabalharem em uma grande fazenda de morangos na Península do Peloponeso, sem que possuíssem autorização de residência ou de trabalho no país. Eles trabalhavam mais de oito horas por dia, sob vigilância de guardas armados e dormiam em barracos de papelão sem banheiros ou água corrente. Os trabalhadores realizaram três greves para receber os salários devidos, sem sucesso. Aos 17 de abril de 2013, os empregadores contrataram mais trabalhadores migrantes de Bangladesh. Os trabalhadores antigos, temendo que não receberiam suas verbas salariais, se uniram para cobrar os empregadores. Ocorre que um dos guardas armados

8 CIDH. **Caso Vélez Loor v. Panamá**, p. 33.

9 Artigo 4 (1): Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão. (2) Ninguém pode ser constringido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório.

começou a atirar em direção aos trabalhadores, ferindo trinta pessoas. Em que pese o Tribunal Penal ter determinado algumas condenações, ele não entendeu que os reclamantes se enquadravam no estatuto de vítimas de tráfico de pessoa e nem de trabalhos forçados, sob o argumento de que os trabalhadores haviam sido informados sobre suas condições de trabalho e as aceitaram após considerá-las satisfatórias. Além disso, considerou que os trabalhadores estavam em condições de negociar as suas questões de trabalho e que a irregularidade administrativa em que se encontravam não tinha sido utilizada pelos empregadores como meio de coerção para os obrigar a continuar a trabalhar para eles.

O terceiro caso, “Vélez Loor v. Panamá”, foi julgado pela CIDH em 23 de novembro de 2010, referente às condições de privação de liberdade do demandante. O Sr. Jesús Traquilino Vélez Loor havia sido apreendido pela polícia de Tupiza em 11 de novembro de 2002 por “não portar a documentação necessária para permanecer naquele país” e em razão da sua entrada irregular, foi condenado a pena de dois anos de prisão por ordem da Diretoria Nacional de Migração. Somente em 08 de setembro de 2003 a pena imposta ao demandante foi tornada sem efeito, diante da apresentação de uma passagem para deixar o país. Assim, em 10 de setembro de 2003, o demandante foi deportado para a República do Equador. Durante o tempo em que esteve preso, houve denúncias de tortura, bem como de supostas condições desumanas de detenção que não foram investigadas pelo Estado demandado.

O último caso versa sobre a decisão proferida pela Suprema Corte Americana em 27 de março de 2002 conhecida como “Hoffman Plastic Compounds Inc v. National Labor Relations Board”. Em 1989, o Sr. José Castro foi demitido da empresa Hoffman Plastic Compounds Inc. quando se uniu a outros trabalhadores para a criação de um sindicato para melhorarem as condições de trabalho na fábrica. A National Labor Relations Board entendeu que esta demissão havia sido ilegal, de forma que o Sr. José Castro teria direito ao pagamento dos salários atrasados. Entretanto, durante a audiência administrativa, ele informou sua situação de irregularidade no país, razão pela qual o juiz indeferiu o pedido de pagamento dos salários. Em apelação, a Suprema Corte confirmou, por cinco votos à quatro, que não eram devidas as verbas trabalhistas ao Sr. José Castro, cidadão mexicano, em virtude de ter laborado de forma irregular. Em sua fundamentação, a Corte afirma que permitir aos migrantes irregulares o ajuizamento de ações ou reivindicações, estimula a imigração ilegal.

O efetivo acesso à justiça aos migrantes indocumentados

Como visto, todos os Estados devem respeitar os direitos humanos dos migrantes, sejam documentados ou indocumentados. A consequência deste mandamento é que “os Estados devem assegurar, em seu ordenamento jurídico interno, que toda pessoa tenha acesso, sem restrição alguma, a um recurso

simples e efetivo que a ampare na determinação de seus direitos, independentemente de seu status migratório”¹⁰.

O acesso efetivo à justiça pode, portanto, ser visto como o requisito mais básico – o direito humano mais básico - de um sistema jurídico moderno e igualitário que busca garantir e não apenas proclamar direitos legais para todos [...] a posse de direitos não tem sentido sem os mecanismos para sua reivindicação efetiva. (tradução nossa)¹¹

Para o TEDH, os Estado têm o direito, sem prejuízo das obrigações decorrentes dos tratados, de controlar a entrada, residência e expulsão de estrangeiros em seu território, entretanto, as suas decisões devem ter base jurídica, perseguir um fim legítimo e serem necessárias numa sociedade democrática, sob risco de violar o direito protegido pelo Artigo 8 (1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹². E, nos termos do Artigo 13¹³, deve ser garantido, no direito interno, a disponibilidade de um recurso para fazer cumprir os direitos e liberdades da Convenção, sendo de rigor que este recurso seja eficaz tanto na prática quanto na lei.

Mas o que significa um efetivo acesso à justiça e a um recurso?

Essa questão está intimamente atrelada à noção de devido processo legal, um direito que deve ser assegurado a todas as pessoas independentemente de seu *status* migratório. O devido processo legal representa um conjunto ordenado de garantias asseguradas a qualquer indivíduo para que possa defender adequadamente seus direitos contra qualquer ato ou ingerência que possa violá-los.

Tanto a Convenção Europeia dos Direitos dos Homens, quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos trazem disposições sobre as garantias mínimas que devem ser asseguradas a todas as pessoas durante um procedimento judicial. Entre essas garantias mínimas, estão previstas em todos os documentos citados, o direito da pessoa em ser ouvida por uma autoridade competente e imparcial e em um tempo razoável, o direito de presunção de inocência, o di-

10 CIDH. **Parecer Consultivo OC-18/03**, de 17 de setembro de 2003, p. 104. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>.

11 “*El efectivo acceso a la justicia puede, por lo tanto, ser visto como el más básico requerimiento - el más básicos ‘derecho humano’ - de un sistema legal moderno, igualitario que se propone garantizar y no meramente proclamar los derechos legales para todos [...] la posesión de derechos no tiene significado sin los mecanismos para su efectiva reivindicación.*” In: CAPPELLETTI y GARTH apud BEGALA, Silvana. **El reconocimiento diferenciado de derechos**: primer obstáculo al acceso a la justicia de las personas migrantes. Revista Derecho y Ciencias Sociales, n. 06, abr. 2012, p. 05.

12 Artigo 8 (1): Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

13 Artigo 13: Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.

reito de ser assistido por um defensor de sua escolha, o direito de se defender e de recorrer da decisão que tenha violado seus direitos e liberdades.

O princípio do devido processo legal, por possuir um amplo espectro, é o responsável, em grande parte, pela realização dos direitos humanos. É dele que derivam os princípios da ampla defesa e contraditório, essenciais para garantir um procedimento democrático. Para André Ramos Tavares, o princípio é bipartido em aspecto processual e material. O processual “(...) significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes.” Por sua vez, o aspecto material “(...) diz respeito à necessidade de observar o critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade.”¹⁴

Entretanto, observamos pelos casos selecionados que existe forte relutância por parte das autoridades administrativas e judiciais em assegurar as garantias do devido processo legal em relação aos migrantes, sobretudo os indocumentados.

O caso “Chowdury and Others v. Greece” apresenta duas perspectivas da violação do devido processo legal. A primeira ocorre antes do incidente de 2013, quando os trabalhadores recorrem às autoridades gregas para denunciar o não recebimento dos salários e as más condições de trabalho. No entanto, as autoridades quedaram-se inertes e não proporcionaram aos empregados qualquer acesso aos meios jurídicos. Compreendendo-se o devido processo legal em seu sentido amplo, observa-se que ao não iniciarem qualquer procedimento administrativo ou criminal para apurar as denúncias, negou-se o acesso ao “processo legal” e, ao cabo, à justiça.

Em sua segunda perspectiva, o caso “Chowdury and Others v. Greece” demonstra a dificuldade que os empregados tiveram ao acessar os meios jurídicos. Com efeito, imbuídos do preconceito com relação aos migrantes indocumentados, os operadores do direito negaram tratamento isonômico a todos os empregados, chegando-se ao ápice na Corte de Assize, que observou que os trabalhadores foram informados das condições de trabalho e estes aceitaram livremente, uma vez que não foram obrigados. Em que pese todas as circunstâncias do caso demonstrassem a precariedade de moradia e de trabalho, a Corte assume, ainda que implicitamente, que os migrantes indocumentados devem arcar com possíveis violações aos seus direitos em razão de sua “ilegalidade”.

Essa mesma faceta da violação do devido processo legal em relação aos migrantes não-documentados está visível no caso “Hoffman Plastic Compounds Inc v. National Labor Relations Board”. Isto porque, o fundamento para negar o pagamento dos salários em atraso do Sr. José Castro não recaiu na inexistência de seu direito ou na ausência de provas de sua demissão ilegal. Muito embora estivesse patente o direito do Sr. José Castro, a discriminação em relação ao seu *status* irregular se sobressaiu, atribuindo o ônus daquela si-

14 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 767.

tuação ao próprio migrante, que se colocou conscientemente naquela situação. Por nenhum ângulo que se olhe o juízo de ponderação realizado pela Corte é possível concordar que a decisão foi acertada, pois além de violar o princípio da igualdade e não-discriminação, corolário de todos os demais direitos, negou aos migrantes um direito fundamental e necessário para aplacar a vulnerabilidade social e econômica em que se encontram. Essa tônica foi, inclusive, pontuada pelos juízes vencidos, que afirmaram que a possibilidade de impor aos empregadores a obrigatoriedade do pagamento das verbas constituiu uma importante arma para o enfrentamento às violações das leis migratórias.

No caso “Vélez Loor v. Panamá”, em nenhum momento foi dado ao demandante o direito de comparecimento perante uma autoridade competente, à assistência consular ou judiciária, de forma que o seu direito de recorrer da decisão de sua privação de liberdade foi injustificadamente violado. No Parecer Consultivo OC-16/99 sobre “O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”, a CIDH já havia manifestado que “para que exista devido processo legal é preciso que um acusado possa exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados”¹⁵. Desta forma, o acesso do acusado a um defensor público e à assistência consular é medida imperiosa para que o migrante tenha um julgamento justo.

Por outro lado, no caso “De Souza Ribeiro v. France”, nas circunstâncias dos fatos, a rapidez com que foi executada a ordem de expulsão teve o efeito de tornar os recursos disponíveis ineficazes na prática. Apesar de ter protocolado recurso contra sua expulsão, em razão da ausência de efeito suspensivo e da demora da autoridade administrativa responsável, foi encaminhado para a cidade de Belém, no Brasil. Não bastasse, o Sr. Luan de Souza Ribeiro possuía família na Guiana Francesa e, no entanto, a decisão não levou em consideração o dano afetivo que a expulsão causaria. Em seu voto, o juiz Pinto de Albuquerque, com espeque na Recomendação Geral nº 30 do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, pontuou que:

Os não-cidadãos não devem ser devolvidos ou removidos para um país ou território onde corram o risco de serem sujeitos a graves abusos dos direitos humanos, e **expulsões de não-cidadãos - especialmente residentes de longa duração - que resultariam em interferência desproporcional com o direito para a vida familiar deve ser evitado.** (grifo nosso e tradução nossa)¹⁶

15 CIDH. **Parecer Consultivo OC-16/99**, de 1º de outubro de 1999, p. 59.

16 “*Non-citizens should not be returned or removed to a country or territory where they are at risk of being subjected to serious human rights abuses, and expulsions of non-citizens – especially long-term residents – that would result in disproportionate interference with the right to family life should be avoided.*” In: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Of de Souza Ribeiro V. France**. Application no. 22689/07. Strasbourg. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115498>.

Interessante anotar, ainda, o caso BVerfGE 35, 382 (*Ausländerausweisung*), julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), sobre a expulsão de dois estudantes árabes que residiam na Alemanha. A expulsão foi motivada por decisão administrativa em decorrência dos atentados terroristas palestinos na equipe olímpica israelense em Munique em 4 e 5 de setembro de 1972. A Corte Constitucional admitiu a possibilidade de extradição imediata, desde que haja interesse público específico, devidamente fundamentado. Ainda, na ponderação entre o interesse público e o interesse particular deve, ao final, privilegiar este último.

Nesse escólio, o Tribunal Constitucional pontuou:

A proteção jurídica (cf. BVerfGE 10, 264 [267]; 25, 352 [365]; 35, 263 [274]), que é deste modo garantida de maneira abrangente e efetiva, torna-se ilusória quando os agentes administrativos implementam medidas irreparáveis antes de o Poder Judiciário [ter a oportunidade de] analisar sua legalidade. O efeito suspensivo (§ 80 I VwGO) do recurso administrativo e da ação perante tribunal administrativo, em regra prescrito, é uma configuração infraconstitucional adequada da garantia constitucional de proteção jurídica e “um princípio fundamental do Direito Processual Público” (BVerfGE 35, 263 [272]).¹⁷

Assim, a atribuição de efeito suspensivo automático para o recurso nas hipóteses em que houver um risco real de violação dos direitos e liberdades do demandante é medida essencial, pois garante a efetividade da medida administrativa ou judicial.

Considerações Finais

O fenômeno da globalização fez com que os Estados-Nações abrissem seus mercados, mas não suas fronteiras¹⁸. Os migrantes continuam sendo vistos da mesma forma que Annie Dorsinanc-Smets (1984, apud Maxilene Soares Corrêa) descreve o imaginário das sociedades primitivas em relação aos estrangeiros:

Existe um mundo hostil, muitas vezes misterioso, que os homens primitivos temem, desprezam e odeiam. Medo porque tudo que vem de fora está carregado de poder ou força mágica que pode trazer morte, infortúnio ou doença; desprezo porque aos seus olhos eles próprios são os únicos homens, os únicos homens reais, o que muitas vezes vai ao próprio sentido do nome que se dão. Para os estrangeiros, eles reservam termos de desprezo: bárbaro, comedor de terra etc. (tradução

17 MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-adenauer-stiftung E.v, 2005, p. 809. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038.

18 ROCA, Santiago. El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina. **Revista IIDH**, v. 65, 2017, p. 215.

Após todas as considerações expostas, observamos que muito embora o princípio da igualdade e da não-discriminação seja consagrado em vários instrumentos internacionais como um dos pilares do Direito Internacional e uma norma *ius cogens*, o maior obstáculo ao efetivo acesso à justiça dos migrantes, sobretudo dos não-documentados, continua sendo a discriminação existente na sociedade e nas instituições.

Como ressaltado pelo juiz Cançado Trindade, “A proibição da discriminação inclui tanto a totalidade destes direitos, no plano substantivo, como as condições de seu exercício, no plano processual”²⁰ e, portanto, não apenas as normas devem garantir a equidade entre os indivíduos, como as próprias autoridades na aplicação das normas.

Os casos elencados demonstram isso nitidamente, ao anotarem a dificuldade em conseguir acessar os meios jurídicos básicos (como ocorreu no caso “Chowdury and Others v. Greece”) e as dificuldades enfrentadas durante o caminhar do processo legal (negar efeito suspensivo e tratar os migrantes com preconceito).

Portanto, observa-se que houve uma mudança com relação à criminalização dos migrantes: em um primeiro momento e tal como ocorre ainda nos EUA, os migrantes eram considerados criminosos e “violadores das fronteiras”. Havia normas penais expressas e acreditava-se que elas seriam eficazes contra o crescente número de migrantes. No entanto, com as crises humanitárias e o surgimento de novos fluxos migratórios, diversos países e organismos internacionais notaram que a migração não era apenas um fenômeno temporário e que estes deslocados não deveriam ser destituídos de seus direitos humanos somente pelo fato de ultrapassarem fronteiras. Destarte, iniciou-se um movimento para extirpar dos ordenamentos os tipos penais que criminalizavam os migrantes irregulares. Todavia, isso não significou o fim do preconceito e da aversão aos migrantes: desenvolveu-se uma criminalização velada, consistente em dificultar o acesso à justiça para estes indivíduos e, consequentemente, reduzir o seu *status* de ser humano. Torna-se imprescindível, portanto, que o caráter universal dos direitos humanos seja reafirmado, para lembrar a todos que os indivíduos, em qualquer lugar do mundo, são dotados de personalidade jurídica e de direito inerentes à sua condição de seres humanos.

19 “*Il existe un monde hostile, souvent mystérieux, envers lequel les hommes primitifs éprouvent de la crainte, du mépris et de la haine. De la crainte parce que tout qui vient de l'étranger est chargé de puissance ou de force magique que peuvent apporter mort, malheur ou maladie; du mépris car à leurs yeux ils sont eux-mêmes les seuls hommes, les seuls vrais hommes, c'est d'ailleurs souvent le sens même du nom qu'ils se donnent. Pour les étrangers ils réservent des termes de mépris: barbare, mangeur de terre etc.*” In: CORRÊA, Maxilene Soares. **Direito Internacional da Migração: Apontamentos Epistemológicos**. 2017. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 12.

20 CIDH. **Voto concordante do juiz. A. A. Cançado Trindade**, p. 19. In: CIDH. Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003.

Referências

BEGALA, Silvana. El reconocimiento diferenciado de derechos: primer obstáculo al acceso a la justicia de las personas migrantes. **Revista Derecho y Ciencias Sociales**, n. 06, abr. 2012, p. 03-24.

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, de 27 de junho de 1986. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_resources. Acesso em: 20 nov. 2020.

CIDH. **Parecer Consultivo OC-16/99, de 1º de outubro de 1999**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_por.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

CIDH. **Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CIDH. **Caso Vélez Loor v. Panamá**, sentença de 23 de novembro de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_por.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DOS HOMENS, de 04 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

CORRÊA, Maxilene Soares. **Direito Internacional da Migração: Apontamentos Epistemológicos**. 2017. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/84152>. Acesso em: 20 nov. 2020.

COSTA, Luiz Rosado; URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera. Migrantes Indocumentados, Direitos Humanos e Alteridade. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho, n. 30, jan/jun 2019, p. 157-177.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Chowdury and Others v. Greece**. Application no. 21884/15. Strasbourg. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172701>. Acesso em: 20 nov. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of De Souza Ribeiro V. France**. Application no. 22689/07. Strasbourg. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115498>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-adenauer-stiftung E.v, 2005. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038.

OIM. **Glosario de la OIM sobre Migración**. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones, 2019. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ROCA, Santiago. El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina. **Revista IIDH**, v. 65, 2017, p. 215-280.

UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court of The United States**. Hoffman Plastic Compounds, Inc. V. National Labor Relations Board n° 535 U.S. 137. Washington. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/535/137/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

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

TRAVIS, Alan. Refugee crisis: human rights chief hits out at Cameron and May. **The Guardian**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/law/2016/mar/23/refugee-crisis-human-rights-uk-criticism-david-cameron-theresa-may>. Acesso em: 20 nov. 2020.

ZOLBERG, Aristide R. The Next Waves: Migration Theory for a Changing World. **The International Migration Review**, vol. 23, no. 3, 1989, p. 403-430.

O SOLICITANTE DE REFÚGIO NO BRASIL FRENTE À OPERAÇÃO ACOLHIDA

Letícia Zanon Siqueira

Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP. Graduada em Direito pela
Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP

Resumo:

Este trabalho apresenta a relevância da migração, em específico, da temática de refugiados no Brasil. O conceito de refugiado é construído a partir dos tratados internacionais e da legislação pátria, que adota o espírito de Cartagena, reconhecendo o status de refugiado àqueles que sofrem graves violações de direitos humanos. O estudo conclui que a situação política, econômica e social enfrentada pela Venezuela desde 2014 enseja o reconhecimento de violações humanitárias, o que possibilita maior proteção aos venezuelanos que migram ao Brasil. Após a construção da proteção legal aos refugiados, passou-se à análise da Operação Acolhida, resposta encontrada pelo governo federal diante da ineficiência da gestão do fluxo migratório pelas autoridades locais. Foram analisados os resultados da operação com base nos três pilares da operação, concluindo que as falhas comprometem a eficácia da proteção de direitos do solicitante de refúgio venezuelano.

Palavras-chave: Refúgio; Venezuelanos; Operação Acolhida; Políticas públicas para refugiados.

Introdução

O tema migrações e, conseqüentemente, o refúgio vem ganhando atenção na sociedade, principalmente a partir do século XXI. Ainda que muitos migrem por questões econômicas, desde a Segunda Guerra Mundial existem pessoas que são forçadas a deixar a sua origem, por motivos de guerra, conflitos, perseguições e violações de direitos humanos.

Nos últimos cinco anos, o desafio brasileiro tomou outra proporção devido a instabilidades e crises de ordem econômica, política e social e suas mais variadas conseqüências enfrentadas pela Venezuela – com isso, milhões de pessoas deixaram o país em busca de melhores condições de vida. O Brasil, embora não seja o principal destino destas pessoas, é um dos países as recebem, principalmente pela fronteira terrestre no estado de Roraima.

O presente trabalho se insere neste contexto de relevância humanitária e social, com o objetivo de analisar a eficácia da proteção ao solicitante de refúgio venezuelano a luz da Operação Acolhida, desenvolvida pelo governo brasileiro. Para isso, foi utilizado o método dedutivo analítico de textos normativos e de produção científica acerca da temática.

O Instituto do Refúgio

A acolhida de estrangeiros em situação de vulnerabilidade, como os perseguidos por questões raciais, étnicas, políticas e religiosas é um ato solidário do ser humano, sendo praticado pelos Estados de forma generalizada, reconhecido como asilo. A obrigatoriedade e a prática geral desta acolhida pode caracterizá-la como um costume internacional (JUBILUT, 2007).

Buscando maior proteção a acolhida destes estrangeiros, o instituto do asilo passou a ser positivado quando do início das declarações e tratados de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 previu, em seu artigo 14, o direito aos perseguidos de buscarem asilo em outros países. Não obstante o direito a asilo estar previsto no documento, não fora atribuída a obrigação dos Estados de concedê-lo, ou seja, a soberania nacional se sobrepõe à proteção, o que a enfraquece (JUBILUT, 2007).

Como instituto jurídico, o asilo pode ser definido como imunidade fornecida por um Estado a um indivíduo perseguido em outro Estado, podendo ser dividido em (i) asilo territorial, concedido no território do Estado e (ii) asilo diplomático, concedido nas extensões do território (JUBILUT, 2007).

Diante da reiterada prática do asilo diplomático na América Latina, muito se trata da a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que não apenas mencionou o direito ao asilo, como instituiu o dever dos Estados signatários de o concederem em seu artigo 22.7.

A proteção ao direito de refúgio surge em consequência do asilo, no cenário onde era necessário atender as pessoas que deixaram a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas por motivos econômicos e de perseguição política.

Com isso, surge a Convenção de 1951 que traz a definição do termo refugiado. Mais tarde, em 1967 a convenção revisada, de modo a retirar a limitação geográfica do conceito. Atualmente, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer 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.*

A efetivação da proteção é concretizada por aquele Estado que recebe pessoas nestas condições, sendo que a cada Estado é dada a faculdade de ampliar as condições violação de direitos civis e políticos para concessão do status de refugiado (JUBILUT, 2007).

Da definição acima, é possível extrair os principais elementos para caracterização do refúgio, diferenciando-o de institutos semelhantes, como o asilo. Sinteticamente, são eles: perseguição, temor (objetivo) e extraterritorialidade (JUBILUT, 2007).

Em âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) é importante instrumento legal de defesa dos refugiados, pois, além de reafirmar o direito a asilo, determina a obrigação dos países em concedê-lo.

Outro diploma de relevância regional para a definição de refúgio é a Declaração de Cartagena de 1984, que inovou ao incluir a grave violação de direitos humanos como hipótese de concessão do refúgio. A necessidade de revisar o conceito de refugiado foi necessária, uma vez que a perseguição pelos cinco motivos internacionalmente validados se mostrou ineficiente para garantir a proteção dos deslocados em virtude das ditaduras ocorridas na América Central.

A Proteção Legal dos Refugiados no Brasil

A proteção dos refugiados no Brasil acompanha os demais documentos e tratados firmados em âmbito internacional. O Brasil é signatário original da Declaração de Direitos Humanos e ratificou a Convenção de 1951, que passou a integrar o ordenamento jurídico a partir da promulgação do Decreto nº 50.125/1961. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos aderiu o ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678/1992.

No que se refere à Declaração de Cartagena, o Brasil aderiu ao conceito ampliado e incluiu a grave violação dos direitos humanos como critério para concessão de refúgio (art. 1º III Lei nº 9474/1997).

Quanto ao ordenamento jurídico interno, a proteção do refugiado conta com os princípios e regras advindos da Constituição Federal de 1988, que em seu título I, traz os princípios fundamentais, entendidos como as linhas gerais adotadas pelo Brasil em seu ordenamento jurídico. Neste contexto, pode-se dizer que o princípio de maior importância é a dignidade da pessoa humana presente logo no artigo 1º III, pois é a partir deste princípio que se dá a proteção de direitos humanos no Brasil (JUBILUT, 2007).

No tocante ao título I, o artigo 4º estabelece os princípios que regem as relações internacionais do Brasil, dos quais se salientam os incisos “II-prevalência dos direitos humanos” e “X-concessão de asilo político”, para o presente estudo. Tais princípios aliados à garantia de igualdade de todos (art. 5º CF), são os alicerces para a proteção dos direitos humanos e dos refugiados (JUBILUT, 2007).

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorre a solidariedade. Este valor está positivado na Constituição, uma vez que nos objetivos da República Federativa do Brasil encontra-se a construção de uma sociedade livre,

justa e solidária (art. 3º I CF). A solidariedade é o sentimento humano, a partir do qual é feita a acolhida de pessoas estrangeiras em situação vulnerável. A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são as bases que norteiam e permitem a criação de mecanismos como leis, comitês e programas com o objetivo de proteger o refugiado no Brasil.

Além da constituição, o Brasil também conta com leis e normas sobre o tema. O mais importante instrumento legal de proteção aos refugiados é a Lei nº 9.474/1997, aprovada após as discussões do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996, que traz o conceito de refugiado utilizado no Brasil em seu artigo 1º (JUBILUT, 2007).

O conceito de refugiado possui caráter declaratório e não constitutivo, pois a pessoa se torna refugiada antes que o Estado brasileiro reconheça esta condição, servindo o reconhecimento para constatar a qualidade de refugiado. Quanto às situações que ensejam este reconhecimento, destaca-se que no Brasil não é necessário ter sofrido a perseguição, bastando o fundado temor para a solicitação de refúgio (CARNEIRO, 2017). Somados ao fundado temor encontram-se os cinco motivos dispostos na Convenção de 1951.

Não se pode deixar de mencionar que a legislação nacional aderiu o espírito da Declaração de Cartagena e incluiu como condição para concessão do refúgio a grave e generalizada violação aos direitos humanos (art. 1º III). Sobre esta especificidade, que não há um conceito oficial sobre o que significaria o disposto no art. 1º III (HOLZHACKER, 2017).

No que se refere ao conceito nacional de refugiado, Carneiro (2017) conclui que a lei brasileira direciona para um novo conceito de soberania como responsabilidade (conceito apresentado pelo ex-diplomata sudanês Francis Deng), ou seja, quando um Estado falha ao proteger seus cidadãos, em uma situação de guerra, por exemplo, outro surge como soberano para garantir essa proteção.

Breves Aspectos sobre a Situação Encontrada na Venezuela

Para compreender os motivos que levaram um grande contingente de pessoas a migrar da Venezuela para o Brasil, é necessário analisar brevemente o histórico da crise humanitária enfrentada pela Venezuela.

No aspecto econômico, o país consolidou e embasou sua economia na exportação do petróleo. Mesmo que essa política econômica tenha rendido anos de ouro à Venezuela, não foi suficiente para desvinculá-la da tecnologia de extração proveniente dos países avançados (CARVALHO, 2017). Resultado: o país exportava petróleo e utilizava a receita para financiar programas sociais, como os de transferência de renda, moradias populares e de melhorias nos serviços de saúde e educação (OLIVEIRA, 2019).

A queda do preço do petróleo fez com que o país entrasse em grave crise econômica, que se agravou em meados de 2014, gerando desabastecimento de produtos básicos para a subsistência humana. A falta de produtos e os

preços elevados, somados à falta de um líder político forte deu origem a uma série de manifestações nas cidades do país, que foram duramente reprimidas pelo governo (CARVALHO, 2017).

Para ilustrar a crise econômica enfrentada pelo país, os índices de pobreza extrema aumentaram de 10% para 85% de 2014 para 2018. Além disso, a atividade econômica retraiu cerca de 65% entre 2013 e 2019 (CORUGEDO; GUAJARDO, 2019). É neste contexto social, político e econômico de meados de 2015 que a população começa a deixar o país, com destino principalmente para a Colômbia (OLIVEIRA, 2019). Atualmente, o ACNUR (2020) estima que 4,5 milhões de venezuelanos já deixaram o país.

Ademais de casos envolvendo perseguições políticas, os pedidos de refúgio de venezuelanos têm seu deferimento motivado principalmente pela grave e generalizada violações de direitos humanos. Embora não exista uma definição fechada sobre o que seriam as graves violações de direitos humanos, não é insensato pretender que as consequências da crise humanitária venezuelana se encaixem neste conceito. É possível constatar ao menos (e mais grave) a violação ao direito à vida devido ao desabastecimento de alimentos e remédios.

Em se tratando daqueles que chegam ao Brasil, uma pesquisa (SIMÕES et al, 2017) constatou o perfil sociodemográfico dos venezuelanos: tem idade entre 20 e 39 anos (72%), são solteiros (53,8%) e tem ensino médio completo (30,5%) e ensino superior completo (28,4%).

Desta análise, deduz-se que a situação de crise humanitária encontrada na Venezuela atingiu todos os seus nacionais, sem exceção. O desabastecimento geral e as altíssimas taxas de inflação alimentam o fantasma da fome, que fez com que tantas pessoas busquem outros lugares para viver.

A Entrada via Fronteira Brasileira

Historicamente, o Brasil se caracterizou como um país de passagem de migrantes, dentre eles os refugiados. Esta situação vem se alterando ao longo dos anos em virtude das melhorias econômicas experimentadas pelo Brasil nas últimas décadas, o que faz crescer o número de migrantes no país.

Liliana Jubilit et al (2015) elaboraram importante pesquisa indicando as principais dificuldades enfrentadas pelos migrantes no Brasil. A conclusão é de que são vários obstáculos a serem superados, entre eles a falta de políticas públicas, ausência de moradia e dificuldades no trabalho, seja para conseguir um emprego, ou até mesmo a discriminação e trabalho escravo.

No caso da migração venezuelana, a principal entrada ocorre pela fronteira terrestre, mais precisamente na cidade de Pacaraíma, Roraima. Como a cidade não possui condições de prover o abrigo necessário, muitos venezuelanos seguem para Boa Vista, capital do estado. Com a intensificação do fluxo migratório, Boa Vista também se encontra com a capacidade esgotada de atendimento a estas pessoas, principalmente nas áreas da saúde e serviço so-

cial. Desta forma, a assistência de entidades não governamentais, a Igreja Católica e o ACNUR foram essenciais para garantir uma acolhida minimamente digna a estas pessoas até o final de 2017 (OLIVEIRA, 2019).

Outra dificuldade enfrentada é a falta de empregos para os refugiados nesta região, que ocorre em virtude das altas taxas de desemprego no Brasil e também do fato de que os melhores empregos estão no setor público, impedindo que estrangeiros concorram a tais vagas (SILVA, BAENINGER, 2018). Há também relatos xenofobia e conflitos entre brasileiros e venezuelanos, envolvendo pedradas, ataques com bombas de gás, queima de objetos de imigrantes e destruição de carros (SILVA, 2018a).

As adversidades no acolhimento fizeram com que o poder público municipal e estadual atribuíssem caráter negativo e ameaçador à migração venezuelana, solicitando o fechamento das fronteiras (OLIVEIRA, 2019).

Mais precisamente, o estado de Roraima, com a justificativa de que a migração venezuelana no estado tem impactado os serviços públicos locais, ingressou com Ação Civil Originária (ACO) 3161. Entre os pedidos, o estado requereu o fechamento da fronteira ou a limitação da entrada de venezuelanos, o repasse de recursos da União para suprir custos suportados pelo estado de Roraima e a adoção de medidas administrativas por parte da União no que concerne à saúde, vigilância sanitária e ao controle policial na região (VEDOVATO, 2018). A ACO 3121 foi julgada, indeferindo o pedido de fechamento de fronteira, feito por Roraima.

A Operação Acolhida

A resposta do governo federal para a crise migratória localizada principalmente no estado de Roraima teve início em fevereiro de 2018, com a publicação da Medida Provisória nº 820 e dos Decretos nº 9.285 e 9.286. A MP, convertida na Lei 13.684/2018, determinou medidas de assistência emergencial, o Decreto nº 9.285 reconheceu formalmente a crise humanitária enfrentada pela Venezuela, e o Decreto nº 9.286, atualmente revogado pelo Decreto nº 9.970/2019, determinou a criação do Comitê Federal de Assistência Emergencial, formado por várias pastas ministeriais, admitindo a participação de órgãos da sociedade civil. O principal intuito é gerir as ações emergenciais visando a proteção dos direitos humanos dos deslocados em função de crise humanitária, como é o caso da Venezuela.

Neste contexto, no período entre junho e julho de 2018, a Operação Acolhida é lançada pelo governo federal. Esta operação é caracterizada por ser uma força-tarefa que envolve as Forças Armadas, órgãos das esferas federal, estadual e municipal, a Defensoria Pública da União e organizações internacionais. Dentre os órgãos do executivo, o início da operação se deu com: a Polícia Federal, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Receita Federal e os Ministérios da Defesa, do Desenvolvimento Social, da Mulher, Família e dos Direitos Humanos (CHAVES, 2018).

Em janeiro de 2019, há uma preocupação em iniciar parcerias privadas com a operação, para que não sejam utilizados recursos orçamentários (COSTA, 2019). Sua governança se mantém estruturada no Comitê Federal e nos Subcomitês Federais, com ações específicas em (i) identificação e triagem, (ii) interiorização, (iii) saúde e (iv) abrigo.

O objetivo da operação é recepcionar e triar os deslocados venezuelanos e em seguida interiorizá-los para os demais estados, preferencialmente com emprego. Este é o chamado tripé da operação: (KANAAN, TÁSSIO e SIDMAR, 2018).

- (i) Ordenamento da fronteira: consiste na gestão do fluxo migratório que é feita a partir da regularização de documentos, recebimento de atendimentos médicos e imunização recebe o primeiro atendimento médico e imunização.
- (ii) Abrigo: é realizado em um dos treze abrigos construídos pelo Exército, divididos em famílias, solteiros e indígenas. No abrigo, os deslocados têm acesso a alimentação, higiene e comunicação com parentes.
- (iii) Interiorização: integração dos venezuelanos em outros estados brasileiros, o que diminui os impactos causados pelo alto contingente de migrantes.

O braço operacional da operação é a Força-Tarefa Logística Humanitária para o Estado de Roraima, coordenada pelas Forças Armadas do Ministério da Defesa. A Força-Tarefa tem papel fundamental em toda organização e logística, desde a fronteira até a interiorização, buscando recepcionar, identificar, abrigar, distribuir alimentos e ordenar a logística de interiorização (SILVA et al 2019). Como atua em todas as etapas, o Ministério da Defesa acaba por ter maior notoriedade quando o assunto é a operação. Silva et al (2019) comentam que a atuação das Forças Armadas é um fator essencial para o apoio operacional e logístico, principalmente por a logística militar ser mais eficiente em situações de crise como essa, que possui várias particularidades.

Para que a mobilização de tantos organismos públicos fosse possível, os valores repassados à operação chegam à soma de R\$ 489 milhões de reais, sendo que desse valor R\$ 265,2 milhões correspondem a crédito extraordinário ao Ministério da Defesa.

Resultados Positivos

A Operação Acolhida foi grandiosa e inédita no Brasil. O Exército garantiu rapidez na montagem de abrigos e no processo de chegada e acolhimento das pessoas, o que tornou possível o atendimento aos direitos básicos dos deslocados venezuelanos foram respeitados durante a chegada (PINHO, 2019).

A localização geográfica afastada de Roraima fez surgir a necessidade da

organização logística desempenhada pelas Forças Armadas, possibilitando o transporte dos recursos que permitiram a construção dos abrigos, postos de recepção e de saúde, além de levarem mantimentos para essas pessoas e participarem da interiorização.

A atuação do poder público, entidades não governamentais, da Organização das Nações Unidas e demais membros da sociedade civil constituiu um fluxo ordenado capaz garantir direitos mínimos a estas pessoas como: a eliminação de burocracias para ter um documento, facilitando a posterior integração à sociedade brasileira; ser imunizado e ter atendimento médico, buscando manter a sua integridade física e o abrigo que garante o direito à vida, por meio de proteção e alimentação.

Resultados Negativos

O fluxo migratório de venezuelanos para o norte do Brasil pela fronteira terrestre, principalmente em Roraima, se intensificou entre os anos de 2015 e 2016. Foi apenas em 2018 que o governo federal se mobilizou para dar uma resposta tardia à crise migratória na região, pressionado pelos governos locais que não foram capazes de administrar a situação e chegaram a recorrer às instâncias judiciais, requisitando o fechamento da fronteira.

Pouco tempo após o início da Operação Acolhida, em novembro de 2018, o Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), do Ministério Público realizou visita a Roraima para verificar a situação dos Venezuelanos e consolidou as evidências colhidas em relatório. O relatório concluiu pela existência de adversidades na saúde, moradia, alimentação e saneamento básico, sendo necessário maior comprometimento com ações envolvendo meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso aos serviços sociais.

A lotação dos abrigos somada ao alto contingente venezuelano diário faz crescer o número de pessoas nas ruas. O que aumenta a importância da interiorização, pois acarretaria na liberação de vagas nos abrigos para os deslocados que chegam ao país todos os dias. A interiorização sofre com a morosidade e dificuldades de inserção destas pessoas no mercado de trabalho, moradia e integração social, sendo insuficiente para o sucesso da operação até então. Para atingir os objetivos, é necessário que os municípios e parceiros da sociedade civil estejam aptos a receber tais pessoas (SILVA, 2018b).

Na análise de Franchi (2019), a conclusão é de que a situação migratória envolvendo a Venezuela e o Brasil, em particular o estado de Roraima, geram desafios a serem solucionados no longo prazo. Silva (2018b) também aponta para a necessidade de políticas públicas de longo prazo, visando não só o atendimento emergencial, como também a inserção sociocultural dos venezuelanos.

Considerações Finais

O Brasil vem atuando na temática de refugiados, diante da crescente recepção dessas pessoas nos últimos anos. Isso fez com que se experimentasse no país a prática da proteção garantida formalmente pelos tratados internacionais, como a Convenção de 1951, além da Constituição Federal e da Lei nº 9474/1997.

Mesmo acolhendo um maior número de estrangeiros, o Brasil ainda não havia se mobilizado para atender tantas pessoas que cruzariam sua a fronteira todos os dias. A situação na Venezuela fez com que novos desafios fossem encarados pela comunidade local em Roraima, agências internacionais, o CO-NARE e também pelos governos municipal, estadual e mais tarde, o federal.

O conceito de refugiado, ampliado pela Declaração de Cartagena de 1984, ao incluir as graves violações aos Direitos Humanos como condição para concessão do status de refugiado no Brasil foi fundamental para a acolhida dos venezuelanos deslocados. A partir disso, estas pessoas puderam ter a oportunidade de serem reconhecidas como refugiadas e gozar da proteção de direitos, incluídos os dispostos em tratados, como a Convenção de 1951, e os dispostos na legislação nacional, como a Lei nº 9474/1997 e a Constituição Federal.

A região de Roraima possui poucas oportunidades de trabalho fora do funcionalismo público e fica situada geograficamente longe de outras capitais, que se dizem ter melhores oportunidades. Diante disso, os venezuelanos se mantiveram no estado e os governos municipais e estadual foram ineficientes em presta-lhes o devido auxílio.

A resposta mais articulada para a gestão migratória veio do governo federal, frente à situação emergencial no norte do país. A Operação Acolhida foi uma solução tardia lançada apenas quatro anos após o início da crise venezuelana, sendo que desde essa época o número de migrações para o Brasil já começava a aumentar.

O principal objetivo era dar uma resposta emergencial a situação encontrada em Roraima, visando a proteção dos deslocados venezuelanos. Dos três pilares da operação – ordenamento de fronteira, abrigamento e interiorização – observa-se que ainda é necessário maior atenção, principalmente neste último.

O ordenamento da fronteira foi eficaz em coordenar o fluxo de pessoas e garantir-lhes documentação. Além disso, com a triagem foi possível entender quem eram os cidadãos venezuelanos que adentraram no país: em sua maioria, jovens em idade produtiva e com ensino médio e superior.

A atuação conjunta das forças armadas, das agências internacionais e organizações não governamentais, ainda que necessitem maior integração, foram capazes de atender ao menos os primeiros venezuelanos que chegaram aos treze abrigos espalhados por Pacaraíma e Boa Vista. A garantia de um lugar para dormir seguro, higiene e alimento são essenciais na proteção de

peças que migram forçadamente. A questão envolvendo aspectos sanitários e de saúde também demonstram indícios da falta de gestão estatal, a começar pela falta de repasse de verbas.

O pilar da interiorização compromete a eficácia da proteção dos direitos dos venezuelanos que migram ao Brasil. A não adesão dos municípios ao programa faz com que as oportunidades de interiorização se tornem escassas perto do número de migrantes. A falta de opções somada à lentidão no procedimento faz com que venezuelanos lotem os abrigos e se acumulem pelas cidades de Roraima.

Conclui-se que sobressai o caráter militar e emergencial da operação. Depois de ofertar as condições mínimas de proteção na chegada, faltam ações e políticas públicas de longo prazo, buscando a real integração social dessas pessoas, que acabam sendo enviadas para outros estados e sobrevivendo de subempregos. O Brasil não é o principal destino dessas pessoas e, assim mesmo, tem dificuldades em lidar com a gestão migratória.

A migração deve ser vista como um momento de oportunidades, tanto para quem recebe como para quem chega. Os estrangeiros que cruzaram a fronteira norte do país trouxeram na bagagem diversidade, uma nova cultura, educação e esperança de ter uma vida melhor.

Eles vieram em situação de extrema vulnerabilidade e prestar-lhes o auxílio necessário é (ou deveria ser) inerente à condição humana. Ademais, a proteção dessas pessoas é pautada na solidariedade e dignidade, que são valores constitucionais a serem perpetuados, pois nos permitirão caminhar para um futuro melhor.

Referências

ACNUR. **Venezuela**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/venezuela/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. **Declaração de Cartagena de 1984**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2020

BRASIL. **Lei nº 9474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9285, de 15 de fevereiro de 2018**. Reconhece a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9285.htm. Acesso em: 08 abr. 2020.

CARNEIRO, Wellington Pereira. O Conceito de Proteção no Brasil: o Artigo 1 (1) da Lei 9.474/2017. In: JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Giuliano de (Orgs.). **Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/1997**. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017. p. 95-104. ISBN 85-7674-812-6. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil-Coment%C3%A1rios-%C3%A0-lei-9.474-97-2017.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CARVALHO, Reginaldo Pereira de. **O petróleo e a crise econômica venezuelana: impactos socioeconômicos na zona de fronteira Brasil-Venezuela no período de 2008 à 2015**. 2017. 118 f. Tese (Doutorado) - Curso de Desenvolvimento Regional da Amazônia, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ufr.br:8080/jspui/bitstream/prefix/128/1/O%20petr%C3%B3leo%20e%20a%20crise%20econ%C3%B4mica%20venezuelana%3a%20impactos%20socioecon%C3%B4micos%20na%20zona%20de%20fronteira%20Brasil-Venezuela%20no%20per%C3%ADodo%20de%202008%20-%202015.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020.

CHAVES, João Freitas de Castro. Panorama da resposta humanitária ao fluxo de venezuelano no Brasil na perspectiva da Defensoria Pública da União In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (Coord.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” - Nepo/unicamp, 2018. p. 93-100. ISBN 978.85.88258.50-1. Disponível em: <https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/_migvenezuelanas.php>. Acesso em: 13 abr. 2020.

Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. **Relatório da visita técnica do GNDH ao estado de Roraima para avaliação da situação da população local e dos imigrantes venezuelanos**. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/aa_ppdeficiencia/CNDH_COPEDPDI/Relatorio_GNDH/RELAT%C3%93RIO_DE_VISITA_T%C3%89CNICA_DO_GNDH.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

COSTA, Capitão-tenente Fabrício. **Governo federal lança nova fase da Operação Acolhida para acelerar interiorização de venezuelanos**. 2019. Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br/noticias/61414-governo-federal-lanca-nova-fase-da-operacao-acolhida-para-acelerar-interiorizacao-de-venezuelanos>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

FRANCHI, Tássio. Operação Acolhida: **A Atuação das Forças Armadas Brasileiras no Suporte aos Deslocados Venezuelanos**. Military Review: [Edição Brasileira], [online], p.1-13, jan. 2019. Disponível em: <<https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Portuguese/Online%20Exclusives/Franchi-operacao-acholhida-a-atuacao-das-forcas-armadas-brasileiras-no-suporte-aos-deslocados-venezuelanos-jan-2019-1.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2019.

HOLZHACKER, Vivian. A Situação de Grave e Generalizada Violação aos Direitos Humanos como Hipótese para o Reconhecimento do Status de Refugiado no Brasil. In: JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Giuliano de (Orgs.). **Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/1997**. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017. p. 121-132. ISBN 85-7674-812-6. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil-Coment%C3%A1rios-%C3%A0-lei-9.474-97-2017.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

CORUGEDO, Emilio Fernandez; GUAJARDO, Jaime. **For Venezuela's Neighbors, Mass Migration Brings Economic Costs and Benefits**. 2019. IMFBlog. Disponível em: <https://blogs.imf.org/2019/11/21/for-venezuelas-neighbors-mass-migration-brings-economic-costs-and-benefits/>. Acesso em: 06 abr. 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados: e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. 240 p. (ISBN 978-85-7660-198-2). Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADico-Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra et al. **Migrantes, apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil**. Brasília: Mj; Ipea, 2015. Série Pensando o Direito, nº 57. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

KANAAN, Cel.; TÁSSIO, Maj.; SIDMAR, 2º Ten. As ações do exército brasileiro na ajuda humanitária aos imigrantes venezuelanos. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (Coord.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” - Nepo/unicamp, 2018. p. 68-71. ISBN 978.85.88258.50-1. Disponível em: <https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/_migvenezuelanas.php>. Acesso em: 02 out. 2019.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. A Migração Venezuelana no Brasil: crise humanitária, desinformação e os aspectos normativos. **Revista de Estudos e Pesquisas Sobre As Américas**, Brasília, v. 13, n. 1, p.219-244, abr. 2019. ISSN: 1984-1639. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/repam/issue/view/1678/305>>. Acesso em: 31 out. 2019.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 de nov. 1969. San José da Costa Rica, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dez. 1948. Paris, Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ONU. **Convenção Relativa Ao Estatuto dos Refugiados**. 28 jul. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

ONU. **Protocolo de 1967 Relativo Ao Estatuto dos Refugiados**. Genebra, 04 out. 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

PINHO, Alessandro Paiva de. **O Exército Brasileiro na Operação Acolhida**. 2019. 62 f. - Curso de Política, Estratégia e Alta Administração do Exército, Escola de Comando e Estado-maior do Exército, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/4990/1/MO%200906_PINHO.pdf. Acesso em: 26 abr. 2020.

SIMÕES, Gustavo da Frota et al (org.). **Perfil Sociodemográfico e Laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Curitiba: Editora Crv, 2017. 112 p. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/Perfil_Sociodemografico_e_laboral_venezuelanos_Brasil.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.

SILVA, Camila Rodrigues da; BAENINGER, Rosana. **Mudança de perfil dos imigrantes venezuelanos em São Paulo – perspectivas sobre a política de interiorização do governo federal**. Anais do Xxi Encontro Nacional de Estudos Populacionais, Poços de Caldas, v. 1, n. 1, p.1-16, set. 2018. ISBN: 978-85-85543-32-7. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/issue/view/42/showToc>>. Acesso em: 20 out. 2019.

SILVA, Camila Rodrigues da. Sínteses, reflexões e perspectivas sobre a política de interiorização no acolhimento de Venezuelanos em 2018. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (Coord.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” - Nepo/unicamp, 2018a. p. 322-332. ISBN 978.85.88258.50-1. Disponível em: https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/_migvenezuelanas.php>. Acesso em: 19 nov. 2019.

SILVA, Sidney Antonio da. Políticas de Abrigamento e Imigrantes Venezuelanos em Boa Vista e Manaus: algumas indicações. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (Coord.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” - Nepo/unicamp, 2018b. p. 206-216. ISBN 978.85.88258.50-1. Disponível em: https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/_migvenezuelanas.php>. Acesso em: 19 nov. 2019.

SILVA, Marcelle Ivie da Costa et al. **A Atuação das Forças Armadas na Resposta à Crise Migratória Venezuelana no Estado de Roraima**. 2019. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/artigos/xvi_cadn/a_atuacao_das_foras_armadas_na_resposta_a_crise_migratoria_venezuelana.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

VEDOVATO, Luís Renato. Ação civil originária entre Venezuela e Brasil: a construção do direito de ingresso. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jarochinski (Coord.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” - Nepo/unicamp, 2018. p. 45-52. ISBN 978.85.88258.50-1. Disponível em: https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/_migvenezuelanas.php>. Acesso em: 02 out. 2019.

A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES MIGRANTES À LUZ DA CEDH E DO PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Maria Helena Varela

Maria Helena Carvalho Athayde de Bettencourt Varela, investigadora no Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e a Sociedade (CEDIS), doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FDUNL) e bolsreira da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT)

Resumo:

No mundo contemporâneo globalizado, as migrações são um fenómeno cada vez mais crescente. Sabemos que as pessoas migram pelos mais variados motivos, sendo que a procura de melhores condições de vida - a designada “migração económica” - é um dos mais comuns. Viver e trabalhar num dos países integrantes na União Europeia (UE) é para muitos a derradeira oportunidade para uma vida melhor. Por este motivo, acontece amiúde nacionais de estados terceiros à UE entrarem no território dos diversos Estados Membros sem estarem munidos da respetiva autorização de entrada (e.g.: visto de trabalho) e aí permanecerem irregularmente. Por sua vez, o facto de se encontrarem numa condição administrativa irregular faz com que sejam presas fáceis para empregadores menos escrupulosos que aproveitando-se da situação de vulnerabilidade e dependência em que se encontram os exploram num contexto laboral. Neste trabalho, procuramos refletir acerca da problemática supra enunciada através da análise dos normativos pertinentes (máxime, a CEDH) e dos consequentes pronunciamentos do TEDH, em particular aqueles em que é suscitada a aplicação do princípio da não discriminação.

Palavras-chave: Trabalhadores imigrantes; Imigração irregular; Princípio da não discriminação; Exploração laboral.

A proteção dos trabalhadores migrantes à luz da CEDH e do princípio da não discriminação

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, mais conhecida como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), é adotada pelo Conselho da Europa (CE), a 4 de novembro de 1950, e entra em vigor, na ordem jurídica internacional, em

1953. Consiste no primeiro instrumento jurídico internacional, desenhado a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), da Organização das Nações Unidas (ONU), a conferir força jurídica a determinados direitos constantes da Declaração Universal¹.

Assim e com o objetivo de assegurar o reconhecimento e aplicação universal e efetiva de um certo número de direitos fundamentais, o art. 1.º da Convenção afirma o reconhecimento dos direitos e liberdades nela previstos a qualquer pessoa, sendo suficiente que esta se encontre dependente da jurisdição de um Estado Membro do CE². Tal significa, nomeadamente, que os não-nacionais presentes no território de um Estado Membro ou de outra forma dependentes da sua jurisdição (eg.: Estados ocupados) encontram-se protegidos pelas disposições da CEDH.

O direito de ganhar a vida através de um trabalho livremente escolhido ou aceite decorre do art. 4.º da CEDH (“*Proibição da escravatura e do trabalho forçado*”) e é - tal como todos os outros direitos e liberdades consagrados na Convenção - reconhecido a todas as pessoas, incluindo trabalhadores imigrantes e independentemente do seu “status migratório”. Esta disposição é de crucial importância para grupos mais vulneráveis, tais como os trabalhadores imigrantes em situação administrativa irregular. Embora exista, neste contexto, uma diferença substancial entre a execução de um trabalho em condições indignas ou sub-humanas e uma situação de escravatura ou de servidão³, a verdade é que muitos trabalhadores migrantes em situação administrativa irregular, com receio de serem denunciados às autoridades nacionais e expulsos do território em que se encontram, são presas fáceis para empregadores menos escrupulosos que se aproveitam da sua situação de dependência e vulnerabilidade para os explorar num contexto laboral. Ainda assim, poderão ocorrer situações extremas onde os trabalhadores migrantes são vítimas de escravatura ou de servidão⁴.

1 Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf (acedido a 10-09-2020).

2 Cfr. art. 1.º, da CEDH: “As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.”

3 Neste sentido, o TEDH promove uma delimitação conceptual bastante clara das situações de escravidão e servidão. Veja-se, por exemplo, o caso de *Rantsev versus Chipre e Rússia*, queixa n.º 25965/04, de 7 de janeiro de 2010, acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-96549%22%7D>.

4 Veja-se a este respeito o importante caso de *Siliadin versus França*, queixa n.º 73316/01, de 26 de julho de 2005 decidido pelo TEDH. Trata-se da situação de uma cidadã da República Togolesa que trabalhou durante vários anos para um casal francês, sete dias por semana, sem receber qualquer tipo de pagamento pelo seu trabalho e sem poder regressar ao seu país de origem, pois tinha o seu passaporte confiscado pelos “empregadores”. No presente caso, o Tribunal considerou que a França tinha falhado nas suas obrigações a respeito do art. 4.º da CEDH, na medida em que não tinha na sua legislação interna qualquer previsão criminal que punisse o comportamento dos perpetradores da referida conduta. Efetivamente e à época, a legislação penal em vigor na França não dispensava à migrante menor, vítima de tráfico de pessoas, uma específica e efetiva proteção contra os atos de que tinha sido vítima. Disponível em

A par da universalidade, a questão da igualdade no acesso e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais foi, desde o início, uma preocupação central por parte dos Estados Membros do CE. Neste sentido, a proibição de discriminação encontra-se, expressamente, prevista no artigo 14.º, da CEDH, o qual visa garantir a todas as pessoas um tratamento igual: i. é, o reconhecimento e aplicação sem quaisquer distinções dos direitos consagrados na Convenção⁵. Meio século após a entrada em vigor da CEDH, é celebrado já decorrer do ano 2000 um Protocolo adicional à CEDH - o Protocolo n.º 12⁷ - o qual pretende reforçar o princípio geral de que todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo, deste modo, direito a um tratamento equitativo⁸. Destarte, o seu art. 1.º prevê uma proibição geral de discriminação que se estende a todos os atos legislativos (i.é, indo além da própria Convenção, na medida em que proíbe os Estados Membros de adotarem legislação nacional discriminatória) e vincula todas as autoridades públicas internas, cujo comportamento deve pautar-se pela igualdade (cfr. art. 1.º, n.ºs 1 e 2, do Protocolo n.º 12).

O que acrescenta este Protocolo à CEDH? A proibição de discriminação contida no art. 14.º, da CEDH, tem uma natureza acessória, uma vez que deve ser lida em conjunção com os restantes direitos previstos na Convenção⁹. Isto é, qualquer diferença de tratamento só pode ser invocada perante um órgão judicial [máxime, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)], caso esteja diretamente relacionada com um determinado direito substantivo previsto na CEDH¹⁰. É dizer que se torna necessário evidenciar em juízo que o ato sindicado (eg.: uma lei), para além de violar os parâmetros normativos de um determinado direito previsto na Convenção, se traduz numa prática discriminatória¹¹.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22CASE%20OF%20SI-LIADIN%20v.%20FRANCE%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-69891%22%5D%7D>.

5 Cfr. art. 14.º, da CEDH: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções (...)”.

6 Este princípio encontra-se largamente consolidado na ordem jurídica internacional devido à sua previsão em diversos instrumentos normativos. Destacamos aqui dada a sua relevância para os trabalhadores migrantes os exemplos seguintes: art. 2.º, da DUDH; art. 2.º, n.º 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP); art. E., da Carta Social Europeia Revista (CSE) e art. 7.º, da Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias.

7 Acessível em <https://dre.pt/application/conteudo/75796638> (acedido a 08-09-2020).

8 O Protocolo n.º 12 é aberto para assinatura a 4 de novembro de 2000 e entra em vigor, na ordem jurídica internacional, a 1 de abril de 2005. Até à data, 20 dos 47 Estados Membros do CE já ratificaram o Protocolo.

9 O THDH tem vindo a afirmar a natureza acessória do princípio da não discriminação em várias decisões. Veja-se, por exemplo, os casos de *Molla Sali versus Grécia*, queixa n.º 20452/14, de 19-12-2018 (acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-188985%22%5D%7D>) e de *Carson e outros versus Reino Unido*, queixa n.º 42184/05, de 16-03-2010 (acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-97704%22%5D%7D>).

10 Gerards, J. (2013). The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, p. 100.

11 Europe, E. U. (2018). *Handbook on European*. Luxembourg: Publications Office of the

Já a proibição geral de discriminação vertida no art. 1.º, do Protocolo n.º 12 à CEDH, consiste numa previsão autónoma que pode ser acionada *de per se*: i. é, sem que seja necessário alegar e demonstrar uma qualquer ligação com algum outro direito previsto na Convenção ou na lei¹². De acordo com o Relatório Explicativo do Protocolo n.º 12 à CEDH, no art. 1.º do Protocolo encontram-se previstas e proibidas as seguintes situações discriminatórias: (i) discriminação por parte de uma lei nacional; (ii) discriminação por parte de uma autoridade pública quando esta tem de acordo com a lei uma clara obrigação de comportar-se de outra maneira; (iii) discriminação por parte de uma autoridade pública no exercício de um poder discricionário (eg.: concessão de um determinado subsídio); (iv) discriminação por qualquer outro ato ou omissão por parte de uma autoridade pública (eg.: atuação das forças policiais e de segurança pública no controlo de um motim)¹³. Assim e tratando-se da aplicação do Protocolo, o TEDH deve primeiramente apurar se a situação *sub judice* cai numa das categorias discriminatórias acima descritas¹⁴. O supra referido Relatório Explicativo vai ainda mais longe ao afirmar que o art. 1.º, do Protocolo, obriga os Estados Membros a adotar medidas que previnam a discriminação, mesmo quando esta seja perpetrada por entidades privadas¹⁵. Este entendimento é de particular importância para o tema que nos ocupa - a proteção dos trabalhadores migrantes pela CEDH -, na medida em que, como é sabido, as condições menos favoráveis de trabalho a que aqueles são frequentemente submetidos são criadas e mantidas na sua grande maioria por empregadores que atuam no setor privado¹⁶.

Uma lista não exaustiva de “fatores protegidos”: a proibição da discriminação com fundamento na origem nacional. A questão do “status migratório”

O princípio da não discriminação não proíbe todas as diferenças de tra-

European Union, p. 29.

12 Apesar da diferença que assinalamos no texto entre os dois preceitos normativos, a verdade é que o TEDH, no primeiro caso examinado à luz do Protocolo n.º 12 à CEDH, afirma que o conceito de discriminação nele presente deve ser aferido à luz da jurisprudência consolidada a respeito do art. 14.º, da Convenção. Ver parág. 55 do caso *Sejdić e Finci v. Bósnia e Herzegovina*, pedidos n.ºs 27996/06 e 34836/06, decidido a 22-12-2009, acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-96491%22%5D%7D> (acedido a 07-09-2009).

13 Ver parág. 22.º, do Relatório Explicativo do Protocolo n.º 12 à CEDH, acessível em <https://rm.coe.int/09000016800cce48>.

14 É este o entendimento do TEDH no caso *Savez crkava “Riječ života” e outros versus Croácia*, queixa n.º 7798/08, de 9-12-2010, parág. 104-105 (acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-102173%22%5D%7D>).

15 Por exemplo, em *Danilenkov e outros versus Rússia*, queixa n.º 67336/01, de 30-07-2009, o TEDH vem a considerar que o Estado falhou ao não oferecer proteção judicial efetiva contra a discriminação com base na filiação sindical aos empregados em greve que foram despedidos pelo seu empregador. Acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-93854%22%5D%7D>.

16 Cfr. Parágs. 24 a 28, do Relatório Explicativo do Protocolo n.º 12 à CEDH.

tamento, mas, também, não as limita a um dos critérios de proibição elencados nos arts. 14.º, da CEDH, e 1.º, n.º 1, do Protocolo n.º 12 à CEDH, respectivamente. A referência operada por estes dois normativos a “qualquer outra situação” indica-nos claramente que aqueles critérios não constituem uma lista fechada ou taxativa, traduzindo-se antes numa cláusula aberta a ser desenvolvida através de uma análise ponderada e casuística. Entre os fatores, expressamente, protegidos encontra-se a “origem nacional”. Tal significa que todos os Estados Membros do CE [o que inclui todos os Estados Membros da União Europeia (UE)] devem assegurar a qualquer indivíduo (inclusive, a nacionais de Estados terceiros), que se encontrem sob a sua jurisdição, os direitos consagrados no texto da Convenção. De acordo com uma fórmula recorrente utilizada pelo Tribunal, razões muito consistentes têm que ser apresentadas perante o Tribunal para que este possa considerar compatível com a Convenção uma diferença no tratamento baseada exclusivamente na nacionalidade¹⁷. Em *Andrejeva versus Letónia*, por exemplo, o Tribunal considera existir uma violação do art. 14.º, da CEDH, se lido em conjunto com o art. 1.º, do Protocolo n.º 1 à CEDH. Em causa está a recusa do Estado da Letónia em contabilizar os anos de trabalho da queixosa, na antiga União Soviética, para efeito do cálculo da sua pensão de reforma, devendo-se essa recusa à circunstância de ela não ser titular da nacionalidade lituana^{18 19}.

O TEDH já teve a oportunidade de pronunciar-se, em diversos arestos, sobre a questão da imigração com base no “estatuto migratório”, a qual se encontra abrangida pela referência final a “qualquer outra situação”²⁰. Por exemplo, no caso *Ponomaryovi versus Bulgária*, o Tribunal afirmou que a exigência aos cidadãos estrangeiros - não titulares de um título de residência permanente - do pagamento de taxas para frequentar a escola secundária era discriminatória, por assentar, exclusivamente, na nacionalidade e estatuto migratório da-

17 Cfr. *Gaygusuz versus. Austria*, decisão n.º 17371/90, de 16-09-1996, parág. 42 (acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22Gaygusuz%20v.%20Austria%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58060%22%5D%7D>), *Koua Poirrez versus França*, decisão n.º 40892/98, de 30-09-2003, parág. 46 (acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61317%22%5D%7D>), *Andrejeva versus Letónia*, decisão n.º 55707/00, de 18-02-2009, parág. 87 (acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-91388%22%5D%7D>).

18 *Andrejeva versus Letónia*, decisão n.º 55707/00, de 18-02-2009, parág. 87 (acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-91388%22%5D%7D>).

19 Veja-se também o caso de *Biao versus Dinamarca*, queixa n.º 38590/10, de 24-05-2016, parág. 126 (acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163115%22%5D%7D>). Neste aresto, o Tribunal considera que a legislação dinamarquesa, ao impossibilitar os cidadãos dinamarqueses naturalizados - contrariamente ao que sucede com os cidadãos dinamarqueses de origem - de requererem o reagrupamento familiar, para além de dificultar a integração de estrangeiros recém-chegados ao país, contribuindo, deste modo, para a criação de preconceitos sociais, constitui uma diferença de tratamento discriminatória em relação aos naturalizados, na medida em que não assenta em nenhum motivo válido, objetivo e razoável.

20 Cfr. art. 14.º, *in fine*, da CEDH, e art. 1.º, n.º 1, do Protocolo n.º 12 à CEDH, respectivamente.

queles, independentemente de violar, também, o seu direito à educação previsto no art. 2.º, do Protocolo n.º 1 à CEDH²¹.

A posição do TEDH: análise de casos

Em *Gaygusuz versus Áustria*²², o TEDH é chamado a pronunciar-se sobre a situação de um cidadão turco que, chegado à Áustria com cerca de vinte anos de idade, aí trabalha por mais de uma década, efetuando os respetivos descontos para a Segurança Social. Entretanto e por motivos de saúde, vê-se, a determinada altura da sua vida ativa, impossibilitado de continuar a trabalhar, tendo recorrido, nessa data e após a caducidade do subsídio de desemprego, a um apoio estatal de “emergência social”, especialmente criado para fazer face a situações-limite experienciadas por quem fica, involuntariamente, sem qualquer tipo de rendimento. Todavia, o acesso a este último subsídio é-lhe negado pelas autoridades austriacas com base unicamente no facto de não ter a nacionalidade austriaca. Gaygusuz, após impugnar esta decisão perante as autoridades judiciais austriacas, recorre ao TEDH, alegando a violação dos seguintes preceitos da CEDH: art. 6.º (“Direito a um processo equitativo”), art. 8.º (“Direito ao respeito pela vida privada e familiar”) e art. 14.º (“Proibição de discriminação”), assim com do art. 1.º (“Proteção da propriedade”), do Protocolo n.º 1 à CEDH.

O TEDH não considera aplicáveis ao caso as disposições dos arts. 6.º e 8.º da Convenção, mas sustenta que o direito ao sobredito subsídio de emergência social se encontra abrangido pelo art. 1.º, do Protocolo Adicional, consistindo numa espécie de “direito pecuniário”. Coloca-se, então, a questão de saber se a recusa por parte do Estado austríaco em reconhecer o direito a esta prestação é legítima e, como tal, não discriminatória, estabelecendo-se, assim, a conexão necessária entre um preceito material e a proibição de discriminação vertida no art. 14.º, da Convenção. O TEDH resolve este caso com base em três princípios firmados pela sua jurisprudência em torno da aplicação do art. 14.º, a saber:

- 1.º - Uma diferença de tratamento é discriminatória se não tiver uma justificação objetiva e razoável, se não perseguir um objetivo legítimo ou se não existir uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregues e o fim tido em vista;
- 2.º - Os Estados gozam de uma certa margem de apreciação ao avaliar se e em que medida as diferenças em situações fácticas semelhantes justificam um tratamento diferente;
- 3.º - Os Estados devem apresentar razões muito consistentes para que o Tribunal possa considerar uma diferença de tratamento baseada, ex-

21 Cfr. *Ponomaryov versus Bulgária*, queixa n.º 5335/05, de 21-06-2011, parág. 49, acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105295%22%7D>.

22 *Gaygusuz versus Áustria*, queixa n.º 17371/90, de 16-09-1996, acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58060%22%7D>.

clusivamente, na nacionalidade como compatível com a Convenção²³.

O caso tem o grande mérito de ser o primeiro decidido pelo Tribunal a envolver a questão da discriminação em função da nacionalidade. Contudo, o deferimento da pretensão não suscita grandes dúvidas ao colectivo de juizes, na medida em que o requerente tem residência legal na Áustria e trabalhou durante vários anos naquele país, efectuando aí os respectivos descontos para a Segurança Social, nas mesmas condições que os restantes cidadãos nacionais. Questiona-se, assim, qual teria sido o veredicto do Tribunal caso o cidadão estivesse a trabalhar numa situação irregular (i. é, sem ser titular de um visto de trabalho e/ou de uma autorização de residência). Poderia ser-lhe legitimamente negado pelo Estado o direito a um subsídio social com fundamento no seu estatuto migratório irregular? Por outras palavras: é (ou não) o “status migratório” um fator de discriminação proibido pelo art. 14.º da Convenção? Na nossa opinião, o caso analisado, exatamente porque a respectiva solução jurídica tem por base premissas que não suscitam grande controvérsia entre os Estados, não nos permite retirar ilações significativas acerca do possível posicionamento do Tribunal em questões mais intrincadas como a, hipoteticamente, colocada²⁴.

Em *Anakomba Yula versus Bélgica*²⁵, o TEDH aprecia a situação de uma cidadã congoleza, casada com um cidadão da mesma nacionalidade e mãe de dois filhos, sucedendo que o pai do seu último filho não tinha sido o marido, mas, sim, um cidadão belga. Anakomba desejava, por este motivo, constestar a paternidade do seu marido em relação ao último filho, mas, para tal e de acordo com a legislação processual aplicável, teria de intentar uma ação judicial no prazo de um ano a contar da data de nascimento da criança. Como não tinha meios financeiros para suportar as custas judiciais, Anakomba re-

23 Este último argumento já tinha sido apresentado pelo Tribunal há uma década atrás, num julgamento relacionado com a discriminação sexual, em *Abdulaziz, Cabales e Balkandali versus Reino Unido*, queixas n.ºs 9214/80; 9473/81; 9474/81, decidido a 28-05-1995, acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57416%22%7D>.

24 O direito a condições de trabalho justas e favoráveis decorre de uma série de preceitos de direito internacional e encontra-se presente nas Constituições da maioria dos Estados de direito democrático. Logo, é da inteira responsabilidade dos Estados assegurar que este direito possa ser gozado plenamente por todos os que se encontram sob a sua jurisdição, independentemente, portanto, da respectiva nacionalidade ou de qualquer outra característica pessoal ou circunstancial (eg: o estatuto administrativo regular ou irregular). Como sabemos, são hoje frequentes os casos de trabalhadores migrantes que enfrentam nos países de destino condições de trabalho duras e desprovidas de dignidade (eg: violação dos limites máximos legais de trabalho diário e semanal, salários abaixo da remuneração mínima nacional, despedimentos abusivos, etc.), as quais se traduzem, na prática, num tratamento discriminatório em relação aos restantes trabalhadores (nacionais ou residentes legais). A questão que se coloca aqui é a de saber se aqueles têm fundamento bastante para alegar perante o TEDH a discriminação de que são vítimas, não obstante o seu estatuto administrativo ser irregular.

25 *Anakomba Yula versus Bélgica*, queixa n.º 45413/07, de 10-03-2009, acessível em [file:///C:/Users/helen/Downloads/AFFAIRE%20ANAKOMBA%20YULA%20c.%20BELGIQUE%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/helen/Downloads/AFFAIRE%20ANAKOMBA%20YULA%20c.%20BELGIQUE%20(2).pdf).

quer apoio judiciário ao Estado belga, o qual lhe é negado por não possuir residência legal no país. Assim e segundo a legislação interna, teria de regularizar, primeiramente, a sua residência e só depois poderia recorrer ao apoio judiciário, sendo certo, porém, que o curto prazo de caducidade acima referido não lhe possibilitava esperar pela conclusão do processo de regularização.

Com base nesta factualidade, Anakomba intenta uma ação no TEDH, alegando a violação do art. 6.º da CEDH (“*Direito a um processo equitativo*”) em conjugação com o art. 14.º da CEDH (“*Proibição de discriminação*”). Em resposta à sua alegação, o Governo belga argumenta que não ocorre nenhuma discriminação em razão do estatuto migratório da requerente, uma vez que o Estado belga atua na persecução de fins legítimos, quais sejam: (i) restrição dos fundos públicos aos imigrantes com um certo grau de conexão com o território nacional; (ii) desencorajamento da imigração ilegal; (iii) aplicação prioritária dos fundos públicos para não-nacionais a outras situações mais vantajosas para os beneficiários do que a simples isenção do pagamento de custas judiciais (eg.: assistência judicial gratuita)²⁶.

Por seu turno, o TEDH considera que, atendendo à alta relevância dos assuntos em questão e ao fato das decisões tomadas neste âmbito afetarem, não só a vida privada e familiar da requerente, mas, também, a de outras pessoas em situação idêntica, só razões imperiosas da parte do Estado belga poderiam justificar uma diferença de tratamento no acesso ao apoio judiciário²⁷.²⁸ Note-se que o Tribunal volta a colocar a tónica na necessidade de os motivos apresentados pelos Estados como justificativos de um tratamento desigual deverem ser muito consistentes, sob pena de não poderem ser considerados legítimos e proporcionais aos fins tidos em vista. Mais: desta feita, o Tribunal refere-se especificamente ao tratamento desigual entre os não nacionais titulares de uma autorização de residência e os não nacionais com uma residência irregular, reconhecendo, assim e sem margem para dúvidas, o “status migratório” como um critério suspeito e, portanto, proibido pelo art. 14.º da Convenção²⁹. Em suma, atendendo à situação específica da requerente e demais elementos do caso concreto, o Tribunal considera que o Estado belga falhou na sua obrigação de regular o direito de acesso ao tribunal de um modo conforme às exigências inscritas no art. 6.º, n.º 1 da Convenção em conjugação com o art. 14.º.

Esta decisão do TEDH é aqui referida em virtude do seu particular interesse para a temática que nos ocupa: a discriminação com base no “status migratório”. Como sabemos, são variadas as situações em que os imigrantes

26 *Anakomba Yula versus Bélgica*, parág. 29.

27 *In casu* trata-se somente da modalidade de apoio judiciário sob a forma de isenção do pagamento de custas judiciais, uma vez que de acordo com a lei belga a assistência gratuita por parte de um advogado é acessível a todos os imigrantes, incluindo aí os que se encontrem numa situação administrativa irregular.

28 *Anakomba Yula versus Bélgica*, parág. 37.

29 Ver, também, *Niedzwiecki versus Alemanha*, queixa n.º 58453/00, de 25-10-2005, acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70765%22%7D>.

em situação administrativa irregular são objeto, direta ou indiretamente, de um tratamento diferenciado (leia-se, discriminatório) nos Estados em que se encontram, seja através de medidas ou práticas adotadas por esses Estados, seja por força de comportamentos assumidos por entidades privadas e que não são devidamente investigados pelas autoridades internas, permanecendo assim impunes. É, portanto, este julgamento um marco jurisprudencial nesta sede: efetivamente, trata-se da primeira decisão de um tribunal especializado em Direitos Humanos a afirmar, expressamente, que um tratamento diferenciado, motivado unicamente pela circunstância do visado ser um residente irregular, viola o espírito da Convenção³⁰. O TEDH, ao referir-se *in casu* expressamente ao “status migratório” inclui-o na lista de fatores de discriminação suspeitos e proibidos pelo art. 14.º da Convenção. Assim e embora se compreenda que existam certas limitações no acesso a determinados direitos impostas aos não nacionais e que têm por fundamento a sua condição administrativa irregular, outros (direitos) há que, por serem essenciais ao desenvolvimento da personalidade individual (eg: o acesso à justiça discutido neste acórdão), devem ser reconhecidos a todas as pessoas - nacionais e não nacionais – e quanto a estes últimos independentemente do particular estatuto administrativo: regular ou não regular.

Síntese conclusiva

1. O princípio da não discriminação é um dos princípios vetores da CEDH, determinando que os direitos previstos na Convenção devem ser garantidos a qualquer pessoa, desde que esta se encontre sob a jurisdição de um Estado Membro do CE.

2. Assim, a aplicação do referido princípio implica que um tratamento desigual (eg.: através de uma lei) só será legítimo à luz da Convenção, caso tal se possa justificar de modo objetivo e racional e exista uma justa proporcionalidade entre os meios empregues e os fins tidos em vista.

3. Todavia e de início, a questão da discriminação não goza de autonomia, sendo sempre analisada pelo TEDH em conexão com algum dos outros direitos previstos na Convenção.

4. Após a aprovação do Protocolo n.º 12 à Convenção, o princípio da não discriminação ganha um novo e mais amplo significado.

5. Efetivamente, o art. 1.º deste Protocolo, sob a epígrafe “Proibição geral de discriminação”, alarga o âmbito material deste princípio, passando a proibição de discriminação a aplicar-se, também, aos atos legislativos adotados pelos Estados, bem como a qualquer outra atuação por parte de uma autoridade pública interna.

6. Neste sentido, o Relatório Explicativo do Protocolo n.º 12 vai ainda

30 Dembour, M.-B. (2015). *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford: Oxford University Press, Parte II, Cap. VIII, p. 37.

mais longe, ao considerar que a proibição de não discriminação vincula inclusivamente, as entidades privadas, desde logo quando estas exerçam poderes públicos típicos.

7. Acresce ainda que a proibição geral de discriminação consiste, agora, numa previsão autónoma que pode ser acionada *de per se*: i. é, sem que seja necessário alegar e demonstrar uma qualquer ligação desse princípio com algum outro direito previsto na Convenção ou na lei.

8. Relativamente aos fatores de discriminação referidos em ambos os preceitos – art. 14.º da Convenção e art.1.º do Protocolo n.º 12 à Convenção -, tem-se entendido que eles não se traduzem numa lista fechada, constituindo antes numa cláusula aberta a outros critérios suspeitos.

9. Nesta senda, procurámos encontrar, no acervo jurisprudencial do TEDH, hipóteses em que a questão da discriminação tenha sido suscitada em função do “status migratório” (critério suspeito).

10. Mais concretamente, a nossa intenção seria a de evidenciar casos analisados pelo TEDH que envolvessem uma qualquer discriminação em desfavor dos trabalhadores imigrantes em situação administrativa irregular.

11. Tendo embora consciência de que situações deste tipo ocorrem muitas vezes nos territórios dos diversos Estados, infelizmente não nos deparámos com um único pleito em que tal questão tenha sido, diretamente, abordada.

12. Isto significa, desde logo, um forte desincentivo para as pessoas que se encontram nessa situação administrativa irregular, designadamente no que respeita à defesa dos seus direitos mais fundamentais.

13. Entretanto e com o objetivo de contornar, de algum modo, esta dificuldade, optámos por analisar os casos decididos pelo TEDH em que a discriminação com base no estatuto administrativo (regular ou irregular) e/ou nacionalidade tenha sido referida, na expectativa de encontrar aí argumentos úteis à defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores imigrantes em situação irregular.

14. Destarte, extraímos a este respeito algumas conclusões jurisprudenciais importantes, a saber:

1. Os Estados devem apresentar razões muito consistentes para que o Tribunal possa considerar uma diferença de tratamento baseada exclusivamente na nacionalidade/estatuto administrativo (regular ou irregular) como compatível com a Convenção (*Gaygusuz versus Áustria*, queixa n.º 17371/90, de 16-09-1996; *Anakomba Yula versus Bélgica*, queixa n.º 45413/07, de 10-03-2009);
2. Em determinadas circunstâncias, o “status migratório” pode ter relevância como critério suspeito e, portanto, proibido à luz da Convenção (*Anakomba Yula versus Bélgica*, queixa n.º 45413/07, de 10-03-2009);
3. Embora não exista - segundo um princípio consolidado de direi-

to internacional - um direito dos estrangeiros a entrar e/ou residir num determinado país, o poder de controlo das fronteiras não é ilimitado. Assim,

- 3.1. a expulsão de estrangeiros deve ser evitada quando existam sérios riscos de estes virem a ser objeto de tortura ou de uma pena ou tratamento desumano ou degradante nos países de origem (cfr. *Trabelsi versus Bélgica*, queixa n.º 140/10, de 04-09-2014);
- 3.2. as medidas que restringem o direito de residência num país podem, em certos casos, implicar uma violação do artigo 8.º da CEDH, ao criarem repercussões desproporcionadas na vida privada e/ou familiar dos indivíduos em causa (*Hoti versus Croácia*, queixa n.º 63311/14, de 26-07-2018).

Referências

C. d.-E.-E.-H. **Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Roma, 2000.

Dembour, M.-B. **When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint**. Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 2015.

Europe, E. U. **Handbook on European. Luxembourg**: Publications Office of the European Union, 2018.

Europeia, A. d. **Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010.

Gerards, J. **The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights**. *Human Rights Law Review*, 99-124, 2013.

Rights, E. C. **Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention: Prohibition of discrimination**, 2019.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO NA RECEPÇÃO DOS REFUGIADOS

Fabiane Queiroz Mathiel Dottore

Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabeliã de Notas do Município de Birituba Mirim-SP. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Fieo. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho. Pós-graduanda em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Arthur Thomas em convênio com o Instituto Brasileiro de Estudos

Polliana Cavalcanti de Albuquerque Nunes Peron

Pós-graduanda em Direito Civil pela Escola Brasileira de Direito. Mestranda em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Fieo

Resumo:

Este trabalho discute a relevância de políticas públicas para a tutela dos refugiados no Brasil, conferindo efetividade aos Direitos Humanos consubstanciados na Constituição Cidadã e no Estatuto dos Refugiados de 1951. A pesquisa é exploratória e qualitativa, pautada em fontes bibliográficas, e defende a necessidade de aprimoramento das políticas públicas para a cristalização dos direitos humanos dos grupos vulneráveis, sobretudo dos refugiados. Busca-se aqui desconstruir a ideia de que o Brasil é uma nação aberta aos imigrantes pela abordagem de sua legislação, que demonstra tendência a excluir estrangeiros e impor certa submissão. Apresenta-se uma análise crítica das políticas públicas do país, que permite inferir que elas precisam ser reformuladas para assegurar a erradicação da exploração econômica dos refugiados.

Palavras-chave: Refugiados; Exclusão; Direitos Humanos; Imigrantes.

Introdução

O agravamento das situações conflituosas ao redor do mundo, ensejadoras de intolerância e violência, gera o aumento do fluxo migratório forçado, de maneira que o contingente de descolamento de seres humanos atingiu patamar alarmante na história da humanidade.

Mais de 70,8 milhões de indivíduos, em todo o planeta, foram obrigados a deixar as suas casas; entre eles, estão 25,9 milhões de refugiados, e mais de 50% possuem menos de 18 anos.

Cerca de 25 pessoas são forçadas a se deslocar de suas casas a cada minuto, em virtude de perseguições ou conflitos, o que significa aproximadamente 37.000 pessoas por dia. 57% dos refugiados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) vêm de três países: Síria, Afeganistão e Sudão do Sul (ACNUR, 2019).

Essa realidade causa impactos no cenário nacional, na medida em que o país vem sendo adotado como um modelo protetor da população refugiada na América do Sul. O Comitê Nacional para Refugiados (Conare), vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, reconheceu em 31 de janeiro deste ano o status de refugiado de 17 mil venezuelanos. A concessão em bloco foi possível por meio de instrumentos digitais para análise de dados. Em termos práticos, o número de refugiados reconhecidos pelo Estado brasileiro passou de 11 mil para 40 mil (G1, 2020).

Tal cenário denota que a questão do refúgio tem ganhado muito destaque no país, restando clara a necessidade de compreensão e aprofundamento da questão, especialmente sobre a concessão de integral proteção aos refugiados acolhidos no país.

No âmbito internacional, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, aprovada em 1951 pela Assembleia Nacional, e o Protocolo de 1967, concernente ao Estatuto dos Refugiados, determinaram os padrões básicos de proteção aos refugiados, os quais foram implementados no Brasil, através da edição da Lei n.º 9.474/97 e, recentemente, pela Lei 13.445/2017, ampliando a tutela e a acolhida à população internamente refugiada (JUBILUT, 2008).

Com fundamento nesse acervo legislativo e após profunda construção da doutrina, é considerado refugiado, conferindo-lhe tal status, o indivíduo vítima de perseguição, no seu país de origem e/ou residência habitual, em decorrência de sua nacionalidade, raça, opinião política, religião, pertencimento a específico grupo social e, comentado pela legislação nacional, for alvo de grave e generalizada transgressão de direitos humanos.

Por força de tais mecanismos legais, a proteção atribuída ao refugiado e àquele que solicita refúgio, para além do caráter de solidariedade e moral, reveste-se, sobretudo, de caráter jurídico (JUBILUT, 2011), não somente pela própria natureza jurídica dos diplomas, bem como pelos direitos neles assegurados.

O escopo deste trabalho emerge desse cenário. Pretende-se, com recorte metodológico na gama de direitos assegurados à população refugiada, aprofundar o estudo sobre a importância das políticas públicas para a proteção dos refugiados no Brasil. Intenta-se aqui desconstruir a ideia de que o Brasil é uma nação aberta aos imigrantes, evidenciando que o país detém uma legislação tendente a excluir estrangeiros e impor certa submissão.

Busca-se realizar uma análise crítica das políticas públicas no Brasil, de modo a demonstrar que necessitam de reformulação para garantir o combate da exploração econômica dos refugiados.

Quem são os Refugiados?

Importante demonstrar quem são os refugiados, como é caracterizado o mundo dos refugiados, de onde vêm, como é o deslocamento para o destino em que almejam refúgio, e de que forma estão sendo acolhidos pelos países para melhor compreensão da matéria. Nessa esteira, Hayden (2006) preleciona que inexistente uma categoria de refugiados, o que torna impossível traçar distinção entre os mesmos. O termo refugiado tem como pano de fundo relacionar o direito e o espaço em que se vive, o que torna bem-claro em comparação com o migrante econômico. Diversamente de um refugiado que não possui proteção do seu país, o migrante está acobertado por este.

Nesse contexto, Soares (2011, p. 103) aduz que:

É considerada migrante toda pessoa que se transfere de seu lugar habitual, de sua residência comum para outro município, região ou país. É um termo frequentemente usado para definir as migrações em geral, tanto de entrada quanto de saída de um país, região ou lugar, não obstante existam termos específicos para a entrada de migrantes -Imigração -e para a saída- Emigração. É comum, também, falar em “migrações internas”, referindo-se aos migrantes que se movem dentro do país, e “migrações internacionais”, referindo-se aos movimentos de migrantes entre países, além de suas fronteiras.

O referido autor ainda observa:

Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do seu 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 seu país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (SOARES, 2011, p. 104).

Dessa forma, é um conceito que evidencia a vulnerabilidade de quem está na condição de refugiado. A legislação, em âmbito internacional, disciplina com riqueza de detalhes como se caracteriza um refúgio. Independentemente do evento ocorrido em sua localidade, deve-se atentar à lei local, à ética e à moral da localidade. Relevante sublinhar que a questão está lidando com vida de indivíduos, e não com mais uma problemática a se resolver de maneira a piorar o cenário. Segundo Guerra (2014), é um instituto que persiste ao longo das décadas, pelo fato de se ter inúmeros problemas que afligem a pessoa que busca a troca de território, na esperança de manter a sua sobrevivência.

Nesses termos, Piovesan (2006, p. 54), ensina que refugiado é:

Todo o indivíduo que em decorrência de fundados temores de perseguição relacionados a sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora do seu

país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer a ele regressar.

De acordo com o art. 1.º da Lei n.º 9.474/97, é reconhecido como refugiado toda pessoa que:

I- devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II- não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III- devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL, 1997b).

É possível verificar que, determinados temores se apresentam aflorados na atualidade, sem avaliar os meios cruciais que os refugiados vêm sendo submetidos para sobreviver, nas regiões que se encontram atualmente, acarretando um conflito de culturas, em decorrência dessa realidade.

Marcos Internacionais de Proteção aos Refugiados

No início do século XX, com o advento da Primeira Grande Guerra (1914-1918), a tutela dos refugiados passou a ser alvo de muita preocupação da sociedade internacional, que começou a estudar maneiras de se responsabilizar pela prestação de assistência desse grupo de indivíduos.

A Liga das Nações, organismo internacional instituído em abril de 1919 pelo Tratado de Versalhes, e dissolvido em abril de 1946, teve muito êxito na proteção dos refugiados (BARICHELLO; DE ARAUJO, 2014). Foi por intermédio dele que se celebraram os primeiros acordos internacionais (1921-1946), almejando definir e classificar os refugiados por categorias de nacionalidades.

Em momento posterior, foram esses mecanismos *ad hoc* que deram origem à composição da definição de refugiado, inserida na Convenção de 1951, concernente ao Estatuto dos Refugiados e ampliada pelo Protocolo de 1967, relativo ao Estatuto dos Refugiados, principais documentos estrangeiros que reconhecem proteção e disciplinam a condição de refugiado em âmbito internacional.

O primeiro instrumento que surgiu contendo definição mais genérica com aplicabilidade para todos os europeus refugiados da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) foi a Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados e que define estes como sendo o indivíduo 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, encontra-se 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 encontra-se 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 (CONVENÇÃO..., 1951).

Embora represente o primeiro mecanismo, na esfera internacional, a trazer uma definição do que vem a ser considerado refugiado, ele possuía dois empecilhos que o Protocolo de 1967, relativo ao Estatuto dos Refugiados, mais tarde corrigiu: os limites temporais (situações ocorridas antes de 1º de janeiro de 1951) e geográficos lá contidos (como resultado de tais acontecimentos), limitando-se, a princípio, a tutelar os refugiados europeus, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

O Protocolo de 1967 eliminou ambas as limitações, ampliando o escopo da Convenção de 1951, conforme pode ser observado em seu art. 1.º, § 2:

Para os fins do presente Protocolo, o termo ‘refugiados’ [...] significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras ‘em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951’ e as palavras ‘como consequência de tais acontecimentos’ não figurassem no § 2 da seção A do artigo primeiro (BRASIL, 1967).

Segundo Goodwin-Gill (apud BARICHELLO; ARAUJO, 2014), a Convenção de 1951, com as adequações conferidas pelo Protocolo de 1967, livre das limitações temporais e geográficas, indica quatro elementos definidores da condição de refugiado: o refugiado deve estar fora do seu território originário; a ausência de vontade ou incapacidade do país de origem de oferecer proteção ou de facilitar o retorno; a causa dessa incapacidade ou ausência de vontade atribuída a um fundado receio de perseguição que acarreta o deslocamento; e, por fim, a perseguição é temida por motivos de religião, raça, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a um determinado grupo social.

Desse modo, tais instrumentos sedimentaram uma estrutura formal para atender às necessidades básicas dos refugiados, que passaram a ter proteção jurídica no campo do Direito Internacional (FISHEL DE ANDRADE, 2006).

Tutela Jurídica dos Refugiados no Brasil

Como visto, a matéria concernente aos refugiados remonta ao período da Idade Antiga; entretanto, no decorrer da história, tornou-se imperiosa a criação de ações mais eficientes para que indivíduos nessa situação tivessem assegurados os seus direitos e de modo uniforme, exigindo-se uma internacionalização de regras.

Conforme explanado por Jubilut (2011), a preocupação da sociedade internacional com o resultado do período pós-Segunda Guerra Mundial foi

elementar para cristalizar a instituição de direitos humanos, com o fito de garantir uma vida digna, passando assim à criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esses direitos foram aprimorados ao longo dos anos, sendo disponíveis a quaisquer pessoas pelo mero fato de serem humanos.

Os direitos humanos são, assim, garantias individuais que objetivam a proteção dos direitos mais essenciais do ser humano em face ou de outros seres humanos, uma vez que por serem todos essencialmente iguais, um não pode interferir na esfera individual alheia, ou em face do Estado. (JUBILUT, 2011, p. 52).

Com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, nasceu a preocupação com a dignidade da pessoa humana; dentre os diversos direitos presentes no referido texto, vislumbra-se o direito de migrar. No que tange a esse dispositivo, há distinção entre asilo e refúgio, ambos garantidos àqueles sujeitos vítimas de perseguição. O primeiro se refere aos casos em que determinada pessoa é alvo de perseguição e busca amparo ou uma espécie de abrigo em outra nação; o segundo, aborda uma coletividade de pessoas em situação semelhante (BARRETO, 2010). Cabe lembrar que esses direitos não são assegurados em situações de perseguição pela prática de delitos.

Levando-se em consideração o aumento das migrações causadas, especialmente, por confrontos armados, é implementado, no ano de 1950, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o ACNUR, com o objetivo de salvar guardadas vítimas de perseguição, intolerância e violência.

Como principal organização humanitária para tutela de refugiados, o ACNUR tem dois objetivos precípuos: proteger homens, mulheres e crianças refugiadas e buscar soluções duradouras para que possam seguir suas vidas num ambiente digno.

No ano de 1951, foi convocada na Suíça, em Genebra, uma Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas, com o propósito de redigir uma Convenção para a regulamentação do status legal dos refugiados. Dessa forma, em 28 de julho de 1951, foi celebrada pelas Nações Unidas a Convenção de Genebra atinente ao status dos refugiados, e que é considerada a lei mais importante dos direitos internacionais dos refugiados, posto que delineou o que caracteriza o refugiado (CUNHA, 2012):

como toda pessoa que, como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, por pertencer a determinado grupo social e por suas opiniões políticas, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, por causa dos ditos temores, não queira recorrer à proteção de tal país; ou que, carecendo de nacionalidade e estando, em consequência de tais acontecimentos, fora do país onde tivera sua residência habitual, não possa ou por temor fundado não queira regressar a ele (BARRETO, 2010, p. 15).

O Brasil recebeu a Convenção de Genebra em 1960, englobando somente os refugiados advindos do continente europeu. Durante a época da ditadura militar, cessou o número de imigrantes no país; por outro lado, havia muitos emigrantes em fuga do regime de perseguição política. Já nos anos 1980, após a retomada da democracia, muitos angolanos vieram para o Brasil por causa da guerra civil no país, e em 1982 o Brasil aceitou a presença do ACNUR.

Somente em 1989 o país abandonou o critério de ordem geográfica da Convenção de 1951 passando a receber totalmente a Declaração de Cartagena. Em 1988, com o surgimento da Magna Carta, ganhou destaque a disposição que traz abordagem acerca da prevalência dos direitos humanos como um dos princípios mais importantes das relações internacionais, além da questão do asilo político também considerado um princípio. Marco importante foi consolidado em 1997, com o advento da Lei n.º 9.474, que versa sobre o Estatuto dos Refugiados. Tal legislação é considerada uma das mais avançadas no que se refere à questão da tutela e regulação da situação dos refugiados (BARRETO, 2010). Esse Estatuto traz a definição de refugiado, abarcando seus familiares, sua situação jurídica, os procedimentos para o requerimento de refúgio. Vale lembrar que a situação irregular, conforme prescreve essa lei em seu art. 8.º, não representa óbice para o requerimento, cessação da situação de refugiado, repatriação e expulsão.

Editada a Lei n.º 9474, de 1997, com 49 artigos, ficou definido o mecanismo para a implementação do Estatuto dos Refugiados. A lei brasileira, redigida em parceria com o Acnur e com a sociedade civil, é considerada hoje pela própria ONU como uma das leis mais modernas, mais abrangentes e mais generosas do mundo. Contempla todos os dispositivos de proteção internacional de refugiados e cria um órgão nacional – o Comitê Nacional para os Refugiados (Conare) – para ditar a política pública do refúgio e decidir quanto às solicitações de refúgio apresentadas no Brasil (BARRETO, 2010).

A Lei n.º 9.474/97 trouxe como inovação não apenas na instituição de um órgão nacional para dispor sobre a política de recepção dos refugiados, integrado por representantes do governo federal, organizações não governamentais e do ACNUR, mas também na ampliação da definição de refugiado para os casos de grave e generalizada transgressão de direitos humanos, de acordo com art. 1º, inc. III do referido diploma legal (BRASIL, 1997a).

No ano de 2004, o Brasil e demais países latino-americanos promoveram a Declaração e Plano de Ação do México, em prol do fortalecimento da proteção internacional dos refugiados na América Latina, fixando um conjunto de ações, para alcançar soluções novas e duradouras para os refugiados situados na América Latina (ACNUR BRASIL, 2014). Dentre as diversas questões abordadas, o Brasil defendeu que a questão dos refugiados deve estar vinculada diretamente com os direitos humanos, e que as nações que

não garantirem os direitos concernentes aos migrantes deverão responder por seus atos.

O Brasil tem progredido consideravelmente, no tocante à proteção dos refugiados e se preocupa bastante com os direitos humanos de todos em seu território, independentemente da nacionalidade. A temática ganha cada vez mais destaque e demais medidas ainda necessitam ser tomadas; todavia, observa-se que, embora haja grandes desafios, especialmente no que tange ao esclarecimento da sociedade para superação do preconceito, o país caminha nessa direção para encontrar uma solução.

Análise Crítica das Políticas Públicas no Brasil

O instituto das políticas públicas pode se transformar numa ferramenta efetiva no processo de implementação de direitos fundamentais e humanos dos refugiados. Sobretudo, é por intermédio da execução dessas políticas e pela observância da lei em vigor que se pode erradicar a exploração econômica dos refugiados, e assegurar a sua autonomia para desenvolver capacidades suficientes e ingressar no mercado de trabalho formal, em que poderá alcançar uma vida digna (HAYDU, 2009).

Nesse contexto, é imperioso refletir, de maneira crítica, sobre as políticas que o Brasil adota, levando em conta que somente assim será possível ampliar e fortalecer o sistema de proteção dessa categoria de pessoas vulneráveis (RESENDE, 2017).

A atuação integrada entre sociedade civil e Poder Público na criação de políticas públicas de sensibilização da sociedade a respeito da situação dos refugiados e da integração destes na comunidade de acolhimento também representa medida importante.

O Brasil assinou, quando da realização da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2016, a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, que também foi assinada por outros Estados-membro da ONU.

A finalidade dessa Declaração era estabelecer um tipo de pacto global acerca da migração, reafirmar o compromisso com a efetividade dos Direitos Humanos de refugiados e estabelecer apoio aos países que fossem afetados por grandes circulações de refugiados. Quando da sua subscrição, o Brasil se comprometeu em receber 3.000 refugiados e destinar recursos financeiros para a assistência desses grupos, o que aumenta a importância de realização desta reflexão.

O Conare, criado pela Lei n.º 9.474/97, que trata dos instrumentos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, transformou-se no órgão responsável pela avaliação dos requerimentos e reconhecimento da condição de refugiado, objetivando resguardar os seus direitos. No entanto, somente a presença da lei e do comitê não se mostram suficientes, visto que a mera previsão legal, sem uma organização institucional efetiva dotada de

capacidade político-financeira, inviabiliza a efetivação dos direitos e garantias destes indivíduos (SANSON, 2013).

É imprescindível uma atuação adequada do Poder Executivo e a inclusão da questão na agenda das políticas públicas (SANSON, 2013). Noutras palavras, a vontade política é fundamental para conferir efetividade à referida norma e ao funcionamento do comitê. Entre as decisões do Conare, ressalta-se a sugestão de medidas para integrar o refugiado à sociedade brasileira, e dar o sentimento de pertença à população. Por conseguinte, o termo “refugiado” foi extinguido dos documentos de identificação e das carteiras de trabalho, e por recomendação do conselho, a Polícia Federal também eliminou o termo do documento oficial de identificação, constando agora o termo “residente” (RESENDE, 2017).

O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) também têm disponibilizado cursos profissionalizantes para refugiados. Ademais, merece destaque a criação de rubrica no orçamento da União para a realização do acolhimento de refugiados e políticas de capacitação dos profissionais da área da Saúde para prestação de atendimento médico aos refugiados (RESENDE, 2017).

Contudo, determinadas circunstâncias ainda resultam na inefetividade das políticas existentes, pelo crescimento substancial da quantidade de refugiados no país e a sobrecarga dos serviços públicos, a exemplo do sistema de saúde, que já não é capaz de atender nem mesmo a proteção dos brasileiros, bem como dos albergues de acolhimento, insuficientes e inadequados.

Subsiste, pois, o desafio de se implementar políticas públicas efetivas, apesar dos avanços já observados, mas que precisam ser ampliados e aperfeiçoados.

Uma importante medida a ser adotada para a erradicação da exploração econômica dos refugiados é o reconhecimento da situação de refúgio, a sua integração no meio social, assegurando sua profissionalização e o acesso ao trabalho, impedindo que ocorra exploração econômica e trabalhos similares à condição de escravidão. Por certo, sem o reconhecimento da condição de refugiado, a pessoa acaba não tendo acesso a políticas públicas que objetivam instrumentalizar direitos essenciais, como os sociais.

Dessa forma, a identificação e a documentação desses indivíduos são mandatórias para que possam ser concretizadas inovadoras políticas desenvolvidoras de suas competências (PEIXER, 2012). Por fim, vale frisar a importância de se fortalecerem políticas públicas direcionadas à capacitação dos imigrantes, posto que apenas através dela é que se pode assegurar que os refugiados não serão submetidos a um processo de exploração econômica e possam desenvolver suas capacidades e conquistar a vida que almejam para si.

Dentre os mais variados empecilhos enfrentados pelos refugiados, pode-se citar a barreira linguística, uma vez que algumas dessas pessoas chegam ao solo brasileiro sem dominar a língua portuguesa, o que gera inúmeras consequências em suas vidas, como dificuldade de acesso à educação e obstáculo

para conseguir trabalho.

Desse modo, Higashi e Silva (2016) recomendam a adequação dos cursos do SEBRAE e das Escolas do Sistema S (SENARETC, SENAT, SENAC, SENAI) e a abertura de vagas especiais voltadas aos imigrantes e sua profissionalização para o mercado de trabalho. Quando se fala em capacitação, a finalidade é, portanto, assegurar formas de acesso à educação; ela possibilita ao refugiado conseguir melhores trabalhos, impedindo a sua submissão à exploração econômica e às condições precárias laborais.

O direito à educação, presente na Carta Constitucional, é compreendido como um direito originário, isto é, aquele que pode ser demandado, inclusive pela via judicial, mesmo que não exista norma que o regulamente. Tal direito é essencial para o processo de emancipação e concreta garantia de bem-estar dos refugiados (GUERRA, 2014).

Outra questão relevante a ser mencionada é que o Estado e a própria sociedade brasileira precisam repensar as suas visões acerca da adoção de políticas públicas direcionadas aos refugiados. Isso não deve ser entendido como gasto, mas sim como investimento, em longo prazo; haja vista que tais direitos (saúde, emprego e educação) oportunizam a autonomia do refugiado face ao ente estatal, e ainda trazem a possibilidade de colaborarem para o desenvolvimento econômico do país pela produção de riquezas.

Além disso, a instituição de políticas públicas para a efetivação de direitos e garantias desses indivíduos deve se embasar, especialmente, na proteção e concretização da dignidade. Acrescida a elas, faz-se também imperioso o exercício da solidariedade social em conjunto com a responsabilidade governamental.

Considerações Finais

O exame da legislação atinente aos estrangeiros, no Brasil, demonstra certo nível de discriminação e complexidade, desmistificando a ideia de que o tratamento a eles conferido no país sempre foi inclusivo e receptivo. A verdade é que, em diversos casos, os nacionais os associavam à ideia de ameaça à segurança brasileira, beneficiando uma política migratória de violação aos direitos humanos.

Diversas pessoas que deveriam ter a sua condição de refugiadas reconhecida e declarada pelo Estado brasileiro ficam à margem da legalidade e vulneráveis ao processo de exploração social e econômica. Conclui-se que a própria demora na concretização desse procedimento pode se configurar como ofensa aos direitos humanos, por acabar inviabilizando o gozo de direitos elementares aos indivíduos que não têm essa condição reconhecida.

Assim, as políticas públicas no Brasil necessitam de reformulação para garantir o combate da exploração econômica dos refugiados no país.

O status de irregularidade do imigrante acaba inserindo os refugiados em situação ainda mais precária, visto que sem documentação adequada en-

frentam os mais variados obstáculos, tais como sociais, econômicos e culturais, além de não conseguirem acessar serviços básicos, sendo passíveis de criminalização e até mesmo penalização, pela condição de irregularidade no país. Portanto, o reconhecimento da condição de refugiado é peremptório para impedir que ocorra mitigação de direitos sociais, civis e políticos.

Referências

ACNUR. **ACNUR explica significado de status de refugiado e migrante**. 06.10.2015. Disponível em: nacoesunidas.org/acnur-explica-significado-de-statusde-refugiado-e-migrante/. Acesso em: 21 mar. 2020.

ACNUR. **Dados sobre refúgio**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio>. Acesso em: 23 mar. 2020.

ACNUR. **Estatísticas, 2017**. Disponível em: www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/. Acesso em: 22 mar. 2020.

ACNUR BRASIL. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados: protegendo refugiados no Brasil e no mundo**. Brasília, DF: ACNUR Brasil, 2014.

BARICHELLO, Stefania Eugenia; DE ARAUJO, Luiz Enani Bonesso. Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. **Universitas: Relações Internacionais**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 63-76, jul./dez. 2014. Disponível em: www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/download/2997/2486. Acesso em: 23 mar. 2020.

BARRETO, L. P. T. F. (org.). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. Brasília, DF: ACNUR: Ministério da Justiça, 2010.

BRASIL. **Estatuto dos refugiados**. 1997a. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997**. 1997b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. **Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967**. 1967. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado12.htm>. Acesso em: 23 mar. 2020.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 23 mar. 2020.

CUNHA, Ana Paula da. “Refugiados ambientais?” *In*: ACNUR. **Caderno de Debates, Refúgio, Migrações e Cidadania**, Brasília, DF, v. 7, n. 7, 2012. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2012.

FISCHEL DE ANDRADE, José Henrique. **A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas: sua gênese no período pós-guerra (1946-1952)**. 2006. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.

G1. Brasil reconhece, de uma vez, 17 mil venezuelanos como refugiados.

Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/31/brasil-reconhecem-bloco-17-mil-venezuelanos-como-refugiados.html>. Acesso em: 23 mar. 2020.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HAYDEN, Bridget. What's in a name? The nature of the individual in refugee studies. **Journal of Refugee Studies**, Oxford, v. 19, n. 4, p. 471-487, 2006. Disponível em: <http://jrs.oxfordjournals.org/content/19/4/471.full>. Acesso em: 22 mar. 2020.

HAYDU, Marcelo. Refugiados angolanos em São Paulo: entre a integração e a segregação. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 5, 2009. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/pontoevirgula>.

HIGASHI, Alexandre; DA SILVA, José Antônio. Políticas públicas: instrumentos de defesa dos imigrantes contra a exploração de trabalho escravo no Brasil. **Revista de Artigos do 1 Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, Marília, v. 1, n.1, 2016.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2011.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci O. S. A população refugiada no Brasil: em busca da proteção integral. **Universitas: Relações Internacionais**, Brasília, DF, v. 6, n. 2, p. 9-38, jul.-dez. 2008.

ONU. **Declaração de Nova York sobre refugiados e migrantes**. 2016. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&Lang=E. Acesso em: 22 mar. 2020.

PEIXER, Janaina. As políticas públicas como forma de concretização dos direitos do homem e o tratamento dispensado aos refugiados no Brasil. **Universitas: Relações Internacionais**, Brasília, DF, v. 10, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/1606>. Acesso em: 23 mar. 2020.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. *In*: RODRIGUES, Viviane Mazine (org). **Direitos humanos e refugiados**. Vila Velha: UVV, 2006.

RESENDE, Julieth Laís do Carmo Matosinhos. **Análise da (in)efetividade das políticas públicas brasileiras à luz da proteção dos direitos humanos dos refugiados**. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, Brasília-DF, 2017. p. 249. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/46i41956/ai2Bncbp9vZMHh49>. Acesso em: 24 mar. 2020.

SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução das políticas públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Carine de Oliveira. **A proteção internacional dos refugiados e o sistema brasileiro de concessão de refúgio**. 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=. Acesso em: 24 mar. 2020.

UNHCR. UNHCR GlobalTrends. **Forced displacement in 2016**. Geneva, 2016. Disponível em: www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-globaltrends2015.html?query=global%20trends. Acesso em: 25 mar. 2020.

COMO UM CHEIRO DE ALECRIM: BREVES NOTAS SOBRE MEMÓRIA E IDENTIDADE DE MULHERES IMIGRANTES PORTUGUESAS NO RIO DE JANEIRO

Maria Manuela Martins Pinto

Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Graduada em Direito pela SESNI-UFF, Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil/RJ, Professora da Pós-Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes/RJ

Resumo:

Este artigo se dá a partir de relatos de vida de mulheres imigrantes portuguesas no Rio de Janeiro-Brasil e é um recorte de pesquisa realizada por mim no mestrado de Ciências Sociais, sobre imigrantes portuguesas que se estabeleceram em cidades do Estado do Rio de Janeiro até os anos 60 do século XX, atualmente na faixa etária entre 75 e 92 anos, em diferentes estágios da vida, origem socioeconômica, estado civil e classe social. O objetivo principal foi investigar, a partir das trajetórias de vida de cada interlocutora, as razões da imigração, a condução da vida no local de partida e no de acolhida (Brasil), relações de trabalho, socialização, pertencimento e o caráter provisório/definitivo da imigração. Por meio da apresentação dos relatos, abordo imigração, gênero e classe como marcadores da diferença, elementos essenciais para a formulação sobre o que significa ser portuguesa vivendo no Brasil.

Palavras-chave: Imigração; Trajetórias; Gênero; Trabalho.

Considerações Iniciais

Aqui lanço meu olhar sobre emigração/imigração, trajetórias, memórias e construções da identidade de mulheres imigrantes portuguesas, numa perspectiva antropológica. Na condição de pesquisadora implicada – pois sou emigrante/imigrante nascida em Portugal e criada no Brasil –, ao desenvolver a pesquisa me defrontei com um conjunto de questões teóricas há muito estudadas numa articulação com o Direito e a História.

Essas imigrantes tinham passado a viver no Brasil construindo suas memórias, em grande medida a partir de intersecção com as lembranças do pas-

sado, de interesses das relações já estabelecidas e projetos para o futuro. Com isso, quero apontar que, em grande medida, as linhas de pesquisa e metodologia foram delineadas no campo. A questão da memória é central na construção deste trabalho.

Considero a memória como um fenômeno social submetido a flutuações e mudanças onde o sujeito constrói um sentido de continuidade e coerência no tempo, possibilitando que ele crie uma representação de si mesmo. As distintas trajetórias, tempos, histórias nos levam a perceber a construção do sentido de pertencimento.

Para Pollak (1992), a memória “deve ser entendida também como um fenômeno coletivo e social, ou seja, como um fenômeno construído coletivamente e submetido a flutuações, transformações, e mudanças constantes” (POLLAK, 1992, p. 201).

Na obra *A Imigração: ou os paradoxos da alteridade*, Sayad (1998) afirma que, ao analisar a questão migratória, devem ser levadas em consideração tanto as razões da emigração como a recepção no país de destino, como imigrantes. Não se dissocia uma coisa da outra. A imigração portuguesa para o Brasil é um fenômeno antigo e há séculos está sujeita a fluxos maiores ou menores. Essa inserção do português no Brasil se dá por força da especificidade histórica que liga esses dois países. Meu objetivo em campo era analisar como essas imigrantes se percebiam e se articulavam.

Retalhos da história

Desde que os portugueses aportaram em terras brasileiras, milhares atravessaram o Atlântico para aqui se instalarem pelas mais diversas razões. A própria condição de Portugal como país colonizador já importa entender a massiva presença de integrantes do povo português nestas terras. Tanto a colonização quanto a emigração, fenômenos carregados de alta densidade histórica (PEREIRA, 2002), mesmo vivenciados em temporalidades distintas, atravessam e marcam de forma indelével esses dois países, separados por profundas águas salgadas.

A maioria era gente muito simples, gente do povo “constituído por indivíduos populares de condição humilde, paupérrimos e incultos – analfabetos na sua maioria”, como assinala Maria Izilda Santos de Matos:

Quanto à política portuguesa de emigração, em seu processo pode ser considerada ambígua: ora repressiva (especificamente em relação aos jovens, mulheres sós e saídas clandestinas), ora permissiva. A emigração sofria a oposição dos grandes proprietários rurais, para os quais significava a evasão de braços. Estes pressionavam o governo para conter as saídas, mas o governo via na emigração uma possibilidade de limitar as tensões no campo, além de sustentar as remessas, que adquiriram importância nas finanças portuguesas, estimulando investimentos e sendo decisivas na balança de pagamentos. (MATOS, 2012, p. 113-136).

As “cartas de chamada”, correspondências em que os imigrantes garantiam auxílio para parentes e amigos se juntarem a eles, eram o mecanismo mais utilizado para que outros emigrassem.

Outras razões que levaram a fluxos emigratórios de portugueses no século XX estavam associadas as Guerras que assolaram o mundo na primeira metade do século XX, as mudanças na política em Portugal e, em especial, o fim da democracia tendo como principal liderança primeiro-ministro António Salazar (1932-1968)¹ já que essa mudança política não significou melhora de vida para a população do campo e as trágica Guerra Colonial ou Guerra de Ultramar como se conhece em Portugal, enfrentamentos armados entre o Exército e distintos movimentos de libertação de suas colônias na África, que duraram de 1961 até 1974, eclodiram em Angola, Moçambique e Guiné Bisau. Os fluxos emigratórios mobilizaram sobretudo homens jovens.

Política imigratória brasileira para os portugueses

No Brasil havia favorecimento para que portugueses imigrassem e foi reforçado pelo Decreto-lei nº 3.175/1941 em vigor até 1945. Esse decreto-lei, mesmo tendo suspenso a concessão de vistos temporários e permanentes para estrangeiros, excluiu das restrições os portugueses. Durante o período de vigência do decreto, o Ministério da Justiça e Negócios Interiores dispôs das exceções na emissão de vistos para ter certa discricionariedade. Essa discricionariedade tinha direção certa: admitir no Brasil somente imigrantes que atendessem ao que era considerado “desejável” (KOIFMAN, 2012).

Para o Ministério da Justiça brasileiro, no contexto da Segunda Guerra Mundial, turista e refugiado não se diferenciavam, eram inadequados ao país e o procedimento era comum: negava-lhes o ingresso, tal como já se verificava ao longo da década de 1930. Muitos daqueles que conseguiam desembarcar na condição de turistas ficavam sob o suspense de terem curta estadia no Brasil. Caso o visto não fosse renovado, poderiam ser expulsos do território nacional, tática supervisionada pela Polícia Política (CARNEIRO 1996, p. 90).

A crise de 1929 e a Segunda Guerra Mundial reduziram a chegada de portugueses em solo brasileiro. No entanto, estes foram favorecidos pela política migratória brasileira, que tinha interesse em reforçar a “afinidade” entre Brasil e Portugal, a etnia luso-brasileira e, com isso, pretendia reduzir a imigração de cidadãos de outros países. Essa política era sustentada com o discurso da “importância do elemento português na formação do povo brasileiro, o sentido luso-brasileiro da formação histórica da nacionalidade, o poder de adaptação do luso, a identificação entre brasileiros e portugueses e a sua contribuição cultural” (LOBO, 2001, p. 178).

E assim os portugueses foram emigrando para o Brasil e adquirindo pri-

1 António Oliveira Salazar foi dirigente máximo de um regime que vigorou em Portugal durante mais de 40 anos. Em 5 de Julho de 1932 assumiu as funções de presidente do Conselho de um governo da ditadura militar, lugar que só abandonará a 25 de setembro de 1968, por motivos de saúde e decisão do presidente da República.

vilégios frente a imigrantes de outras nacionalidades. Esses privilégios vinham efetivados em documentos legais, com força normativa e muitos deles constitucionalizados.

A lei brasileira sobre imigrantes portugueses: Privilégios e restrições

Estrangeiro é, segundo uma das definições, todo aquele que não tem a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra. Essa é a definição legal adotada no Brasil. É estrangeiro quem nasceu fora do território nacional, entendendo território como um conceito também jurídico e não somente geográfico. O tratamento jurídico que é concedido ao estrangeiro pode resultar de diferentes fatores políticos, econômicos e culturais. No entanto, a internacionalização dos Direitos Humanos implanta o chamado universalismo em que os Estados adotam o mesmo texto imposto nos tratados ratificados.

Mesmo com todas as avanços legais, ainda são muitas as restrições aos estrangeiros aparadas na premissa de segurança do Estado. Entretanto, não se pode perder de vista que imigrar é um direito humano.

Se, no decorrer da história, por vezes, são muito restritivas as leis brasileiras para a entrada e permanência de estrangeiros no Brasil, o mesmo não se dá com os nacionais de Portugal. É farta a legislação que, de uma forma ou de outra, criou facilidades para a entrada e permanência do imigrante português no Brasil e sua inserção na sociedade brasileira.

O Brasil é um país, por muitas de suas forças, formado por imigrantes. De forma voluntária ou forçada – como a nódoa sem fim da escravização de seres humanos, arrancados sem dó ou piedade de seu local de nascimento, sem que lhes seja permitido conhecer onde era sua “aldeia”. A população brasileira é formada, em grande escala, por imigrantes ou descendentes destes. Mas nem por isso tão inclusiva como possa parecer.

Para não alongar a descrição legal, parto da Constituição de 1946². Esse texto constitucional, depois de um longo período da ditadura Vargas³, elevou a um novo patamar o *status* privilegiado de portugueses. Esse texto constitucional cria facilidades para a naturalização desse segmento de imigrantes passando a exigir apenas a residência por um ano, idoneidade moral e sanidade física, em contraste com as exigências feitas a imigrantes de outras nacionalidades (para os demais imigrantes se exigiam dez anos de residência). “A centralidade do português na política de estrangeiros, elevada desse modo ao ordenamento constitucional, consolidou o entendimento doutrinário que afirma a condição especial do cidadão de Portugal no Brasil” (MENDES, 2011, p.

2 Foi a primeira constituição brasileira do fim de um período republicano autoritário e refletia o desejo nacional de restabelecer um governo livre e suplantando movimentos de caráter fascista.

3 A Era Vargas foi o período de quinze anos da história brasileira que se estendeu de 1930 a 1945 e que teve Getúlio Vargas como presidente do Brasil. Ao longo desse período, Vargas procurou centralizar o poder.

307). A distinção da naturalização do português foi mantida na Constituição de 1967⁴ e não alterada pela Emenda Constitucional de 1969, a quem muitos tratam como uma nova constituição que veio endurecer mais o regime existente.

O favorecimento ao português quanto à sua naturalização se fez presente na Constituição de 1946 e, conforme mencionado, foi mantido no texto de 1967. Dois anos depois, o governo militar, através de um ato institucional⁵, editou a Emenda nº 1/1969⁶, que introduziu alterações na Constituição, logo conhecida como “Constituição de 1969”. Uma de suas novidades foi o artigo que igualou o tratamento entre portugueses e brasileiros: “Respeitado o disposto no parágrafo único do artigo 145 sobre nacionalidade, as pessoas naturais de nacionalidade portuguesa não sofrerão qualquer restrição em virtude da condição de nascimento, se admitida a reciprocidade em favor de brasileiros” (BRASIL, 1969, art. 199).

O Decreto nº 70.931, de 12 de abril de 1972, vai muito além no que tange aos imigrantes portugueses. Esse decreto promulgou a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 82, de 24 de novembro de 1971. Através desta convenção, os portugueses no Brasil e os brasileiros em Portugal passaram a usufruir de igualdade de direitos e deveres com os respectivos nacionais, sem a perda da nacionalidade.

A sétima Constituição brasileira, que é conhecida como “Constituição Cidadã” e vigora até os dias de hoje, promulgada em 5 de outubro de 1988, traz em seu texto a possibilidade de equiparação jurídico-política dos portugueses aos brasileiros, com os limites que ela mesma impõe. Na esfera do direito internacional, que produz norma interna, o Decreto nº 3.927, de 19 de setembro de 2001, promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000, em comemoração aos 500 anos da presença portuguesa no Brasil. Esse decreto reforça as políticas de inclusão dos portugueses no Brasil e de brasileiros em Portugal e fornece diretrizes claras para sua efetivação. Mesmo com todo conjunto de leis protetivas, a questão na nacionalidade e do pleno exercício da cidadania ainda se embaralha na construção de identidades compartilhadas.

4 Essa constituição foi a sexta constituição do Brasil e a quinta da sua República. Elaborada sob supervisão dos militares no poder, legitimava o regime iniciado com o golpe de 1964.

5 Os atos institucionais foram normas e decretos elaborados no período de 1964 a 1969, durante o regime militar no Brasil.

6 Por ato institucional foi editada essa emenda à Constituição em 17 de outubro de 1969 pela Junta Militar. Essa emenda fez com que texto da Constituição de 1967 fosse praticamente todo alterado. Intensificou a concentração de poder no Executivo, que era dominado pelo Exército, e permitiu a substituição do presidente pela Junta Militar. Extremamente autoritária, a emenda não deixou espaço para direitos e garantias fundamentais. O poder ficava concentrado nas mãos dos militares e quem fosse declarado como inimigo do poder seria punido sem direito a ampla defesa e ao contraditório.

Tornando-se emigrante

Por experiência própria, por tantas trajetórias já conhecidas na minha vida e pela literatura sobre o tema, não posso deixar de pontuar que, ao longo da história, a migração internacional tem sido uma manifestação corajosa da vontade do ser humano, independentemente dos motivos que a determinam. Imigrar para superar as adversidades que rondavam suas vidas no local de partida é, na maioria dos casos, também enfrentar adversidades no lugar de acolhida. Sayad (1992), com rara sensibilidade, acentua que antes de ser imigrante se é emigrante. Essas mulheres e homens se construíram emigrantes pelas condições de vida que tinham no local de partida.

No meu campo, as cinco mulheres entrevistadas tiveram a emigração intermediada por um homem. Três vieram solteiras, duas mandadas virem ao Brasil por tios e uma por determinação do pai. Esses parentes já eram imigrantes e viviam no Brasil havia alguns anos. As outras vieram com os maridos sem, no entanto, eu conseguir identificar se houve uma negociação prévia entre o casal na decisão de emigrar. O que pude observar nas falas dessas entrevistadas é que o desejo da emigração partiu dos maridos e que sempre a rede de apoio aqui no Brasil era de familiares deles.

Minha pesquisa apontou diferenças entre as mulheres que imigraram solteiras e as que vieram casadas quanto às relações estabelecidas com a sociedade de acolhida. As mulheres que vieram solteiras experimentaram muito mais dos valores da sociedade brasileira, estabelecendo laços familiares e de amizade com brasileiros, enquanto as que vieram casadas, restringiram seu espaço de convívio social no Brasil, em grande parte, a portugueses com ligações familiares ou não, mantendo uma postura ainda muito vinculada aos valores do lugar de partida.

Ao apontar essas diferenças nas razões da vinda e como se inseriram na sociedade brasileira, não quero afirmar que essas mulheres se movem com princípios e valores díspares. Ao contrário, essas mulheres na vida privada e nas interações no Brasil se identificam como portuguesas. Isso significa dizer que se trata da identificação de uma pessoa com um grupo étnico e cultural definido, acessando instrumentos de avaliação e respostas desse grupo. É um “nós” diante do “outro”.

Partindo das entrevistas com as mulheres observo quatro grupos de memórias acionadas por elas que constroem suas identidades: memória da vida vivida na infância e da adolescência em Portugal; memória da viagem e da rede de apoio; e uma memória detalhada de como foi a vida no Brasil (trabalho, casamento, filhos).

Todas as entrevistadas relatam uma vida em Portugal marcada pelo trabalho árduo desde a tenra idade, carência e escolaridade precária. É um padrão que se repete atrelado às condições de vida das famílias e às suas necessidades de subsistência e determinante influência da Igreja Católica na sua socialização.

O trabalho e seu valor, e valor não só no sentido da criação de recursos para manutenção própria e da família, mas como símbolo da honra, fica evidente no relato de todas.

Breves reflexões sobre algumas narrativas das mulheres do meu campo

Inseridos no pensamento político, historicamente variáveis e de fronteiras imprecisas, “os contornos do privado e do público variaram de acordo com a época, mas ainda assim podem-se verificar algumas constantes: o governo é sempre da competência do público, enquanto o doméstico faz inevitavelmente parte do privado.” (LAMOUREUX, Diane, 2013, p. 208)

Isso nos remete à divisão sexual do trabalho, uma divisão que separa o trabalho produtivo e o trabalho reprodutivo, e que se apresenta naturalizada nas falas das entrevistadas. Sobre a divisão sexual do trabalho, Kergoat (2009) afirma:

A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; essa forma é historicamente adaptada a cada sociedade. Tem por características a destinação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a ocupação pelos homens das funções de forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares etc.)” (KERGOAT. 2009, p. 567-75)

Minhas interlocutoras contam que, quando viviam em Portugal, ocupavam postos de trabalho no manejo das terras e dos animais ou em trabalhos domésticos. No Brasil, o trabalho também ocupa grande parte da narrativa dessas mulheres, no entanto, o trabalho delas, quando no espaço público, era entendido como “ajuda” ao marido, ou aos pais, ou aos tios.

Sobre minhas entrevistadas nomearem como “ajuda” o trabalho por elas exercido no espaço público (comércio da família) no Brasil, observo ter mais uma conotação de naturalização dessa fala do que propriamente uma construção real de espaços discriminatórios ou de poder. Minha percepção me leva a considerar, dentro do meu campo, o trabalho-ajuda como apenas discursivo.

A mesma percepção não se dá quando analiso essa “ajuda” nas atividades laborais em Portugal. Nesse contexto, o meu campo vai ao encontro do observado por Beatriz Maria Alásia de Heredia (2013), na obra “A Morada da Vida” onde os espaços de atuação do homem, da mulher e dos filhos é claramente delimitado e o poder do “pai de família” é reafirmado nas práticas cotidianas onde a divisão sexual do trabalho fica evidente. Em sua obra, descobrimos que a “ajuda” é uma categoria evocada em certas circunstâncias para se falar do trabalho, especialmente o feminino.

Outro marcador da diferença presente em meu campo é o de classe so-

cial. O modo como uma classe se apropria da força de trabalho de outra atravessa a narrativa de uma das minhas entrevistadas, Áida.

Como meu pai trabalhava nas Salsichas Reunidas, os patrões deles, que também eram portugueses, disseram a ele que queriam que uma das filhas fosse para a casa deles. Pronto, fui eu e a outra minha irmã foi para outra casa dos donos do Sabão Português. Aí a gente ficou trabalhando. Eu pegava meu dinheiro e dava todo para o meu pai. (...) (*E a sua vida como correu?*) Eu conheci o pai dos meus filhos e vim morar em Seropédica (*Mas assim? Só isso? pergunto. Ela ri*). Eu saí da família portuguesa que não me pagou nada, era gente muito ruim. Antigamente a empregada doméstica não tinham dinheiro nenhum. Os portugueses de dinheiro (*faz um gesto com os dedos*) traziam os portugueses pobres para trabalhar para eles explorando a gente. Só meu pai trabalhando e a gente trabalhando na casa de famílias. (...) Aí meu pai ficou doente. Ficou tuberculoso. Ficou internado lá em Jacarepaguá num sanatório que tinha lá e a minha mãe para cuidar deles fazia uma vendinha na frente da casa. A casa era num quintal grande e ficava nos fundos. Aí minha mãe plantava tudo, batata, couve, alface e vendia e ali ela comprava o pão. Ela fazia picolé para vender. Ela se virava. A gente estava trabalhando e não podia vir em casa sempre, só de quinze em quinze dias e olhe lá. E ajudava. Tudo que ganhava eu dava para eles. (*Áida*)

A literatura sobre a imigração portuguesa no Brasil assinala que uma das razões para a emigração é o excedente da força de trabalho (PASCQUES, 1991; SCOTT, 2002) e muito desse excedente desembarcou no Brasil. Nesse aspecto, a narrativa de Áida sugere a exploração do trabalho dos portugueses pobres pelos portugueses ricos que vivem no Brasil. Ou seja, não são todos imigrantes portugueses que se identificam entre si, com uma relação harmoniosa: os conflitos sociais estão presentes nessas novas relações constituídas aqui.

Duas das minhas entrevistadas vieram para o Brasil já casadas. Foram duas entrevistas que me conduziram a lugares diferentes diante de suas narrativas sobre a experiência do casamento pela disparidade existente em suas vivências.

Conceição relata que a vinda para o Brasil foi uma decisão do marido que sempre manifestou a intensão de emigrar. Vieram para o Brasil pouco tempo depois de se casarem e fixaram residência em São Paulo. Tiveram dois filhos. A entrevistada relata que tinham muitos desentendimentos em virtude da vida desregrada do marido e do seu hábito do consumo exagerado de bebida alcoólica.

Quando minha filha tinha três anos, meu marido comprou um pequeno comércio perto do porto de Santos e a vida foi melhorando apesar de ter muitas desavenças. (*Por que das desavenças?*) Meu marido vivia na borda com os amigos e bebia. Quando bebia nós brigávamos muito. Eu me descontrolava. Fomos indo assim na vida porque eu tinha meus filhos e achava que tinha de suportar tudo. Fiquei uma mulher

sofrida. Meu marido me traiu e eu não soube perdoar e acabou meu casamento. (*A senhora se separou do seu marido?*) Não foi logo. Vivia com ele por viver por causa dos filhos. Isso durou alguns anos. (*Conceição*)

Com o passar do tempo e a recorrência do comportamento do marido ela diz ter se tornado “uma mulher sofrida”. Não me cabe aqui dizer sobre os acontecimentos que ensejaram essa constatação, mas, ao analisar toda a entrevista dela, percebo as especificidades que constituíram as possibilidades psicológicas de ruptura do casamento atreladas à sua história familiar em Portugal (órfã de mãe, madrasta que a maltratava, pai ausente e abusivo).

No outro extremo, Maria Cláudia relata um casamento tranquilo, com um homem bom, tendo construído uma vida confortável e sólida. Lamenta profundamente a morte do marido e conta que até hoje sente sua falta:

Meu marido sempre foi um bom homem. Me tratava bem e aos filhos também. Nossa vida era estar lá a cuidar da padaria que ficou maior. Construímos uma boa casa e compramos um terreno em frente onde tinha duas casas que era mais uma renda. Íamos à missa todos os domingos e a jantar fora quando já sobrava um dinheirinho (...) (*Como seu marido morreu?*) Foi em 2001. Ele teve um enfarte fulminante. Caiu no chão da padaria. Foi muito triste. Estávamos com tudo pronto para ir ver os que ficaram em Portugal. Voltar à nossa terra. Nunca tínhamos lá voltado. Meus pais morreram e os dele também. Ele não tinha vontade de ir lá. Dizia: “o que vamos lá fazer?” Mas àquela altura já queria ir. Estávamos com tudo pronto para passar um mês lá e ele morreu. Foi terrível. Senti muito e ainda sinto. Meus filhos também sofreram. Eles adoravam o pai. (Maria Cláudia)

Essas diferenças de perspectivas dos relatos dessas mulheres acerca da experiência de casamento revelam que a ideia do homem português inculto, grosseiro e agressivo como típico imigrante daquela época é uma construção atrelada a estereótipos construídos no imaginário popular. Não era uma regra.

Outras três entrevistadas vieram solteiras e se casaram no Brasil. O que observo em comum entre as três é o fato de o casamento com brasileiros ter expandido sua socialização no Brasil e os espaços de trânsito dentro de grupos distintos, possibilitando outras vivências e a construção de um “outro” mais próximo.

Essa circulação mais abrangente, não fechada em grupos de outros imigrantes portugueses, construiu nessas mulheres uma identidade que posso dizer mais maleável nos costumes, na aparência. Diversificada também nos assuntos e interesses.

Quanto ao retorno a Portugal, somente uma das minhas entrevistadas nunca retornou. As que retornaram narram seus retornos como um reencontro com pessoas e lugares do seu passado e um encontro com um país que não haviam conhecido antes.

Pelos depoimentos pude perceber que nenhuma apresenta arrependi-

mento por ter imigrado e, apesar da saudade de algumas coisas, não esboçam desejo de voltar a viver em Portugal.

No conjunto de mulheres que pesquisei a domesticidade e a maternidade surgem como elementos estruturantes da subjetividade, no entanto, também é possível se observar um agenciamento importante na condução de suas próprias vidas.

Considerações Finais

Nos estudos sobre migrações prevalece a visão de que tal fenômeno estaria relacionado principalmente ao universo masculino. Ainda que se tenha produzido alguns avanços nas últimas décadas, os esforços para estudar a imigração numa perspectiva de gênero ainda são escassos. As mulheres imigrantes apresentadas neste artigo vieram para o Brasil e aqui passaram a maior parte das suas vidas. Suas histórias, se semelhantes na partida, no caminho se mostram repletas de nuances, nem sempre sutis. Esses detalhes nos mostram a importância do estudo das narrativas, considerando os entrecruzamentos entre gênero e migração.

Em diversos estudos nos deparamos, no discurso dominante, com a valorização das migrações em termos da sua contribuição demográfica, sendo comuns as alusões a mulheres imigrantes que “seguem o seu marido”, estando grávidas, dando de mamar ou rodeadas de crianças. Dentro desse recorte também cabem as mulheres do meu estudo, mas sabemos que elas não se limitam a esse papel.

No conjunto de mulheres que pesquisei a domesticidade e a maternidade surgem como elementos estruturantes da subjetividade, no entanto, também é possível se observar um agenciamento importante na condução de suas próprias vidas. Isso fica evidente, principalmente, nas entrevistas de Áida e de Conceição. Essas duas mulheres romperam seus casamentos, se recusando a permanecer em relações abusivas. Estamos falando de mulheres portuguesas criadas num ambiente que privilegiava o cerceamento das suas vontades à autoridade masculina e que hoje contam com mais de 75 anos de idade. Isso sugere uma mudança significativa, principalmente, quanto à orientação sociofamiliar de seus descendentes.

Em linhas gerais o desempenho laboral dessas mulheres, quando no espaço público, se ateu a tarefas muito próximas das desempenhadas no espaço privado, com escassas possibilidades de mobilidade social. O matrimônio foi um caminho trilhado por todas, mas a análise dessas narrativas aponta para a agência das mulheres na condução de suas relações conjugais e familiares e, diferentemente do que se podia supor no imaginário sobre mulheres submissas e direcionadas por determinismos familiares e sociais, encontramos rupturas significativas.

A imigração feminina, no meu campo, não aparece como uma escolha individual, mas, em regra, por situações que envolvem seu entorno familiar.

No entanto, quando lançamos nosso olhar para casos específicos, é muito interessante observar que, apesar da imigração ter se dado como uma espécie de estratégia familiar, essas mulheres por mim entrevistadas desenvolveram muitas vezes suas próprias opções, a partir do seu horizonte de possibilidades.

Referências

ARRIFES, Marco Fortunato. *A Primeira Guerra na África, Angola e Moçambique (1914-1918)*. Lisboa: Edições Cosmos, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. **Brasil: um refúgio nos trópicos**. A trajetória dos refugiados do nazifascismo. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

CIOCCARI, Marta. Reflexões de uma antropóloga “andarina” sobre a etnografia numa comunidade de mineiros de carvão. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 15, n. 32, p. 217-246, jul./dez. 2009.

DA MATTA, Roberto. O ofício do Etnólogo, ou como ter “Anthropological Blues” in NUNES, Edison de O (org.). **A aventura sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. Pp. 23-35.

DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, H. et al (org.). **Dicionário Crítico do Feminismo**. Editora UNESP: São Paulo, 2009, p. 173–178.

FERRARIA, Maria José. **Nas duas margens: os portugueses no Brasil**. Porto: Edições Afrontamento, 2009.

GUEDES, Moema de Castro; ARAÚJO, Clara. Desigualdades de gênero, família e trabalho: mudanças e permanências no cenário brasileiro. **Gênero**. v. 12, n.1, p. 61-79, 2, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**. Ed. Loyola: São Paulo, 2002.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, v. 37, n. 132, p. 595-609, set/dez. 2007.

KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: HIRATA, H. et al (org.). **Dicionário Crítico do Feminismo**. Editora UNESP: São Paulo, 2009, pp. 67–75.

KOIFMAN, Fábio. **Imigrante ideal: o Ministério da Justiça e a entrada de estrangeiros no Brasil (1941-1945)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

LAMOUREUX, Diane. Público/privado. In: HIRATA, H. et al (org.). **Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009, pp. 208–2013.

LOBO, Eulália Maria Lahmeyer. **Migração Portuguesa no Brasil**. São Paulo: Editora Hucitec, 2001.

MATOS, Maria Izilda Santos de. Mobilidades e escritos: mensagens trocadas São Paulo – Portugal 1890-1950. **História: Questões & Debates**, Curitiba, Editora UFPR, n. 56, jan./jun. 2012.

- PEREIRA, Miriam Halpern. **A política portuguesa de emigração (1850-1930)**. Bauru: EDUSC, 2002.
- POLLAK, Michael. Memória e identidade social. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, pp. 200-212.
- POLLAK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, vol. 2. n. 3, 1989, pp. 3-15.
- SAYAD, Abdelmalek. **A imigração: ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Edusp. 1998.
- SANTOS de Oliveira, Miriam. A noção de identidade e seu uso nos estudos migratórios. **REMHU - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, vol. 18, n. 34, enero-junio, 2010, pp. 27-43.
- SCOTT, Ana Silvia Volpi. O avesso e o direito: concubinato e casamento numa comunidade do noroeste português. *Paidéia*, 2002,12 (22), pp. 39-56. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v12n22/05.pdf> Acesso: 18/09/2019.
- SCOTT, Joan. **Gênero: Uma Categoria Útil Para Análise Histórica**. Traduzido por Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Nova Iorque: Columbia University Press. 1989.
- SILVA, Brasilina Pereira da. Cartas de Chamada. A dimensão familiar da emigração. **CEPESE – Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade**. Porto, 2014.
- SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. In SILVA, Tomaz Tadeu (Org.) **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- STRENGER Irineu. **Direito internacional privado**. São Paulo: LTr Editora, 2003.
- THOMPSON, Edward Palmer. **A Formação da Classe operária inglesa**. São Paulo: Paz e Terra, 1987, v I e v. II.
- WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. Em SILVA, Tomas Tadeu (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000, pp. 7-72.

MIGRAÇÕES, TOLERÂNCIA E DIREITOS HUMANOS

Caio Felipe Martins Gonçalves

Mentorado da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro

Resumo:

O trabalho busca demonstrar algumas políticas públicas de alguns países para com os refugiados e migrantes, cito como exemplo países com objeto nestas políticas o Brasil, Portugal e Rússia, que estão implementando importantes atitudes para o auxílio de pessoas em extrema vulnerabilidade, consagrando direitos basilares para a dignidade humana indiscriminadamente.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Refugiados; Pandemia

Hoje, envoltos em um estado de pandemia que assola o mundo, temos um sensível tópico, muito comum e vivenciado por diversos países que denota de uma importância global, os direitos humanos e as pessoas que migram de um espaço para outro espaço.

Muitas dessas migrações não são realizadas de maneira regular, são os denominados refugiados, e tiveram uma importante consolidação e reconhecimento com a criação do escritório da ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados)¹, criado após a Segunda Guerra Mundial, em 1950, para ajudar milhares de europeus que fugiram ou perderam suas casas.

Não é complicado concluir que os direitos desses seres humanos que se inserem como refugiados, são flagrantemente violados e sensíveis em diversos aspectos, e na presente realidade de pandemia que vivemos, países tem adotado atos políticos de suma importância em prol destes.

A priori podemos traçar algumas considerações a respeito da condição de vida dos refugiados com a existência do vírus COVID-19, que nos assola em escala global e traz perdas sem precedentes, inclusive para populações que não tem em sua disposição recursos para que possam se prevenir e se proteger desse vírus mortal, nestes citamos os já mencionados refugiados.

Essas pessoas que estão em fuga de perseguições, guerras, e conflitos em geral, já se inserem em uma condição de vulnerabilidade, e esse cenário pandêmico agrava muito seus efeitos, “hoje, estão em campos de refugiados, em abrigos ou dispersos no território dos países onde são estrangeiros com

pouco ou nenhum acesso às redes de assistência social.”²

Os campos de refugiados, concentram uma quantidade significativa de refugiados em um terreno demarcado, o que se consecutivamente acarreta uma aglomeração de refugiados, agravado pela infraestrutura e precariedade local destes campos em vários locais, alguns campos de refugiados em características iguais ficaram fechados por 2 (duas) semanas, não há água corrente para todos de maneira bem distribuída, e também não há sabonete à disposição destes, as condições de moradias também são precárias, o fechamento de comércios, e outros vetores contribuem para que os refugiados, enfrentem mais problemas em suas condições, na atual pandemia do vírus COVID-19 (Corona Virus Disease).

Para além das condições de alguns refugiados, temos também o fator psicológico que os assolam: o medo gerado pelas constantes incertezas, as barreiras linguísticas, culturais, preconceitos, xenofobia, isso agrava mais a condição fragilizada dos refugiados, sendo vítimas de pessoas com atitudes transgressoras que incitam a falta de tolerância.

A xenofobia, citado exemplo de preconceito e fortemente sentido pelos refugiados, não tem sido um tema abortado durante a crise que vivenciamos devido ao COVID-19. Em diversos locais pessoais tem sofrendo com exclusões, perseguições por conta da sua origem, da sua etnia, raça, ou religião.

“Chineses e japoneses, especialmente, estão sujeitos a ataques no país, principalmente nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro, onde vivem um grande número de orientais e descendentes de asiáticos.”³

Os casos de discriminação como o exposto acima, vão além da fronteira do real, eles chegam ao ambiente de largo alcance, o ambiente virtual, se fazendo sentir pelos imigrantes e refugiados, disseminando palavras e discursos de ódios e comentários racistas acerca desses indivíduos.

Essa forma de prenoção é algo que deve ser confrontado de maneira direta e incisiva, a tolerância a todos é fundamental para uma relação pacífica e ideal, respeitando a história de cada ser individualmente, e não o definindo com uma pessoa com direitos menores que outros, criando castas na sociedade e nas relações que estabelecemos, o que se insurge diretamente em uma discrepância que não deve ser perpetuada, a diferenciação de direitos humanos básicos de todos os seres humanos.

A tolerância não é algo a se pedir por obrigação ou favor para determinado grupo, reconhecer e realizar um tratamento igualitário entre todos os indivíduos é um pilar que não deve ser retirado da sociedade, e por isso deve ser refutado tudo o que vai avesso à esse pensamento, fazendo repercutir o ódio, a exclusão, a segregação deste grupos.

Estas atitudes preconceituosas são tão drásticas que vedam o acesso a saúde por parte da população migratória (imigrantes e refugiados), os deixando ainda mais suscetíveis a contrair o vírus, e até mesmo agravar o caso clínico de saúde de quem possa ter contraído. São variadas as premissas preconceituosas que fundamentam essa atitude xenófoba, inclusive o discurso pre-

conceituoso de que o vírus se espalha por através dos refugiados, sendo vistos como a razão da difusão da pandemia.

Antônio Guterres, o secretário-geral das Nações Unidas considera que “O COVID-19 não questiona quem somos, onde moramos ou em que acreditamos. Mas continua a se espalhar como um tsunami disfarçado de expressões de ódio, xenofobia, acusação de bode expiatório e medo de se espalhar.”

4

Por exemplo, para além de moradia, cabe também explicitar uma discriminação sofrida pelo grupo acima que está atrelada a possibilidade de alugar um local para sua moradia e proteção. Na procura de um imóvel em uma imobiliária para que seja estabelecido um contrato de aluguel, se deflagra uma depreciação na relação entre os locadores e a população locatária vulnerável, isso interligado à uma discriminação pessoal e a origem desta, demonstrando além de uma preocupação pelo locador em ter seu contrato adimplido, mas a insegurança em si denota uma discriminação para com a outra parte contratual.

“Alguns imigrantes relatam a acusação que recebem de suspeitos de tráfico, razão para negativa da locação do imóvel. Há, também, discriminação em relação aos hábitos alimentares e até a composição familiar, alguns proprietários recusam locar casas para pessoas que possuem filhos. De toda forma, as periferias da cidade vão recebendo-os, pois em muitos casos a negociação é diretamente com o proprietário.”⁵

O supramencionado secretário-geral também afirma que os refugiados passam não só por uma crise no presente momento, mas por 3 (três) crises ao mesmo tempo:

“Primeiro, uma crise de saúde – à medida que são expostos ao vírus, geralmente em contextos de grandes aglomerações onde o distanciamento social é um luxo impossível – e onde coisas básicas como cuidados de saúde, água, saneamento e nutrição são muitas vezes difíceis de encontrar.

Segundo, as pessoas em movimento enfrentam uma crise socioeconômica – especialmente aquelas que trabalham na economia informal, sem acesso à proteção social, sem possuir forma de acesso à moradia, renda, à exposição à contaminação pelo coronavírus e o cárcere se apresentam como vulnerabilidade aos migrantes e refugiados.

Terceiro, as pessoas em movimento enfrentam uma crise de proteção. Segundo a ONU, mais de 150 países impuseram restrições nas fronteiras para conter a propagação do vírus. Pelo menos 99 estados não abrem exceção para pessoas que buscam asilo por perseguição.”⁶

Ao enfatizar um discurso de intolerância estamos dividindo um mundo com pessoas de importâncias distintas, classificando indivíduos de maneira prejudicial, não fazendo reconhecer direitos humanos básicos desse grupo que necessita ser visto e respeitado pela história que traçam para conseguir uma qualidade justa de vida, e se lançam ao incerto por conta de adversidades que não foram originadas por estes.

A crise pandêmica prejudicou diretamente os refugiados uma vez que eles não possuem recursos para praticar o isolamento necessário, e isso foi um agravante prejudicial para que sofram discriminações e xenofobia, a ausência de um abrigo para reclusão e para que seja realizado todo o isolamento necessário para impedir o contágio, intensificou toda a vulnerabilidade que já é demandada do contexto migratório/refúgio.

A política de tolerância e inclusão dos refugiados deve ser apregoada, lançando luz à condição que estes se encontram, esclarecendo os direitos humanos de toda pessoa, e respeitando o indivíduo em toda e qualquer condição em que se insira, almejando a construção e o respeito de todos os indivíduos, de seus direitos igualitários e humanos.

Diversos países se destacaram em políticas públicas durante esse período tortuoso de pandemia que estamos vivendo, como exemplos dessas políticas, cito o Brasil que garante que direitos e saúdes de imigrantes devem ser protegidos durante esse período pandêmico, conforme se posicionou os órgãos de proteção aos imigrantes que se manifestou nesse sentido expondo que: “é vital que todos, incluindo todos os refugiados e migrantes, tenham acesso igual aos serviços de saúde e sejam efetivamente incluídos nas respostas nacionais à COVID-19, incluindo prevenção, testes e tratamento.”⁷⁷

Nesse caminho outras saídas que auxiliam no combate à situação de vulnerabilidade dos refugiados tem sido implementadas à favor desses, como a construção de um hospital de campanha para COVID-19 que os atende, assim como atende a comunidade local em Boa Vista – Roraima, local com grande número de refugiados por estar localizado próximo a fronteira com a Venezuela, outra implementação criada foi a doação de 250 (duzentos e cinquenta) unidades residenciais utilizadas como abrigo em caso de suspeitos e confirmados de contágio foi distribuído pela ACNUR desde o início da emergência mais de 9.300 itens essenciais entre kits de limpeza, kits de higiene pessoal e higiene das mãos, colchões, redes, fraldas e roupas o que beneficiou cerca de 15.000 pessoas.

O governo federal brasileiro também concedeu acesso a auxílios emergenciais para a subsistência de pessoas que não provem de renda durante o período pandêmico, e o ACNUR tem atuado na distribuição de informações seguras sobre a prevenção ao vírus por meio de panfletos, vídeos, transmissões em rádios comunitárias, e tem auxiliado o governo na divulgação das informações aos refugiados e migrantes para que possam ter acesso a tais auxílios emergenciais.

O órgão supra tem se empenhado em reforçar o apoio financeiro aos refugiados com situações mais vulneráveis, “garantindo seus gastos emergenciais durante a pandemia da COVID-19. O ACNUR apoiou 1.636 pessoas refugiadas em maior situação de vulnerabilidade com R\$612.522. No entanto, a operação possui apenas 24% do orçamento necessário para atividade de assistência em dinheiro enquanto as necessidades aumentam exponencialmente no contexto da COVID-19.”⁷⁸

O ACNUR também investiu em um exitoso acordo firmado com o crédito solidário BPCS, onde se promoveu acesso a microcrédito para refugiados empreendedores da cidade de São Paulo possibilitando ampliar os negócios destes, permitindo assim o investimento destes empreendedores na economia local e na subsistência destes, o que acaba por resultar na ampliação do mercado local e na receita gerada. Tal atitude serviu de apoio aos refugiados e solicitantes da condição de refugiados, pois estes não conseguem ter acesso a empréstimos bancários, e em outros casos, até mesmo acesso a contas bancárias nas instituições.

“O microcrédito é a concessão de empréstimos de pequeno valor a microempreendedores formais e informais, normalmente sem acesso ao sistema financeiro tradicional. Como forma de impulsionar os negócios de empreendedores refugiados, a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) e o Crédito Solidário firmaram um acordo que visa esforços conjuntos de acesso a microcrédito para pessoas solicitantes da condição de refugiado, refugiados reconhecidos e migrantes no Brasil.”⁹

Para a melhoria do acesso junto ao BPCS foi desenvolvido um canal específico para atendimento de pessoas de outras nacionalidades. Esta nova carteira de clientes do Crédito Solidário tem um perfil estudado, e muito se assemelha ao perfil dos brasileiros, tanto na demanda, quanto nas projeções negociais.

Outro auxílio deste órgão é a tentativa de fortalecer o isolamento e proteger refugiados, transferindo famílias para locais com mais segurança com intuito de salvaguardar a saúde de muitos refugiados nesse período.

O governo do Estado do Paraná através da Secretaria de Justiça, Família e Trabalho também realizou a doação de cestas básicas para famílias de migrantes e refugiados em vulnerabilidade social, os subsídios foram enviados pela Defesa Civil.

“Uma parte dos produtos foi entregue a instituições que fazem parte da rede de apoio aos imigrantes e que solicitaram auxílio. Outras cestas foram entregues diretamente no Centro de Informação para Migrantes, Refugiados e Apátridas do Paraná (Ceim), em Curitiba, para famílias atendidas no local e previamente cadastradas.”¹⁰

A sociedade civil brasileira também tem se organizado no país para buscar alternativas em conjunto ao poder público, há campanhas de arrecadação de alimentos, de atendimentos psicológicos e médicos por meio de plataformas virtuais buscando acudir a população vulnerável, como a campanha “RegularizaçãoJá” que foi desenvolvida por organizações de imigrantes, buscando urgência na “regularização imediata, incondicional e permanente de todos os migrantes e refugiados em face da emergência sanitária da COVID-19, com vistas a garantir o acesso à saúde desta população, uma vez que a situação de irregularidade faz com que as pessoas em mobilidade apresentem receios na hora de procurar cuidados em saúde.”¹¹

Em Portugal, várias políticas públicas foram também implementadas vi-

sando proteger e tutelar os direitos e saúde dos refugiados, servindo de exemplo para demais países do continente europeu e do mundo.

“O governo português, por sua vez, foi pioneiro ao priorizar medidas de proteção aos refugiados ao conceder direito de residência temporária, acesso a benefícios sociais e de saúde a todos que solicitaram refúgio até o dia 18/03/2020. Tal remoção de barreiras visa a defender os direitos humanos dos mais vulneráveis e criar uma resposta mais eficaz e equitativa ao COVID-19.”¹²

Atualmente a regularização de imigrantes que tinha uma previsão estipulada para tais imigrantes até a data de 30/10/2020, deve se estender até 2021. Tal benefício atingiu cerca de 130 mil migrantes, para que nesse momento de crise sanitária e econômica, todos tenham as mesmas condições de acesso, sem discriminação. Com este ato, Portugal concedeu direito a saúde, tutelas de proteção sociais e acesso a empregos para os refugiados, em proporção equiparada aos demais residentes do país.

Outra forma de elucidar acerca da disseminação do vírus no país foram desenvolvidas e disseminado em várias línguas informações preponderantes sobre o vírus da COVID-19, os serviços que podem ser estendidos à população em condições de fragilidade durante a pandemia. Em medida recente o governo português aprovou em 05/11/2020 a criação de um sistema único de acolhimento e integração de pessoas requerentes de asilo e pessoas beneficiárias de proteção internacional, buscando um sistema que irá permitir “responder de forma ágil e articulada aos desafios que se colocam em matéria de acolhimento e integração das pessoas refugiadas, incluindo as crianças não acompanhadas, reinstalados, recolocados ou pedidos espontâneos.”¹³

Outras atitudes solidárias estabelecidas por Portugal em meio a atual crise pandemia foi o acordo Bilateral entre Portugal e Grécia, esta última sofreu recentemente com o danoso evento que colocou em risco os refugiados abrigados na Ilha de Lesbos, no Centro de Acolhimento de Moria.

“Trata-se do Acordo Bilateral entre os dois países para recolocação de pessoas refugiadas e requerentes de asilo e da manifestação portuguesa de disponibilidade para acolher um total de 500 menores não acompanhados.”¹⁴

Os perfis traçados para o acolhimento dessas pessoas foram designados pelas autoridades gregas que priorizaram os menores, pessoas em maiores vulnerabilidades, que se encontram refugiados naquele sítio da Ilha de Moria.

Insta pontuar que a visão do governo português é observar as migrações e recepcioná-las como um “contributo para o desenvolvimento econômico e para o equilíbrio demográfico” do país, razão pela qual o executivo “tem intensificado as políticas de integração”.¹⁵

Para tanto, foi anunciado pela Ministra de Estado e da Presidência que já se dispõe previsto no Orçamento de 2021 a Bolsa Nacional de Alojamento Urgente que incluirá “respostas para refugiados, imigrantes, pessoas de comunidades nômadas e vítimas de tráfico de seres humanos.”¹⁶

Portugal tem se mostrado um exemplo a seguir em políticas públicas

não só no continente europeu. Essas políticas solidárias adotadas pelo país, face todo o seu risco e implementação durante esse sensível período mundial, exemplifica a empatia e indistinção entre os seres, consagrado-se como referencial nesse momento tão recluso.

Dentro das políticas públicas do continente europeu, cito aqui também as políticas adotadas pela Rússia em combate ao COVID-19, em setembro foi estabelecido que “os estrangeiros possuirão um lastro de tempo para regularizar a sua situação no país, prazo concedido até o fim do ano, onde dentro deste tempo não poderão ser deportados, ou que seja proferida alguma decisão que não permita a sua estadia na Federação Russa, tal decisão foi estipulada na reunião de trabalho de defensores dos direitos humanos, com representantes presentes da Direção Principal de Migração do Ministério do Interior da Federação Russa. Após a data de 15 de setembro de 2020, data já configurada pelo presidente por meio de decreto como lapso que se iniciou em 15 de março de 2020, foi vedada a expulsão de estrangeiros e apátridas, agora tais estrangeiros sem documentos válidos terão um prazo a maior de 185 dias para que sejam enquadrados em suas devidas documentação migratória, com o fito de legalizar todos os que estão no país sem a devida documentação legal válida.”¹⁷

“Em Moscou, tem sido aceito documentos que são formalizados e emitidos após, autorização de trabalho para cidadãos estrangeiros legalmente localizados na Federação Russa.”¹⁸

Essas políticas públicas adotadas por esses governos acima buscam resguardar direitos humanos essenciais de todos, sem a discriminação da classe ou status em que a pessoa se insira, não tratando de forma preconceituosa e excludente, buscando minimizar e resguardar ao menos o mínimo de dignidade na existência de todas as pessoas indiscriminadamente, a base dessa política não se fundamenta em apartar os indivíduos, segregar pessoas e delimitar direitos básicos inerentes à todos os seres humanos.

Atitudes como essas tentam consagrar direitos de todos, inserido na observação do mínimo existencial de cada ser, podemos concluir algumas reflexões que nos levam a alumiar atitudes que devem ser acatadas para minimizar todo o contexto prejudicial migratório dos refugiados, desde a origem do motivo que os levou à saída de sua pátria, até a busca por uma vida digna fora dela, respeitando a história que motivou o efeito migratório, compreendendo todo o desamparo e trauma que foram submetidos desde o início da trajetória de migração, notando as adversidades suportadas por esses, e que no atual período pandêmico, expõe uma dificuldade homérica.

Dentro das reflexões a seguir, temos quatro passos básicos que nos remetem a garantia que os refugiados e migrantes necessitam de proteção, essas áreas necessitam ser implementadas durante a atual pandemia, e após este estado pandêmico, visando implementar melhorias nas condições dos migrantes e refugiados.

A primeira reflexão que podemos adotar é que o vírus não discrimina

nacionalidade ou o status de migração, e toda discriminação que surge desta não deve ter causa de existir, pois excluir pessoas em movimento migratório só enfatiza a mesma razão de que eles estão dentre os seres humanos mais vulneráveis nessa pandemia. Apenas uma resposta de saúde pública inclusiva, irá nos direcionar ao combate do vírus, garantindo esforços e acesso a vacina do COVID-19 para todos, inclusive para estes, uma vez que esta vacina se encontra disponível.

Um programa de recuperação sócio econômico que incluirá trabalhadores migrantes, refugiados, irá ajudar a economia dos países a ressurgir e atingir as metas de desenvolvimento traçada.

A segunda reflexão paira no caminho de que a proteção dos direitos humanos das pessoas em movimento migratório e a pandemia não é algo exclusivo, e não devemos endereçar a pandemia como algo que veio a se disseminar por razão dessas pessoas em migração, devemos proteger estas de todo preconceito. O controle das fronteiras de muitos países, com a intenção de controle da pandemia, pode também ser delineado com uma inclusão e aplicação ao respeito dos direitos humanos internacionais, assim como as leis internacionais que versam sobre os refugiados, respaldando atitudes humanitárias.

Uma terceira análise surge com o pensamento de que ninguém está resguardado até que todos estejam resguardados, pois a pandemia atinge de maneira voraz as pessoas em migração/refugiados, que já estavam em situação de vulnerabilidade antes mesmo da atual pandemia, e eram expostas à circunstâncias precárias, assim como as pessoas localizadas em zonas belicosas, principalmente mulheres, crianças e idosos.

Auxílios devem ser implementados e continuar a ajudar essas pessoas durante o confinamento mundial vivenciado. O Combate a violência baseada no sexo, o abuso infantil ou exploração infantil não deve ser interrompido. Todas as crianças em migrações devem ter acesso ao aprendizado por via digital, enquanto as escolas continuam fechadas. Todos devem também ter acesso à saúde e precaução, vacinas, sem discriminação lastreada no status pessoal.

Outra importante e última reflexão é entender que as pessoas em migração são importantes como todos os outros, muitos estão na linha de frente na produção de alimentos e armazenamento, nos serviços de saúde, e necessitam ter a sua notoriedade revelada no atual contexto mundial. Deve ser analisado caminhos para a regularização de migrantes em situação irregular.

Ante toda a construção percorrida na leitura, temos que uma política baseada no reconhecimento igualitário dos seres humanos, respaldadas em direitos humanos, incluindo todos sem diferença e preconceito é o passo que devemos seguir em políticas públicas, de modo que o controle da pandemia está na inclusão e solidariedade, e não na exclusão, bloqueio e segregação de grupos vulneráveis.

Referências

- ¹ Acedido em 14 de Agosto de 2020, no *Web Site* da: **ACNUR.ORG** em: <https://www.acnur.org/portugues/historico/#:~:text=O%20escrit%C3%B3rio%20do%20Alto%20Comissariado,fugiram%20ou%20perderam%20suas%20casas.&text=Em%202003%2C%20foi%20abolida%20a,ACNUR%20a%20cada%20tr%C3%AAs%20anos>.
- ² Cruz, I. **Como refugiados ficam vulneráveis na pandemia do coronavírus.** Acedido a 14 de Agosto de 2020, em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/04/07/Como-refugiados-ficam-vulner%C3%A1veis-na-pandemia-do-coronav%C3%ADrus>.
- ³ Lusa. **Covid-19: Xenofobia contra orientais cresce no Brasil.** Acedido a 15 de Agosto de 2020, em: <https://www.noticiasao minuto.com/mundo/1425848/covid-19-xenofobia-contra-orientais-cresce-no-brasil>.
- ⁴ TRT. **Outro perigo causado pelo coronavírus no mundo: xenofobia.** Acedido em 15 de Agosto de 2020, em: <https://www.trt.net.tr/portuguese/vida-e-saude/2020/05/09/outro-perigo-causado-pelo-coronavirus-no-mundo-xenofobia-1413753>.
- ⁵ Acedido em 28 de Novembro de 2020, no Web Site do Diplomatique Brasil em: <https://diplomatique.org.br/vulnerabilidade-e-violencia-imigrantes-e-refugiados-na-pandemia-brasileira/>
- ⁶ Acedido em 15 de Agosto de 2020, no *Web Site* da Nações Unidas em: <https://nacoesunidas.org/refugiados-e-migrantes-enfrentam-tres-crisis-de-uma-so-vez-alerta-secretario-geral-da-onu/>.
- ⁷ Acedido em 11 de Novembro de 2020, no *Web Site* da OIM Brasil em: <https://brazil.iom.int/news/direitos-e-sa%C3%BAde-de-refugiados-e-migrantes-devem-ser-protegidos-em-meio-%C3%A0-pandemia>.
- ⁸ Acedido em 16 de Novembro de 2020, no *Web Site* da: **ACNUR.ORG** em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/06/19/5-aco-es-do-acnur-brasil-para-protoger-refugiados-da-covid-19/>.
- ⁹ Acedido em 29 de Novembro de 2020, no *Web Site* da: **ACNUR.ORG** em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/10/07/microcredito-possibilita-ampliacao-dos-negocios-de-refugiados-durante-a-pandemia-da-covid-19/>
- ¹⁰ Agência Estadual de Notícias **No Paraná, migrantes e refugiados afetados pela pandemia recebem cesta de alimentos.** Acedido a 29 de Novembro de 2020, em: <https://www.bemparana.com.br/noticia/no-parana-migrantes-e-refugiados-afetados-pela-pandemia-recebem-cesta-de-alimentos#.X8RLYs1KjIV>.
- ¹¹ Bustamante, L. H. U. **Mobilidade Humana e Coronavírus: A saúde mental dos imigrantes em meio à pandemia da COVID-19.** Acedido a 28 de Novembro de 2020, em: <http://museudaimigracao.org.br/blog/migracoes-em-debate/mobilidade-humana-e-coronavirus-a-saude-mental-dos-imigrantes-em-meio-a-pandemia-da-covid-19>.
- ¹² Rhoden, C. R. **Tratamento Concedido Aos Refugiados Pelo Sistema Público de Saúde E Pelo Estado Brasileiro Em Meio À Pandemia do Covid-19.** Acedido a 17 de Novembro de 2020, em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/>

direito-internacional/tratamento-concedido-aos-refugiados-pelo-sistema-publico-de-saude-e-pelo-estado-brasileiro-em-meio-a-pandemia-do-covid-19/

¹³ Lusa, T.P. **Governo cria sistema único para acolher e integrar refugiados.** Acedido a 17 de Novembro de 2020, em: <https://rr.sapo.pt/2020/11/05/pais/governo-cria-sistema-unico-para-acolher-e-integrar-refugiados/noticia/213747/>.

¹⁴ Lusa. **Portugal disponível para acolher refugiados menores de Moria.** Acedido a 17 de Novembro de 2020, em: <https://observador.pt/2020/09/11/portugal-disponivel-para-acolher-refugiados-menores-de-moria/>.

¹⁵ Lusa, T. P. **Bolsa de Alojamento Urgente terá resposta habitacional para migrantes e refugiados.** Acedido a 17 de Novembro de 2020, em: <https://www.publico.pt/2020/11/06/sociedade/noticia/bolsa-alojamento-urgente-tera-resposta-habitacional-migrantes-refugiados-1938179>.

¹⁶ Lusa, T. P. **Bolsa de Alojamento Urgente terá resposta habitacional para migrantes e refugiados.** Acedido a 17 de Novembro de 2020, em: <https://www.publico.pt/2020/11/06/sociedade/noticia/bolsa-alojamento-urgente-tera-resposta-habitacional-migrantes-refugiados-1938179>.

¹⁷ Acedido a 19 de Novembro de 2020, em: https://ng-ru.turbopages.org/s/ng.ru/politics/2020-08-09/1_7932_migrants1.html.

¹⁸ Acedido a 19 de Novembro de 2020, em: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/Text/0001202009230036>.

A PROTEÇÃO DOS MIGRANTES PELO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A RESSIGNIFICAÇÃO DA CIDADANIA SOB A PERSPECTIVA COSMOPOLITA

Leonardo Bortolozzo Rossi

Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP/FCHS); Pós-graduando (*lato sensu*) em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP)

Resumo:

O surgimento do estado-nação moderno gerou um paradoxo até o momento insolúvel: o comprometimento a direitos humanos básicos e o exercício da soberania estatal em relação ao controle da admissão ou não dos (i)migrantes. Com a globalização, as fronteiras tornaram-se mais porosas, com o fluxo transnacional de capitais e investimentos, mas não de seres humanos. Neste cenário, entrou em vigor a nova lei de migração brasileira, com a finalidade de alterar o antigo paradigma do Estatuto do Estrangeiro. O presente artigo analisará o nível de proteção do (i)migrante no atual contexto, tendo como base uma abordagem cosmopolita como dever ético para a transformação do exercício da cidadania e a salvaguardar os direitos dessa população vulnerável, com a proposição da alteração do critério tradicional da nacionalidade para o de residência. A metodologia empregada é dedutiva, a partir da revisão bibliográfica do tema

Palavras-chave: Migrações transnacionais; Cidadania; Cosmopolitismo.

Introdução

Na segunda década do século XXI, o Brasil teve um aumento do fluxo migratório internacional, principalmente da Venezuela, Haiti e Síria, por diversas razões, como crises socioeconômicas, desastres ambientais e guerras civis¹.

Recentemente, aprovou-se a nova lei de migração brasileira², considera-

1 UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. International Migrations to Brazil in the 21st Century: Profile, Outlook and Trends. *Population Review*, Fernley, v. 56, n. 1, p.68-101, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1353/prv.2017.0003>. Acesso em: 13 out. 2020

2 A partir daqui, para fins didáticos, a nova lei de migração brasileira será mencionada

da paradigmática em relação à proteção do exercício da cidadania dessa população vulnerável, com a previsão de um extenso rol de direitos, princípios norteadores das políticas públicas e da atuação dos atores estatais, como a não criminalização do migrante, a inclusão social, o acesso a bens públicos, fomento do diálogo social e a possibilidade de reunião familiar³.

A cidadania plena dos migrantes contém obstáculos práticos, pois nota-se o crescimento da ingerência isolada do Poder Executivo na criação das políticas migratórias nacionais, pela edição de portarias, decretos e regulamentos pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg)⁴, órgão que faz parte dos quadros do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portanto, há um déficit democrático na elaboração das normas vinculantes aos migrantes, já que não participam diretamente. Também a participação legislativa e a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário⁵ como instrumentos de inclusão democrática são colocados em segundo plano.

Por outro lado, percebe-se a dificuldade da alteração estrutural da antiga legislação, datada de 1980 e que vigorou por quase quatro décadas, editada em um período autoritário da história brasileira, com claro viés discriminatório e racista em relação ao migrante. Continha a possibilidade de sua criminalização, além das sistemáticas violações aos seus direitos trabalhistas e previdenciários em decorrência da segurança nacional e proteção ao “trabalhador nacional”⁶.

Exemplos da prevalência da ideologia da segurança nacional constam logo nos primeiros artigos do Estatuto, respectivamente: art. 1º “em tempos de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeita as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardando os interesses nacionais”. Já o art. 2º dispunha: “na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos (sic) e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador

pela sigla NLM

- 3 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Presidência da República, Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 15 out. 2020.
- 4 O órgão também foi criado pelo Estatuto do Estrangeiro, portanto, possui uma estrutura antidemocrática. Durante a vigência da antiga legislação, a política nacional migratória foi emitida por regulamentos desse, o que gerou fragmentação e insegurança jurídica.
- 5 Conforme demonstram Magalhães e Corrêa, a questão da judicialização, principalmente dos direitos dos refugiados, encontra obstáculos práticos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) opta pela deferência judicial às decisões do Poder Executivo, portanto, analisam apenas aspectos formais, fato que gera incoerência interpretativa. In: MAGALHÃES, BRENO BAIA; CORREA, G. T. S. A judicialização do refúgio no STJ: deferência ao Executivo e incoerência interpretativa. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 64, p. 137-164, 2019.
- 6 BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de agosto de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

nacional⁷”.

O presente artigo tem como objetivo analisar a transição do Estatuto do Estrangeiro para a NLM e do Decreto 9.199⁸, também de 2017, que regulamentou o conteúdo daquela, apontando quais os avanços e retrocessos da nova normativa no sistema internacional de direitos humanos. Após, pretende descrever os pilares do cosmopolitismo, a partir dos ensinamentos éticos de Immanuel Kant, em relação a todos os seres humanos, para que os migrantes tenham a efetivação de seus direitos assegurados através da atribuição da cidadania para além dos seus critérios tradicionais. Para tanto utilizará do método dedutivo, com o foco na pesquisa bibliográfica, documental, jurisprudencial e legislativa acerca da temática.

A Transição do Estatuto do Estrangeiro para a Nova Lei de Migrações Brasileira

O Estatuto do Estrangeiro é de época paralela à instituição da Lei da Segurança Nacional⁹, ambas decorrentes do regime militar em voga no Brasil. No mesmo ano da instituição da segunda, a estrutura da Polícia Federal começou a atuar no país, sendo esse o principal órgão de fiscalização das fronteiras brasileiras. Nesse período era feita, sobretudo, para apreensão de drogas e proibir a admissão de ideologias contrárias à predominante, como anarquismo e comunismo, devido ao momento histórico da Guerra Fria¹⁰.

O tratamento do imigrante como indesejável, com a edição de normas discriminatórias e racistas, com a atribuição da cidadania de segunda-classe possui raízes históricas do período ditatorial do Estado Novo, na primeira metade do século XX¹¹. Dessa forma, a exclusão do exercício da cidadania não é algo exclusivo do período militar ditatorial (1964-1985).

Portanto, a estrutura organizacional administrativa do controle, admissão e retirada dos imigrantes do território nacional permanece praticamente intacta desde o último período ditatorial, não sofrendo efetivas reformas na redemocratização. Mesmo com a promulgação da Constituição democrática

7 Ibid.

8 BRASIL. Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

9 BRASIL, Câmara dos Deputados. Decreto-Lei n° 374, de 13 de março de 1967. Discorre sobre a Lei de Segurança Nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2020.

10 ROCHA, Bruno Lima; JUNG, João Henrique Salles. O papel da polícia federal na lei de segurança nacional e no controle de fronteiras na era militar (1964-1985). Século XXI – Revista de Ciência Sociais. Porto Alegre, v. 5, n° 2, jul.-dez 2014. Disponível em: [seculoxxi.espm.br/index.php/xxi/article/view/76/78](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html). Acesso em: 20 out. 2020.

11 KOIFMAN, Fábio. O Estado Novo e as restrições a entrada de refugiados: história e construção de memória. ACERVO: REVISTA DO ARQUIVO NACIONAL, v. 30, p. 71-88, 2017.

de 1988¹², a Polícia Federal foi estabelecida como responsável para o exercício das: “funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras”.

A Justiça de Transição foi feita pelo próprio comando militar, assim, perdeu-se a oportunidade de uma verdadeira democratização do aparato burocrático estatal, fato que reverbera e cria obstáculos mesmo diante da promulgação de exemplar legislação protetiva dos direitos humanos dos migrantes¹³.

Demais disso, a ideologia da segurança nacional continua a permear as relações sociais entre os imigrantes e o Estado, especialmente, no aparato policesco. Exemplos dessa predominância abundam desde a redemocratização. Recentemente, no ápice dos protestos que levaram à remoção de Dilma Rousseff da Presidência da República, a Federação Nacional dos Policiais Federais¹⁴ emitiu nota que os “estrangeiros” forem encontrados participando das mobilizações seriam presos e deportados, em claro abuso de autoridade antidemocrática.

Em concordância com Brasil¹⁵ e Pinhon, a antiga legislação não estava de acordo com os preceitos da Constituição de 1988, e causa estranheza que tenha vigorado por quase quarenta anos após a redemocratização. A legislação atual insculpiu entre seus princípios e objetivos a primazia dos direitos humanos, entendido no caso migratório, como a aplicação da legislação mais benéfica ao imigrante, na situação de conflito entre normativa estatal e internacional (em decorrência do princípio *pro homine*); a construção de uma sociedade baseada na fraternidade, igualdade e solidariedade, com a erradicação da discriminação de qualquer natureza.

Nesse sentido, Clève e Lorenzetto¹⁶ afirmam que a tolerância, mesmo

12 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 out 2020

13 Exemplo da opressão do Estado Militar em relação aos imigrantes é narrado por Carlos Eduardo de Abreu Boucault ao contar a história de vida da cidadã brasileira Nasaindy Barrett de Araújo, filha de pai brasileiro e mãe paraguaia. A partir de seu nascimento em Cuba, possuía duas certidões de nascimento, além de uma terceira referente à adoção civil, que impossibilitou a sua integração na sociedade brasileira por meio da naturalização até 1994. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de A. A construção de uma identidade jurídica: a ausência de um Estado presente. *Duc in Altum Cadernos de Direito*, v. 5, p. 95, 2013.

14 FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS. Nota à imprensa: estrangeiros que participarem de atos políticos podem ser detidos e expulsos do país. 16 de abril de 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/nota-a-imprensa-estrangeiros-que-participarem-de-atos-politicos-podem-ser-detidos-e-expulsos-do-pais/>. Acesso em 21 out. 2020

15 PINHON, L. M.; BRASIL, D. R. Lei de Migração: um compromisso com a prevalência dos direitos humanos? *DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS*, v. 20, p. 71-96, 2020.

16 CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Notas sobre a tolerância: fundamentos, distinções e limites. In: COSTA, D. C. G. da; FONSECA, R. S. da; BANHOS, S. S.; CARVALHO NETO, T. V. de. (Org.). *Democracia, Justiça e Cidadania: desafios e perspectivas – Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, v. 2, p. 115-131

que não expressamente positivada na Carta Cidadã, está prevista como cláusula superconstitucional nos objetivos da República brasileira. Sobre o tema, Ira Katznelson¹⁷ alerta para o perigo de confundir a tolerância com a simples abstenção de determinado ato. É uma decisão deliberada da vontade dos que detêm o poder de permitir que grupos não desejados, práticas e crenças persistam na comunidade política. A sua função seria reduzir o medo e a insegurança.

Segundo Katznelson¹⁸, a tolerância abarca uma relação tripartite entre as autoridades públicas que gerenciam as relações sociais ao mesmo tempo que moldam as instituições e resolvem conflitos entre a maioria e a suposta minoria não desejada. É possível a escolha em cinco áreas: a) a questão da presença física; b) questão do policiamento e da segurança física; c) a possibilidade de oportunidades econômicas; d) expressão cultural autônoma; e) características e nível da associação cívica.

Embora o caput do art. 5º da CF/88 disponha que os direitos dos habitantes natos cabem apenas para os imigrantes residentes, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu a ponto de estender a interpretação para a inclusão de outros grupos¹⁹, como turistas e visitantes.

No processo legislativo iniciado no começo da década acerca da formulação da nova agenda migratória brasileira conteve a participação de múltiplos atores da sociedade civil, dentre eles, acadêmicos, especialistas, e os próprios imigrantes. O apogeu da mobilização civil deu-se na 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio²⁰, em 2014, a qual sugeriu diversas mudanças legislativas e a completa revogação do Estatuto do Estrangeiro. Entretanto, mas as propostas formuladas tiveram baixa influência na legislação final.

Dentre as propostas, sem prejuízo de outras semelhantes em trâmite legislativo, uma das mais importantes não foi incluída na proposta final: a substituição do controle das fronteiras e da regularização migratória exercidas pela Polícia Federal por uma agência civil especial e organizada, com capacitação dos profissionais para o exercício da sua atividade de forma humanitária²¹.

17 KATZNELSON, Ira. A form of liberty and indulgence. In: STEPAN, Alfred; TAYLOR, Charles. *Boundaries of Toleration*. New York: Columbia University Press, p. 38-60

18 *Ibid*, p. 52-53

19 No entanto, no processo legislativo, em um veto do então Presidente Michel Temer a respeito do migrante fronteiriço, optou-se pela interpretação literal e restritiva de direitos, pois: “o dispositivo estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória, a igualdade com os nacionais, violando a Constituição em seu artigo 5º, que estabelece que aquela igualdade é limitada e tem como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional”. In: BRASIL. Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

20 SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA – SNJ. Caderno de Propostas. 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio. Brasília: SNJ, maio 2014.

21 BAGGIO, Roberta Camineiro; Sartoretto, L. M. O processo de construção do

No tocante aos princípios que devem nortear as políticas públicas em relação aos imigrantes, destacam-se, entre outras, a sua não criminalização por motivo estritamente migratório. A importância desse princípio está no momento geopolítico atual, em especial, após os ataques às Torres Gêmeas, em 2001, a partir de qual há a construção dessa população como “ameaça” ao trabalhador nacional e conectá-los aos atos de terrorismo, como os ocorridos na França nos últimos anos, o que leva à crescente criminalização do próprio fluxo migratório²².

Contudo, o decreto emitido pelo Presidente da República, Michel Temer, em novembro de 2017, contraria alguns dispositivos da própria NLM, com um viés mais restrito aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. E trata-se do caso em relação à não criminalização, que, na verdade, desnuda-se como possibilidade de criminalização do migrante por estar em situação de irregularidade administrativa²³.

O dispositivo deverá passar pelo crivo da análise judicial de controle de constitucionalidade pelo STF, pois é claramente adverso às disposições constitucionais e tratados internacionais os quais o Brasil é signatário. Enquanto isso não ocorre, o dispositivo continua em vigor, o que gera maior vulnerabilidade e precariedade dos migrantes que no país estão, o que leva-os a uma situação de indocumentação.

Portanto, o sistema brasileiro de proteção aos migrantes sofreu benéfica evolução em muitos de seus pontos, embora tardia. Entretanto, questões deverão ser sanadas no futuro sobre a sua regulamentação e as aparentes incompatibilidades entre o decreto regulamentador e a legislação federal. Nesse momento, é cabível prever que o STF terá atuação importante. Há a indesejada possibilidade, também, da (in)aplicação prática da letra da lei mostrar-se contrária a essa, o que culminará na violação dos direitos humanos dessa população. O Brasil, para a completa efetivação dos direitos dos migrantes, deverá fazer um ajuste de contas com o passado autoritário, com o redesenho

novo marco legal migratório no Brasil: entre a ideologia da segurança nacional e o direito humano a migrar. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 24, p. 27-59, 2019.

22 TIRMAN, John. Immigration and insecurity: post-9/11 fear in the United States. Massachusetts - USA: MIT Center for International Studies Audit of the Conventional Wisdom. p. 6-9, jun., 2006. Disponível em: <http://web.mit.edu/cis/pdf/Audit_Tirman_Immigration_6.06.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020

23 Art. 211. O delegado da Polícia Federal poderá representar perante o juízo federal pela prisão ou por outra medida cautelar, observado o disposto no Título IX do Decreto -Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1º A medida cautelar aplicada vinculada à mobilidade do imigrante ou do visitante deverá ser comunicada ao juízo federal e à repartição consular do país de nacionalidade do preso e registrada em sistema próprio da Polícia Federal.

§ 2º Na hipótese de o imigrante sobre quem recai a medida estar preso por outro motivo, o fato deverá ser comunicado ao juízo de execuções penais competente, para determinar a apresentação do deportando ou do expulsando à Polícia Federal.

§ 3º O deportando ou o expulsando preso será informado de seus direitos, observado o disposto no inciso LXIII do caput do art. 5º da Constituição e, caso ele não informe o nome de seu defensor, a Defensoria Pública da União será notificada.

da Administração Pública. Além disso, os efeitos da globalização e a erosão da soberania estatal levam a crer na possibilidade do cosmopolitismo, tanto na sua versão ética como jurídica, como sistema eficaz de salvaguarda de direitos e integração na sociedade global dessa população excluída. As bases de tal pensamento serão exploradas a seguir.

Breve História do Cosmopolitismo

A filosofia cosmopolita tem origens na Grécia, tendo suas primeiras formulações por Diógenes, quem se autodenominava “cidadão do mundo”. Diógenes desenvolve seu argumento acerca do cosmopolitismo de uma forma bastante restrita. Para o grego, sua afiliação não era em relação à Grécia ou a Europa, mas sim à racionalidade humana. Dessa forma, questões de gênero, raça, classe social são irrelevantes de um ponto de vista moral²⁴.

A visão de Diógenes, o Cínico, foi melhor desenvolvida posteriormente pelos estoicos romanos, principalmente por Cícero²⁵, que escreveu sua obra enquanto era perseguido pelas forças do imperador romano Marco Antônio, fato acabou ocasionando sua morte. É pujante as forças de suas páginas escritas enquanto batalha pela vida no exílio. Outros filósofos estoicos, como Marco Aurélio e Sêneca também fizeram contribuições ao pensamento cosmopolita.

No decorrer dos séculos seguintes, o cosmopolitismo foi pouco desenvolvido, sendo praticamente esquecido durante a filosofia da Idade Média. Foi com o movimento Iluminista que a corrente foi renovada, com a publicação da obra de Immanuel Kant²⁶, que influencia os pensadores do tema até os dias atuais.

O contexto histórico no qual o ensaio foi escrito data do começo da expansão europeia colonizadora. Kant, embora haja interpretações contrárias, opõe-se ao uso da força e o direito da conquista, portanto, contrário a tais projetos expansionistas. Nesse ensaio, dividido em artigos preliminares e definitivos para a promoção da paz perpetua mundial, o autor sugere a criação de um Estado federado mundial. Com isso, não propõe a abertura das fronteiras, e sim, a pavimentação do caminho para atuação da soberania estatal. Contudo, para Kant, é inegável que os Estados possuem obrigações para com o estrangeiro. Há o reconhecimento de uma emergente relação interdependente interestatal. É rejeitada a possibilidade de construção de um estado global. Na construção kantiana adota-se uma posição claramente republicana, uma vez que as constituições civis de cada Estado deverão assim ser, baseadas na liberdade de todos os membros e a dependência destes com uma legislação comum. O direito cosmopolita deverá ser fundado em um estado federado livre.

24 NUSSBAUM, M. C. Kant and stoic cosmopolitanism. *Journal of Political Philosophy*, v. 5, n. 1, p. 1–25, 1997.

25 CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Tradução de Angélica Chiappetta. Martins Fontes: São Paulo, 1999

26 KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989.

Na construção do modelo kantiano, ao invés da tradicional dicotomia entre direito estatal e internacional, a subdivisão é tripartite: estatal, interestatal e cosmopolita. É possível visualizar, conforme Archibugi²⁷, a aplicação de sua filosofia crítica, especialmente do imperativo categórico.

Kant projeta a admissão de estrangeiros em uma dada comunidade política em duas fases (direito de hospitalidade): a) 1ª admissão: de cunho temporário que deve ser garantida a todos os estrangeiros que adentrarem no território de outra comunidade política desde que de forma pacífica, b) 2ª admissão: direito de permanecer no território com status de membro. Importante tal fase ocorreria apenas com o consentimento da comunidade política vinculada, em uma espécie de contrato entre a comunidade e o estrangeiro. O terceiro artigo definitivo proclama o direito cosmopolita deve ser limitado às condições da hospitalidade universal. O filósofo faz, assim, uma leitura mínima do direito de hospitalidade: um estrangeiro não pode ser tratado com hostilidade pelo mero fato de entrar no território de outrem, desde que haja um respeito mútuo. Seria equivalente a um direito a não sofrer dano ou mal em razão de estar em outro território, inclusive estar sujeito à deportação danosa.

Com a convalidação da globalização moderna, a partir dos anos 80 do século XX, e a transformação das estruturas sociojurídicas em razão dos desastres humanitários das Grandes Guerras, crescem as alternativas para repensar a atribuição e exercício da cidadania. Com isso, o atual sistema do estado-nação, embora prevalecente, não mostra-se suficientemente como única fonte normativa para a defesa dos direitos humanos. Linklater²⁸ afirma a confluência de três fatores que colaboram para tal cenário: a) as complexas interdependências da vida pós-moderna, na qual não há garantia de que os cidadãos possam exercer o pleno controle sobre suas decisões coletivas e individuais com base apenas nos arranjos institucionais nacionais; b) o déficit democrático das organizações internacionais, que alijam da participação efetiva dos cidadãos; c) surgimento do dano transnacional, o que gera maior interdependência entre os Estados, como o aquecimento global e a corrupção.

Na contemporaneidade, nota-se a presença de três correntes sobre a cidadania: a) os estatistas: a concepção da cidadania está baseada no compartilhamento da nacionalidade e território. Defendem que a cidadania global não passa de uma utopia. Os deveres e direitos que são imperfeitos em um estado natural torna-se perfeito dentro da comunidade política, em relação aos vizinhos próximos²⁹; b) aqueles que baseiam-se na tradição kantiana para concluir que os cidadãos não devem compaixão apenas com seus vizinhos, mas com toda a humanidade, em uma visão essencialmente ética; c) concepção dialógica da cidadania global, a partir dos escritos de Habermas, Benhabib, dentre

27 ARCHIBUGI, D. Immanuel Kant, Cosmopolitan Law and Peace. *European Journal of International Relations*, p. 429-456, 1995.

28 LINKLATER, A. Cosmopolitan citizenship. *Citizenship Studies*, v. 2, n. 1, p. 23-41, fev. 1998.

29 MILLER, D. Immigrants, Nations, and Citizenship. *Journal of Political Philosophy*, v. 16, n. 4, p. 371-390, dez. 2008.

outros, que propõe a junção das esferas política, jurídica e ética.

A terceira corrente é a que mais nos interessa para os propósitos desse artigo, já que argumenta em favor do desacoplamento da cidadania do Estado, rompendo com o tradicional tripé entre Estado/Povo/Território. A partir de tal linha, pretende-se a construção de novos locais de produção normativa, como os movimentos sociais.

O cosmopolitismo possui diversas vertentes: há quem defenda a construção de um estado global centralizado (*strong cosmopolitanism*), um Estado de entes federados em escala global, com a transposição dos modelos estadunidense e sueco federativo. Quanto à primeira, para nós, não mostra-se como a mais adequada, conforme ensinamento desde Kant da possibilidade de transformação em uma tirania global.

O Exercício da Cidadania para além da Nacionalidade

Conforme Habermas³⁰, a proposta de uma cidadania cosmopolita que não leve em consideração a incidência da soberania estatal é não realística. Para o autor, o direito cosmopolita deverá vincular sua normatividade em relação a cada Estado, com a possibilidade de aplicação do aparato sancionador. A maior importância seria a possibilidade de atribuição de associação de forma não mediada pelos estados-nações, pela qual os indivíduos estariam garantidos direitos a partir de normas universais. O cosmopolitismo seria apenas a consequência lógica da ideia de império da lei constitucional.

É por essa razão que Appiah³¹ propõe um cosmopolitismo que leve em consideração às características locais de cada comunidade política, pois, as identidades possuem importância às pessoas. De acordo com o autor³², as fronteiras estatais são fictícias, não são reais, o que permite a sua flexibilidade. Em adição, os contemporâneos estados-nações não são monoculturais, monorreligiosos ou monolíngüísticos.

Portanto, o que propõe-se não é a relegação total da identidade do cidadão com sua nacionalidade, mas da possibilidade da elaboração de outros critérios para a atribuição da cidadania, dentre eles, àqueles que levam em consideração os nexos entre os laços sociais e familiares do imigrante. Para mais, não há a propositura de fronteiras abertas, mesmo que eticamente mostre-se plausível, o reino da política não permitiria tal organização fronteiriça.

Nussbaum³³, mesmo assumindo posição crítica, descreve alguns princípios norteadores das políticas migratórias, com conexão à tradição cosmopo-

30 HABERMAS, J. *The inclusion of the other: studies in political theory*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1998, p. 171

31 APPIAH, K. A. *Cosmopolitanism: Ethics in a World of Strangers*. 1a. ed. Nova York: W.W. Norton, 2006.196p

32 APPIAH, K. A. *The Lies That Bind: Rethinking Identity*. 1a. ed. New York: Liverlight Publishing, 2018, p.66-96

33 NUSSBAUM, M. C. *The cosmopolitan tradition: a noble but flawed ideal*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 206-235

lita, principalmente a partir dos ensinamentos de Hugo Grócio. Entretanto, a autora admite que nossas capacidades no mundo globalizado nos tornam membros de uma comunidade global moral e da contínua derrocada da soberania estatal pelo crescente poder das corporações multinacionais. Dentre esses, cita-se: a) a impossibilidade de deportação por razão étnica e religiosa, de extrema importância em relação ao Islamismo; b) a deportação de migrantes com permissão de residência deve ser rara; c) a não deportação em massa.

Ao analisar as emoções por trás das políticas de exclusão, a filósofa reconhece a incidência do medo, do nojo em direção ao desconhecido, a inveja e a raiva³⁴. Para que torne possível o alcance da justiça global, é necessário que reconheçamos e entendamos as fragilidades humanas e seus limites.

Nesse sentido, a razão de tal viabilidade tem raízes filosóficas. A atribuição da nacionalidade constitui um mero acidente³⁵, ou, segundo Hannah Arendt³⁶, uma contingência de acidente. O vínculo por nacionalidade não trata-se de uma verdadeira escolha por parte do cidadão, e uma característica que não possui controle.

Shachar³⁷ demonstra que o exercício da cidadania predicada na nacionalidade gera problemas graves de inclusão. A autora cita os exemplos dos pais cujo país de origem adota o jus sanguinis e decidem migrar para outro território. A criança concebida neste outro país terá a cidadania dos pais, contudo sem ter qualquer vínculo com o país natal dos pais, provavelmente por toda a sua vida. Por outro lado, há o caso do imigrante que adentra em território de outro país, dentro da lei, e cria laços sociais, trabalho, família, contudo dificilmente conseguirá o título de cidadão, em razão do árduo processo de nacionalização, ficando sempre sujeito à deportação e o não aproveitamento de forma completa dos direitos disponíveis.

Mesmo que a nacionalidade continue sendo fonte de identidade aos cidadãos de cada Estado-nação, é possível articular outros critérios para o exercício da cidadania completa por parte dos migrantes, como o critério da residência, ou dos laços sociais enraizados na sociedade anfitriã. A quantidade de tempo para o estabelecimento do critério será sempre arbitrária, contudo, mostra-se como alternativa viável para a efetivação dos direitos humanos dessa população vulnerável e a sua inserção na sociedade global.

Conclusão

Nesse artigo, pretendeu-se demonstrar a transição da antiga legislação

34 NUSSBAUM, M. C. *The monarchy of fear: a philosopher looks at our political crisis*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 97-134

35 CARENS, Joseph. *The ethics of immigration*. 1a ed. Oxford. Oxford University Press, 2013 p. 62-88.

36 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo, Companhia das Letras, 2013, p.300-339.

37 SHACHAR, Ayelet. *The birthright lottery*. Harvard University Press. Londres, p. 134-163

específica dos migrantes, editada em período violento e ditatorial da história nacional por outra com característica humanitária e coerente com o sistema internacional de direitos humanos. Apesar disso, o arcabouço administrativo estabelecido há mais de quatro décadas continua em voga no país, em decorrência da chance perdida da realização de uma verdadeira Justiça de Transição, o que nos permite afirmar que o direito administrativo tem tendências autoritárias.

A nova lei de migração, promulgada no primeiro semestre de 2017, trouxe importantes avanços na proteção dos direitos dos migrantes, como, os trabalhistas e previdenciários. No entanto, o decreto legislativo regulamentador editado no mesmo ano demonstra algumas restrições à própria legislação ordinária, dentre elas, a possibilidade de criminalização do próprio fluxo migratório, em consonância com a moderna teoria da Crimigração.

Com a finalidade de propor um novo critério para o exercício da cidadania além da tradicional nacionalidade, analisou-se, brevemente, a tradição cosmopolita, principalmente a partir das lições de Immanuel Kant. É importante fazer a ressalva que não trata-se de uma alternativa para a construção de um estado global, mas sim, da efetivação dos direitos humanos de uma população historicamente relegada à cidadania de segunda classe.

Por fim, foi feita a análise do déficit democrático da participação dos migrantes na elaboração das legislações que sejam de seus interesses. Argumentou-se em favor do uso do discurso e ações para ressignificar a cidadania e fronteiras, tornando-as mais fluidas e negociáveis.

Referências

APPIAH, K. A. **Cosmopolitanism: ethics in a world of strangers**. 1a. ed. Nova York: W.W. Norton, 2006.196p

_____. **The lies that bind: rethinking identity**. 1a. ed. New York: Liverlight Publishing, 2018, p.66-96

ARCHIBUGI, D. **Immanuel Kant, cosmopolitan law and peace**. European Journal of International Relations, p. 429-456, 1995

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo, Companhia das Letras, 2013, p.300-339.

BAGGIO, Roberta Camineiro; Sartoretto, L. M. O processo de construção do novo marco legal migratório no brasil: entre a ideologia da segurança nacional e o direito humano a migrar. **Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)**, v. 24, p. 27-59, 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Presidência da República, Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. **Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017.** Regulamenta a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Decreto-Lei nº 374, de 13 de março de 1967.** Discorre sobre a Lei de Segurança Nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 out 2020

BOUCAULT, Carlos Eduardo de A. **A construção de uma identidade jurídica:** a ausência de um Estado presente. Duc in Altum Cadernos de Direito, v. 5, p. 95, 2013.

CARENS, Joseph. **The ethics of immigration.** 1a ed. Oxford. Oxford University Press, 2013 p. 62-88.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Notas sobre a tolerância: fundamentos, distinções e limites. In: COSTA, D. C. G. da; FONSECA, R. S. da; BANHOS, S. S.; CARVALHO NETO, T. V. de. (Org.). **Democracia, Justiça e Cidadania:** desafios e perspectivas – Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, v. 2, p. 115-131

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres.** Tradução de Angélica Chiappetta. Martins Fontes: São Paulo, 1999

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS. **Nota à imprensa:** estrangeiros que participarem de atos políticos podem ser detidos e expulsos do país. 16 de abril de 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/nota-a-imprensa-estrangeiros-que-participarem-de-atos-politicos-podem-ser-detidos-e-expulsos-do-pais/>. Acesso em 21 out. 2020

HABERMAS, J. **The inclusion of the other:** studies in political theory. Cambridge, Mass: MIT Press, 1998, p. 171.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua.** Porto Alegre: L&PM, 1989.

KOIFMAN, Fábio. O Estado Novo e as restrições a entrada de refugiados: história e construção de memória. **ACERVO: REVISTA DO ARQUIVO NACIONAL**, v. 30, p. 71-88, 2017.

KATZNELSON, Ira. A form of liberty and indulgence. In: STEPAN, Alfred; TAYLOR, Charles. **Boundaries of Toleration.** New York: Columbia University Press, p. 38-60

MAGALHÃES, BRENO BAÍA; CORREA, G. T. S. A judicialização do refúgio no STJ: deferência ao Executivo e incoerência interpretativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 64, p. 137-164, 2019.

MILLER, D. Immigrants, Nations, and Citizenship. **Journal of Political**

Philosophy, v. 16, n. 4, p. 371–390, dez. 2008.

NUSSBAUM, M. C. Kant and stoic cosmopolitanism. **Journal of Political Philosophy**, v. 5, n. 1, p. 1–25, 1997.

_____. **The cosmopolitan tradition: a noble but flawed ideal**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 206-235

_____. **The monarchy of fear: a philosopher looks at our political crisis**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 97-134

LINKLATER, A. **Cosmopolitan citizenship**. *Citizenship Studies*, v. 2, n. 1, p. 23–41, fev. 1998.

PINHON, L. M.; BRASIL, D. R. **Lei de Migração: um compromisso com a prevalência dos direitos humanos? DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SÓCIOJURÍDICAS**, v. 20, p. 71-96, 2020.

ROCHA, Bruno Lima; JUNG, João Henrique Salles. O papel da polícia federal na lei de segurança nacional e no controle de fronteiras na era militar (1964-1985). **Século XXI – Revista de Ciência Sociais**. Porto Alegre, v. 5, n° 2, jul.-dez 2014. Disponível em: seculoxxi.espm.br/index.php/xxi/article/view/76/78. Acesso em: 20 out. 2020.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA – SNJ. **Caderno de Propostas**. 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio. Brasília: SNJ, maio 2014.

SHACHAR, Ayelet. **The birthright lottery**. Harvard University Press. Londres, p. 134-163

TIRMAN, John. **Immigration and insecurity: post-9/11 fear in the United States**. Massachusetts - USA: MIT Center for International Studies Audit of the Conventional Wisdom. p. 6-9, jun., 2006. Disponível em: http://web.mit.edu/cis/pdf/Audit_Tirman_Immigration_6.06.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. **International Migrations to Brazil in the 21st Century: Profile, Outlook and Trends**. *Population Review*, Fernley, v. 56, n. 1, p.68-101, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1353/prv.2017.0003>. Acesso em: 13 out. 2020.

A REPARAÇÃO POR PERSEGUIÇÕES ÉTNICO-RELIGIOSAS E A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DO DIREITO DE NACIONALIDADE AOS DESCENDENTES DOS JUDEUS SEFARDITAS

Désirée Clary Araújo Santos Alves da Costa

Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”. Pós-graduada em Direito Previdenciário com habilitação para magistério superior. Advogada

Resumo:

O artigo analisa o Decreto-Lei 30-A/2015 que permite a aquisição de nacionalidade portuguesa aos descendentes dos judeus sefarditas e a proposta de alteração legislativa apresentada pelo Partido Socialista que pretendia aumentar os critérios para requerer a nacionalidade. Argumenta-se neste artigo que a alteração dificultaria a efetivação do direito porque contraria a extensão da proteção jurídica atribuída e o espírito legislativo que fundamentou o diploma legal, qual seja, a reparação de ato nocivo de perseguição étnico-religiosa. Revogar a legislação ou atribuir critérios para além daqueles integrantes são formas de restringir direitos legítimos violentamente abolidos no passado. Analisa-se que diversos países têm criado em seus ordenamentos jurídicos leis visando a efetivação de políticas afirmativas para reparar erros históricos e incluir os indivíduos que foram prejudicados por questões de gênero ou étnico-religiosas, o que não se coaduna com a alteração restritiva proposta.

Palavras-chave: Nacionalidade portuguesa; Judeus sefarditas; Identidade; Dignidade da pessoa humana.

Introdução:

O presente artigo analisa o decreto-lei 30-A/2015 que regulamentou a Lei Orgânica n.º 43/2013 aprovada por unanimidade em 2013 pelo parlamento português e passou a permitir a aquisição de nacionalidade portuguesa, por naturalização, aos descendentes dos judeus sefarditas. Trata-se de um pedido de desculpas e tem o caráter reparador pelo injusto sofrimento causado a esses judeus e a toda sua descendência.

Durante o corrente ano de 2020 foram apresentados pelo Partido Socia-

lista dois projetos de alteração de lei para aumentar ou dificultar os critérios de concessão de nacionalidade portuguesa por esta via.

O primeiro projeto propôs que os candidatos à nacionalidade possuíssem pelo menos dois anos de residência em Portugal, o que originou diversas críticas de dirigentes históricos socialistas e das Comunidades Israelitas. Em maio, alterou-se a proposta, mantendo a exigência de ligação dos candidatos a Portugal. Já em julho, retirou a segunda proposta para possibilitar a tramitação das alterações da lei de nacionalidade menos controversas que não versavam sobre os judeus sefarditas e remeteu para o governo a regulamentação das regras quanto à concessão da nacionalidade e nesta continua a exigir o cumprimento efetivo de requisitos objetivos de ligação a Portugal.

Todavia, as críticas que tangem à possibilidade de concessão de nacionalidade portuguesa na forma de reparação histórica estão longe de findarem.

Por meio desta pesquisa jurídica, é feita reflexão acerca da necessidade da reparação, as consequências do dano provocado pelo movimento de migração decorrente da perseguição religiosa contra os judeus sefarditas que durou 300 anos, a necessidade da preservação do decreto-lei em sua forma originária e como esta reparação se coaduna com agenda 20/30 da ONU que estimula criação de medidas para efetivação de políticas inclusivas.

A Importância da Reparação Histórica

A definição de quem seriam os judeus sefarditas está presente no preâmbulo do próprio decreto. São os descendentes das antigas e tradicionais comunidades judaicas da Península Ibérica.

É necessário esclarecer que estas comunidades judaicas já se encontravam presentes antes mesmo da constituição dos reinados ibéricos.

No entanto, a partir do final do século XV os judeus sefarditas passaram a ser perseguidos pela Inquisição Espanhola. Refugiaram-se então em Portugal, onde também havia presença de comunidade judaica, e cujo Rei Dom Manuel I havia promulgado lei que lhes garantia proteção.

Posteriormente, determinou a expulsão de todos os judeus sefarditas de Portugal, em cumprimento à cláusula de contrato de casamento com a princesa espanhola. A solução mais conveniente para a maioria a fim de evitar a expulsão foi a conversão ao cristianismo. Esses convertidos foram chamados de cristãos-novos. No entanto, a conversão não garantiu nenhuma proteção.

Ao analisar as consequências da conversão forçada dos judeus e descrever a situação dos cristãos-novos, Trond Berg Eriksen¹ resume da seguinte forma:

Os judeus, maltratados, deixaram de acreditar em Deus de Israel e tomavam-se parte em rituais cristãos, sem consciência. Os novos con-

¹ Na obra *História do Anti-Semitismo*, deixa claro o autor que a situação dos novos convertidos foi até mais difícil do que a dos judeus não convertidos, pois facilmente contra eles pesavam denúncias e suspeitas de serem hereges cristãos.

versos sentiam-se culpados e envergonhados, mas nem os antigos nem os novos companheiros de fé compreendiam o sofrimento. Na realidade, a maioria cristã parecia preferir os que continuavam judeus aos novos judeus – cristãos – convertidos.

A literatura e história admitem que milhares de judeus e cristãos-novos portugueses foram assassinados ou fugiram para norte da Europa, para o Brasil (na época da expulsão, recém colonizado pelo Reino de Portugal), para os Estados Unidos da América, entre outras localidades².

Sabe-se, contudo, que apesar das perseguições e expulsão de seu território muitos judeus sefarditas preservaram seus rituais e crenças e a pertença judaica. Outros, com a conversão forçada, tentavam esconder e afirmar a fé cristã com ainda mais afincio que qualquer cristão-velho, temendo sofrer suspeitas de heresia.

Essa injusta perseguição sofridas pelos judeus sefarditas ocorreu ao longo de três séculos, encerrando apenas em 1821 quando foi revogado o decreto de expulsão dos judeus. Além do longo período, há também outro elemento a considerar, a negação da própria história das origens suportada pelos descendentes das antigas Comunidades Judaicas Portuguesas.

Houve aqui uma evidente perda de identidade para os descendentes de judeus e cristãos-novos (forçadamente convertidos ao cristianismo), de modo que a garantia de retorno aos descendentes à nacionalidade portuguesa oportuniza o conhecimento e resgate de origens e conhecimento da própria identidade.

O Decreto-Lei 30-A/2015 representa um reconhecimento histórico destas páginas desbotadas da memória das novas gerações³ e traz esta medida reparatória.

É preciso compreender que na península ibérica os efeitos dessa perseguição étnico-religiosa alcançavam as pessoas de origem judaica sefardita, mesmo que seus antepassados tivessem realizado a conversão, fazendo com que o fluxo imigratório de cristãos-novos também tivesse consequência em outras localidades, sobretudo nas colônias portuguesas.

A “pureza do sangue”, segundo Trond Berg Eriksen, era ideologia que corroborava com a perseguição do povo judeu, que, sob a ótica cristã prevalecente daquele período, tinha o sangue contaminado. Desse modo, fosse demonstrado que possuía um quarto ou quinto avô de sangue judeu, a pessoa estava com sua honra comprometida.

A inquisição foi estabelecida em Portugal no ano de 1536. É importante dizer que antes mesmo da instauração da inquisição, Portugal foi atingido por

2 É possível localizar diversos processos de inquisição no Arquivo Nacional de Portugal na Torre do Tombo.

3 Expressão utilizada pelo cantor e compositor Chico Buarque em trecho da música “Vai Passar” ao referir-se ao desconhecimento do passado sofrido pelas novas gerações: “... Num tempo, página infeliz da nossa história, passagem desbotada na memória das nossas novas gerações...”

uma grave seca, sofrendo ainda com efeitos da peste e fome, e uma multidão revoltada e extremista, em crescente cultivo ao sentimento antissemita, tomou como bode expiatório o povo judeu que havia fugido de Espanha para Portugal. Na ocasião foram perseguidos, espancados e mortos. O episódio causou um massacre no ano de 1506, conhecido como o Pogrom de Lisboa. Este acontecimento permite perceber a fragilidade e ausência de direitos desses judeus.⁴

Vale dizer que os judeus ou cristãos-novos denunciados por heresias contra a igreja tinham seus bens e pertences de valor confiscados, levando muitos à situação de extrema miséria. Quando sentenciados e condenados, deviam fazer uso por tanto tempo fosse determinado desses hábitos penitenciais – sambenitos⁵ – que os identificava e ajudava a constituir o estigma social ainda mais duradouro.

Embora não tenha havido Tribunal do Santo Ofício em todas as colônias portuguesas, a exemplo do Brasil, as denúncias e perseguições aos cristãos-novos e judeus também atingiram as colônias porque era um dos destinos dessas pessoas em fuga.

Impende destacar que o diploma legal que reconhece a injusta perseguição e os atos nocivos da inquisição, possibilitando adquirir a nacionalidade portuguesa não é apenas mais uma simples hipótese de aquisição de nacionalidade. É mais que isso. É sobretudo a garantia de retorno de um povo, configurada em reparação histórica acompanhada de retratação oferecida pelo governo português.

A alteração proposta contraria a extensão da proteção jurídica atribuída anteriormente, pois não atende ao caráter reparador. Ao conferir tutela jurídica efetiva, a lei consagrou a forma de aquisição deste direito, de modo que qualquer alteração legislativa que visa restringir o reconhecimento deste direito estará a suprimir o espírito legislativo que fundamentou o diploma legal, isto é, corrigir o ato nocivo de perseguição étnico-religiosa.

A lei estabelece critérios para que possa ser requerida a nacionalidade portuguesa e é necessário recordar que há discricionariedade do governo quanto à concessão, pois o que a lei garante é a possibilidade de requerimento, com base na comprovação da ascendência judaica sefardita, mas resguarda o governo da análise de demais exigências.

Registre-se que é necessário comprovar através de um certificado a origem judaica sefardita. Atualmente apenas duas comunidades judaicas portuguesas com estatuto de pessoa coletiva religiosa são responsáveis: A Comunidade Israelita do Porto e a Comunidade Israelita de Lisboa.

4 VERÍSSIMO, Lígia. O Massacre dos Judeus.

5 Na obra *História das Inquisições* é explicado que o tipo de sambenito tinha a ver com a condenação aplicada e o reconhecimento do ato pelo “herege” para a rápida identificação social: No caso dos reconciliados, era pintada uma cruz de Santo André; no caso dos condenados que tinham chegado à salvação por meio de confissão nos seus últimos dias, eram pintadas chamas viradas para baixo; no caso dos relaxados tinham o retrato pintado entre as chamas e as “culpas” escritas.

Embora as duas comunidades forneçam o certificado, a análise tem critérios de apreciação diversos. Enquanto a Comunidade Israelita do Porto admite a comprovação através da demonstração de tradição de pertença judaica, idioma familiar ou memória familiar, a Comunidade Israelita de Lisboa estabelece como critério para verificação a demonstração genealógica da origem sefardita.

Considerando o atual cenário de aumento de requerimentos e consequentemente das críticas quanto à possibilidade, essa diferenciação de critérios por uma ou outra comunidade torna-se relevante.

A julgar que a maior parte dos judeus fizeram a conversão forçada, acredita-se que a demonstração de ascendência judaica por meio de demonstração genealógica é o caminho mais fácil, porém longe disso. Esse é um processo bastante desafiador e uma quantidade bem inferior de pessoas que potencialmente tem essa origem consegue demonstrá-la através de estudos genealógicos. A dificuldade existe devido a dois fatores: um que nem todas as provas estão fáceis e disponíveis dada a pouca informação que quase toda a gente tem sobre antepassados; dois que para um profissional de genealogia efetuar uma pesquisa de qualidade há uma elevada quantia a ser destinada neste processo de pesquisa, o que torna este um caminho inacessível para a grande maioria. Talvez esse fator explique o porquê de o número de requerimentos realizados de certificação de ascendência judaica sefardita seja maior na Comunidade Israelita do Porto, que admite critério diverso da comprovação genealógica.

A alteração legislativa propôs condicionantes aos descendentes de judeus sefarditas para requererem a nacionalidade: a demonstração de ligação atual e efetiva com a comunidade portuguesa, residência por pelo menos dois anos em Portugal e o cumprimento efetivo de requisitos de ligação a Portugal.

A proposta esqueceu que uma das consequências da perseguição foi a conversão forçada ao cristianismo. A prática do judaísmo foi considerada crime contra a igreja católica e a tradição foi escondida ou mesmo evitada por medo. Inúmeras pessoas tiveram seus bens confiscados e fugiram para outras localidades. Se a própria história foi negada e proibida, sendo esta a origem que embasa o direito de retorno aos descendentes desse povo, não há hipótese para considerar este critério de “pertença” que agora se pretende impor como um critério hábil e legítimo. Para além disso, a denominação de quais os requisitos de ligação a Portugal não são exatamente delineados, não há definição de forma clara sobre o conceito de “tradição de pertença”. O requisito que tenta impor o tempo mínimo de residência de dois anos destoa ainda mais do sentido reparador, pois o reconhecimento do fato injusto antecede a própria possibilidade de requerimento de nacionalidade, além disso, nem sempre há essa vontade de residir em Portugal entre os descendentes de judeus sefarditas.

Nesse sentido, há de ponderar quanto ao argumento principal apresentado para defesa da alteração proposta, pois não se trata de fraude, mas sim

do aumento do número de requerimentos de nacionalidade por esta via.

Não parece razoável supor que, sabendo existir milhares de descendentes de judeus nestas condições, agora se pretenda limitar ou arrepender do direito já tutelado na medida em que se torna conhecido por estas pessoas. Seria um retrocesso, já que o objetivo de toda lei deveria ser servir ao ideal proposto. Primeiro reconhece a dívida histórica com relação à injusta perseguição dos judeus sefarditas e o direito de retorno aos seus descendentes e depois teme-se que os beneficiados por esta lei a conheçam. Não se pode limitar o acesso a um direito por causa do número de pessoas potencialmente titulares dele.

Outra preocupação recorrente é a de que a lei se transforme em um incentivo ao comércio de passaporte. Quanto a essa crítica que se faz, que tem também outra correlata quanto às pessoas que fazem o mercado sobre a lei, há meios de combater, pode-se exigir representatividade por profissionais, pois normalmente esse “mercado” é realizado por pessoas não vinculadas aos órgãos de classe, como a Ordem dos Advogados que fiscaliza esse tipo de conduta. Neste ponto, a aquisição de qualquer nacionalidade representa sempre uma vantagem, seja ela qual for, a depender do que pretende aquele que é beneficiado com tal medida, não é uma característica própria, única e especial da aquisição por esta via.

Não há oposição quanto a adotar qualquer medida de melhoria de mecanismos de contenção de fraudes, no entanto, é oportuno lembrar que não pesa indício de fraude sobre o procedimento adotado pelas Comunidades Israelitas em suas avaliações. Impende registrar que todos os documentos analisados pelas comunidades são arquivados física e digitalmente para fiscalização e controle dos órgãos responsáveis, podendo serem verificados a qualquer tempo. Espera-se que seja regulamentada uma forma de como se dará eventuais medidas de melhoria.

Destaque-se que embora seja possível adquirir a nacionalidade portuguesa por esta via, a maioria das pessoas que buscam este reconhecimento não desejam necessariamente viver em Portugal. Até aceitável, do ponto de vista judaico – enquanto povo sempre sujeito às retaliações e preconceitos – que tenham um instinto natural por buscar uma segurança maior, um refúgio para tempos de sombras, porque historicamente é algo essencial. O regresso à nacionalidade portuguesa para o descendente de judeu sefarditas é motivo de orgulho pela ancestralidade, pela memória de sofrimento e fuga, que vê agora reparada.

É de sopesar que essas raízes foram negadas, posses e bens confiscados, histórias foram modificadas abrupta e violentamente e, o fundamento utilizado fora o profundo sentimento antissemita, sob às vestes da cristandade. Atualizando o sentimento antissemita no discurso atual, temos a figura da concessão de nacionalidade por meio de um ato reparador, colocada como um benefício caridoso, como se o ato de reparar fosse desnecessário, como se não fosse devido e, pior, prejudicial à economia portuguesa, sem demons-

tração desse suposto prejuízo. Aparentemente trata-se do mesmo sentimento, dessa vez escondido sob às vestes da defesa da nacionalidade.

Essa defesa cega, obstinada, pouco ou nada empática e que desconhece o próprio procedimento das dificuldades de comprovação de quem poderia ser beneficiado pela lei é o que mais se aproxima do sentimento antissemita atual. Esse tipo de narrativa defensiva e excludente fortalece esse sentimento, seja em Portugal, seja no Brasil ou em qualquer outra localidade do mundo.

Em sede de direitos humanos, é preciso vigiar, defender e repetir aquilo que parece óbvio incansavelmente, porque vez por outra há questionamentos e novas ideologias restritivas ganham adeptos e relevância.

Busca-se, ao argumento de defesa da nacionalidade portuguesa, tornar desnecessária a reparação histórica. Através dele, cria-se a ideia de que os desarranjos provocados pelos Estados no passado ficaram para a história e que a nobre e necessária busca de minimizar os efeitos e consequências desses atos entre aqueles que foram prejudicados não tem importância ou que tem de haver limites para evitar que as novas gerações de uma nação sejam fadadas a viverem de reparar danos provocados pelos antepassados. E é mesmo um argumento interessante, contudo, aplicado ao presente caso, favorece apenas os praticantes de atos de dano profundo à liberdade religiosa que assim agiram com o comando e apoio do Estado por quase trezentos anos.

Tornar a reparação histórica uma atitude dispensável, apenas deixa o injustiçado numa condição de desumanidade ainda maior, impede o reconhecimento do evento danoso e, conseqüentemente, a reflexão para evitar novos acontecimentos no futuro e coloca em vantagem aquele que causou o dano, desobrigando-o de qualquer responsabilidade e eximindo-o da dívida histórica – causadoras de profundas modificações de ordens ideológica, étnica, cultural, religiosa e econômica.

A nova versão da Lei de Nacionalidade Portuguesa foi promulgada pelo então Presidente da República em 3/11/2020 e trouxe modificações importantes no tocante a atribuição de nacionalidade aos netos de portugueses, aos casados ou em união de facto com nacional. Também amplia a hipótese de atribuição de nacionalidade pelo critério *jus soli*, permitindo que filhos de estrangeiros que possuem residência legal por pelo menos 1 ano terá direito a esta nacionalidade. Alterações que trarão benefícios ao país.

Após calorosos debates, desse projeto de alteração da lei proposto foi retirada a menção aos judeus sefarditas para possibilitar a tramitação das alterações da lei de nacionalidade menos controversas que não versavam sobre este ponto, tamanha a discussão, e remeteu para o governo a regulamentação das regras quanto à concessão da nacionalidade, permanecendo o decreto, por hora, em sua forma originária, mas ainda é esperada alguma regulamentação, ainda que menos substanciais que as alterações pretendidas do texto legal.

Há ainda forte defesa de que seria necessário estabelecer um prazo de validade para esta lei, a exemplo do que ocorreu em Espanha que também possuía até 2019 lei semelhante em vigência que possibilitava a aquisição de

nacionalidade pela via sefardita, porém este prazo de validade não tem qualquer sentido a não ser impedir o exercício do direito por estas pessoas. Para se estabelecer um tempo de vigência da lei seria necessário considerar qual seria o tempo necessário para reparar quase trezentos anos de perseguições étnico-religiosas e fluxo migratório por atentado às liberdades individuais, ruptura de história, negação de memória e identidade aos descendentes dos judeus sefarditas.

A reparação histórica é um necessário ensinamento e Portugal, por meio desta lei, soube fazer este reconhecimento e firmar-se como país integrador. Se de um lado, reconhece o erro e permite a reflexão da sociedade quanto aos atos praticados, de outro, é uma forma de corrigir injustiças e minimizar a dor e sofrimento causados aos judeus sefarditas e oportunizar o resgate de identidade e conhecimento de origem aos descendentes.

Considerações Finais

Há um processo importante de reconhecimento de identidade que não pode ser ignorado ou tratado com indiferença. É preciso que os Estados tenham o compromisso de cooperação e, para tanto, é imperioso a retratação de injustiças, sobretudo quando provocadas com o apoio dos Estados ou patrocinadas por estes.

De fato, a história não pode ser apagada, mas pode e deve ser reparada. E já que é impossível voltar no tempo e devolver os bens, pertences, identidade, liberdade religiosa e dignidade aos judeus sefarditas, pode devolver a nacionalidade e, desse modo, permitir o exercício do direito ao retorno dos descendentes judeus sefarditas de origem portuguesa que o desejam e sua integração na comunidade nacional, com os inerentes direitos e obrigações, conforme dispõe e objetiva o Decreto-Lei 30-A/2015.

Felizmente, diversos países têm criado em seus ordenamentos jurídicos leis visando a efetivação de políticas afirmativas para reparar erros históricos e incluir social e economicamente os indivíduos que foram prejudicados por questões de gênero ou étnico-religiosas.

A agenda 20/30 da ONU estimula criação de medidas para efetivação dessas políticas inclusivas, o que se coaduna com a manutenção do decreto-lei em sua forma originária.

No Brasil há inúmeras políticas públicas em benefício da população negra, principalmente na área da educação, para reparar séculos de injustiças buscando diminuir a desigualdade racial no país. Há também um benefício de indenização de parcela única no valor de vinte e cinco mil reais pagos aos seringueiros que trabalharam na extração de látex durante a Segunda Guerra Mundial – na maioria nordestinos que jamais retornariam as suas casas –, pagos aos descendentes, pois a maioria jamais conseguiu retornar.⁶

A Alemanha, além de conceder o direito de reaver a cidadania alemã

6 MAGESTE, Paula. Exército da Borracha. In: **Revista Época**, nº 306, 2004.

para os descendentes daqueles que tiverem negados os seus direitos, recebe refugiados até hoje com mais acolhimento do que os demais países porque ela foi a causadora do evento que gerou o maior deslocamento de pessoas na era moderna. É uma forma de pedir desculpas. E Portugal, comprometido com essa agenda, faz bem manter essa possibilidade.

A reparação histórica é necessária aos judeus sefarditas através de seus descendentes. As tentativas de alterar a legislação para criar dificuldades ou, mais ainda, limitar o tempo de vigência da própria lei corrobora com a ideia de que Portugal não admitia os judeus sefarditas portugueses como nacionais portugueses há 500 anos e permanece ainda hoje sem admitir, quando tenta impedir o regresso desses descendentes a esta nacionalidade.

Referências

DECRETO-LEI n.º 30-A/2015. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. n.º 41 (27-02-2015), p. 1246-92-93. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/66619927/details/maximized>

ÉDITO DE EXPULSÃO DOS JUDEUS DE PORTUGAL. In: **Ordenações Manuelinas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1786. Livro II, Título XLI, p. 212-214.

BETHENCOURT, Francisco – **História das Inquisições Portugal, Espanha e Itália**. [sl]: Círculo de Leitores e Autor, 1994. ISBN 972-42-1025-1.

ERIKSEN, Trond Berg, HARKET Hakon, LORENZ, Einhart – **História do Anti-Semitismo**. Lisboa: Edições 70, Lda, 2010. ISBN 978-972-44-1590-1.

SCHAMA, Simon – **A História dos Judeus**. Vol.I. Lisboa: Círculo de Leitores, 2014. ISBN 978-989-644-286-6.

SCHAMA, Simon – **A História dos Judeus**. Vol.II. Lisboa: Círculo de Leitores, 2018. ISBN 978-989-644-489-1.

MAGESTE, Paula. Exército da Borracha. In: **Revista Época**, n.º 306, 2004. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG63416-6014,00.html> [Consult. 16 de set. 2020]

LEITÃO, Luís Menezes. A nacionalidade portuguesa dos judeus sefarditas. In: **Jornal iDigital**, 2020. Disponível em: <https://ionline.sapo.pt/artigo/699938/-a-nacionalidade-portuguesa-dos-judeus-sefarditas?seccao=Opini%C3%A3o> [Consult. 20 de jun. 2020]

NOVINSKY, Anita. Os cristãos-novos no Brasil colonial: Reflexões sobre a questão do marranismo. In: **Tempo**: Revista do Departamento de História da UFF, n.º 11, p. 67- 75, jul. 2001.

NOVINSKY, Anita. O papel dos judeus nos grandes descobrimentos. Disponível em: <file:///C:/Users/decas/Downloads/anitanovinsky.pdf> [Consult. 13 de set. 2020].

VERÍSSIMO, Lúgia. O Massacre dos Judeus. Disponível em: <https://ensina.rtp.pt/artigo/a-matanca-da-pascoa/> [Consult. 13 de set. 2020].

O AUTORITARISMO BRASILEIRO E O ESVAZIAMENTO DEMOCRÁTICO

Débora Monteiro Soroldani

Graduanda da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Gabrielle Saraiva Silva

Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais. Especialista em Direito Processual pela Escola Superior do Ministério Público do Espírito Santo. Professora do curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. Professora Coordenadora da Iniciação Científica “O direito à igualdade em foco: um estudo dos estatutos protetivos dos direitos fundamentais de grupos sociais à luz estado constitucional de direito (raça, pessoa com deficiência e gênero)”

Resumo:

O trabalho busca apresentar os fatores que levaram a eleição do candidato Jair Messias Bolsonaro; a crise da democracia brasileira e os ataques às minorias. Tendo como objetivo principal entender os fatores e momentos que levaram ao dualismo político e a dinâmica do “nós x eles” no país e como isso deve ser considerado perigoso para a democracia. Desta forma busca demonstrar um panorama da história brasileira e as características que ainda persistem e afetam a política, além de traçar os fatores que levaram a crescente autoritária no Brasil e a eleição de Bolsonaro. Serão apresentados as características e táticas usadas para afetar o estado democrático e por fim as táticas escolhidas por Bolsonaro e os motivos para ele ser considerado *outsider*.

Palavras-chave: Bolsonarismo; Autoritarismo; Crise; Democracia; Direito.

Introdução

O Brasil, em decorrência das eleições de 2018, levou à presidência Jair Messias Bolsonaro, aproximando-se da extrema direita e do autoritarismo. Entretanto, isto não novidade na história brasileira, que está diretamente ligada a essa forma mais combativa de fazer política, mesmo que não seja de forma clara, e, “um povo que não conhece sua história está condenado a repeti-la”¹. Essa máxima, de certo modo, se encaixa a esse momento. Ainda que com alguns elementos distintos, o Brasil vem repetindo sua história au-

¹ SANTAYANA, George. The life of Reason. 1905.

toritária em pleno Estado Democrático, ao afirmar que estaria sendo repetida uma história de um Brasil “desconhecido”, o que se dá pelo fato de não termos, necessariamente, uma história própria. O passado dessa grande nação foi constituído após a vinda da corte portuguesa, em 1803, quando aqui se instaurou uma monarquia que regia Portugal a distância, mas também implementava toda a vida do país europeu na colônia, trazendo na bagagem a cultura, educação, burocracias e os tribunais portugueses.

A independência política de 1822 não gerou grandes mudanças, porém, gerou a necessidade de criar uma história “puramente” brasileira. Como afirma Schwarcz (2019), era necessário construir uma história que elevasse o passado e que fosse patriótica. Para essa complexa tarefa, foram recrutados diversos estrangeiros para “criar” o passado e, assim, atribuir mais valor a eventos e pessoas. Deslocar a verdade, como aponta Stanley (2020), é objeto estratégico para construir hierarquias históricas, que cria um passado glorioso e apaga fatos inapropriados. Nessa perspectiva, percebemos a construção desta narrativa através da dominação histórica, que acaba por ser objeto de disputa política, que terá sérios impactos nas eleições de 2018.

No quase início do século XXI, ainda sofremos com essa herança histórica. O legado deixado pela escravidão, que se expressa no racismo, falta de representatividade e justiça social; o mandonismo e patrimonialismo, que mantém os clãs políticos e gera uma indefinição entre os limites do público e do privado; a corrupção enraizada, que quebra em pedaços o Estado, que interfere diretamente no bem-estar do cidadão, já que os gastos desviados para o enriquecimento particular reduzem os recursos e investimentos públicos. Em decorrência disto, a desigualdade social, violência e a intolerância que assolam o país são uma resposta a essa má condução da *res publica*, da mesma forma que são utilizadas para ganhar apoio na indignação e cansaço da população, que está saturada dessas relações, procurando um salvador, um líder que possa dar voz a essa insatisfação e representá-la.

Desta forma será apresentado os fatores que levaram a eleição do candidato Jair Messias Bolsonaro, a crise da democracia brasileira e os ataques às minorias sendo o objetivo entender os fatores e momentos que levaram ao dualismo político e a dinâmica do “nós x eles” no Brasil e como isso deve ser considerado perigoso para a democracia. Isso será apresentado através de um método hipotético-dedutivo, através de análise bibliográfica em uma abordagem qualitativa, por meio de consultas em legislações e também a leitura de livros e artigos científicos acerca do tema abordado, para assim inferir se a ascensão bolsonarista afetaria os direitos das minorias e a democracia brasileira.

A construção democrática de 1988

O Estado democrático de direito nasce com a Constituição de 1988, criada após um período de ditadura militar, que fica conhecida como a “Constituição Cidadã”. Nesta linha, Barroso (2008) pontua que ela trouxe

novas perspectivas em relação a direitos fundamentais, tendo como um dos objetivos centrais a integridade da pessoa humana, após se tornar signatária da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Além de consolidar a federação como organização estatal, distribuiu aos três poderes soberania e independência, o que não era notório no governo militar. Já no aspecto de direitos individuais, foram asseguradas as liberdades do indivíduo de se expressar e manifestar sua opinião e vontade, entre outros direitos fundamentais para a manutenção da democracia.

Desta forma, após 1988, o Brasil ressurgiu de forma democrática, e com a intenção de restaurar a justiça social. Pode-se entender isso com a criação de mecanismos de proteção para amenizar as desigualdades sociais e produzir meios para que as minorias possam acessar, de forma ampla, os direitos constitucionais. Deste modo, começam a surgir programas sociais que possibilitavam que parte da população brasileira se liga a espaços que antes eram desconhecidos. Programas de distribuição de renda, que estiveram presentes em diferentes governos, e de acesso à educação, principalmente em relação ao nível superior, e que possibilitaram o acesso à moradia.

A sua maneira, a constituição cidadã foi uma forma de reconhecer o passado ocultado durante a história e de revolucionar, com a positivação de princípios, fundamentos e normas, que buscam reconhecer a humanidade e garantir uma vida digna a todos, e protegendo-os do Estado, que pode utilizar a “violência” (vis física) para manter a harmonia social. Entretanto, a situação da população brasileira não mudou a partir do momento de sua entrada em vigor, e é muito importante ressaltar que o processo de constitucionalização é lento e gradual, para algum dia englobar toda a população, e é notório que ainda estamos vivenciando esse processo no Brasil hodierno. Todo esse reconhecimento tentou reverter a exclusão de parte da população e também dar visibilidade a segmentos que sofriam com a pior forma da violência autoritária: o silêncio/invisibilidade, uma vez que silenciar - um movimento, o racismo, a intolerância, parte da população - é impedir a existência destes na sociedade.

Mas vale ressaltar que o Brasil ainda está na construção de um regime democrático pleno e saudável, já que, para alcançar esse patamar, é necessário que ocorra o controle da desigualdade no país. Stanley (2020) conclui que a extrema desigualdade econômica é maléfica para a democracia, pois disfarça a realidade, que por consequência impossibilita que se alcance decisões conjuntas para resolver as divisões sociais. A tentativa de reduzir a desigualdade e perpetuar a justiça social vem sendo feita através da constituição, porém, não com a total efetividade que poderia ter, vez que existem uma série de burocracias, as quais não devem ser entendidas como algo maléfico, mas, sim, como uma forma de validar o processo para a execução da atividade pública.

Como defende Weber², para a boa burocracia existir, deve haver a pre-

2 WHIMSTER, Sam. Weber. 1ª Ed. Penso. 2019.

valência de normas impessoais, para que não haja favorecimento de amigos e parentes; devem existir relações de hierarquia pré-estabelecidas, salários pré-estabelecidas de acordo com a função desempenhada; contratação em virtude dos conhecimentos técnicos, e a separação entre os funcionários e os instrumentos, materiais e edifícios usados na administração. Esses são requisitos importantes dentro da construção Estatal, para que, assim, se possa evitar ao máximo o desvio da função do Estado e deixar bem claro que o governo é transitório, sendo o instrumento para a efetivar as ações necessárias e a manutenção da democracia, mas que a perenidade pertence ao Estado.

Porém, para garantir que a democracia se perpetue e amadureça, é necessária a participação ativa da população, o diálogo e que ela entenda minimamente o papel fundamental que exerce nesse regime, para não cair em tentação quando encontram com discursos “milagrosos” de líderes autoritários, mesmo que esses discursos pareçam inócuos aos ouvintes. Deste modo, a dinâmica da democracia se comporta de modo a não viabilizar a criação de espaços de debates genuínos, fazendo com que o cidadão não se engaje no debate público de maneira sólida e consciente, abrindo espaço para o crescimento do sentimento antidemocrático e possibilita a ascensão de um líder salvador e anti-sistema, que aparecem em momentos de crise, seja ela política, econômica ou social, e, da forma mais didática possível, mostra a fragilidade de direitos adquiridos em uma democracia.

Nossos fantasmas do presente

Apesar da retomada democrática que o Brasil teve com a constituição de 1988, momentos de instabilidade podem afetar e colocar em evidência políticos que aparentemente utilizam táticas fascistas. Entende-se fascismo, segundo a visão do autor Stanley (2020), “qualquer tipo de ultranacionalismo (étnico, religioso, cultural), no qual a nação é representada na figura de um líder autoritário que fale em seu nome”. Essa tendência autoritária começou discreta, e teve seu ápice em 2018, com a eleição de Jair Bolsonaro, político da extrema direita, cuja campanha foi marcada pela semelhança com as táticas da política fascista, e escancarou todas as características do passado brasileiro. Mas é necessário entender como chegamos ao momento de crise política e econômica que fez renascer todos esses fantasmas.

Vale ressaltar que tudo isso não é um fato isolado do Brasil, o crescimento da direita conservadora também aconteceu na América do Sul, se fortaleceu, e chegou ao poder em países como o Paraguai (2012), a Argentina (2016), o Peru (2016) e o Chile (2018). No Brasil, apesar dessa onda conservadora se oficializar em 2016, teve seu início discreto nas manifestações no ano 2013. Inicialmente, os protestos estavam focados no aumento da tarifa de transporte público em São Paulo, porém, logo abordaram diversos outros temas, e seguiram de forma fragmentada suas reivindicações, mas mostravam a insatisfação com a política e as lideranças. Esse movimento logo ganhou um

nome: “o gigante acordou”, e que inicialmente gerou uma sensação de coletividade e fortaleceu o movimento que uniu a população para escancarar suas insatisfações.

A crise socioeconômica, junto com o processo de impeachment, gerou muita insegurança e instabilidade na sociedade brasileira, e abriu ainda mais espaço para a extrema direita e o neoconservadorismo. Essa nova direita, segundo Lacerda (2019), gira em torno da família tradicional (heteronormativa), anticomunismo, militarismo e valores do livre mercado. Seus atores, que podem ser denominados “*outsiders*”³, como apontam Levitsky e Ziblatt (2018), apresentam-se como uma salvação, se consideram antissistema, são denominados políticos autênticos, que falam a verdade nua e crua e que possuem uma nova forma de fazer política, com um discurso de que combaterão todo o tipo de corrupção, que contam com propostas punitivistas, e, a partir de tudo isso, prometem reavivar os tempos de glória da sociedade brasileira, baseando-se em uma perspectiva irreal. Sob essa ótica a democracia brasileira vem passando o mais duro teste de sobrevivência.

Os autores Levitsky e Ziblatt (2018) alertam que todo momento de crise, seja na área política, econômica ou social, propicia o surgimento de terreno fértil para esses candidatos “antissistema”. Os “*outsiders*” se baseiam em discursos autoritários, que, por muitas vezes, não são entendidos pelos eleitores, ou, por outro lado, gera uma identificação. Nesse sentido, os políticos autocráticos têm uma inclinação em suspender ou restringir as garantias e liberdades civis, principalmente de seus oponentes. Assim, esses candidatos que não aceitam as regras da democracia se mostram intolerantes aos seus oponentes, e são alertas para a república democrática e a população, já que sua tendência é a não preservação das garantias civis e institucionais da sociedade.

O neoconservadorismo brasileiro e autoritarismo

O movimento neoconservador que se instala no Brasil pode ser entendido, como aponta Lacerda (2019), com um ativismo na regulação do desejo, nos valores da família tradicional e nos ideais cristãos. Desta forma, possuem um eixo de linguagem privatista, seja no sentido de garantir o livre mercado, seja no sentido da manutenção do poder patriarcal. Apesar desse ideal de estado mínimo, o pensamento neoconservador pretende que o Estado interfira nas relações particulares para a defesa da “família tradicional” através dos laços religiosos. Essa defesa ocorreria porque entende-se que, ao fortalecer esta família, as pessoas não estariam tão dependentes da política, e, assim, tornaria obsoleto o estado de bem-estar, e desta forma, acaba por ir de contra a constituição brasileira.

Além dessas características, existe uma marcante desagregação social criada a partir da relação entre os “trabalhadores” – cidadãos de bem – que, com seu trabalho duro e de esforço próprio, conseguem alcançar o sucesso,

3 Tradução livre: estranhos.

e os “tomadores”, que são as pessoas dependentes de políticas de justiça social promovidas pelo Estado. Esses tomadores, segundo essa visão, seriam um mal a sociedade, pois, para eles, se o cidadão de bem consegue conquistar espaço e alcançar o sucesso, a outra parte não o faz por “preguiça” e em virtude do apoio governamental. Dessa relação, vemos a meritocracia defendida pela política neoconservadora, cada vez mais presente no Brasil. Entretanto, esse discurso esbara na extrema desigualdade do país.

Segundo o IBGE⁴, em 2019, apenas 2,7% da população brasileira concentra aproximadamente 20% da renda do país, esse dado, por si só, já mostra como é difícil se movimentar dentro as classes sociais e como o sucesso não depende apenas da força de vontade, ainda mais em um país que possui marcas da escravidão e muito preconceito com as diversidades.

Importante destacar que, depois de 2003, o país passou por um aumento na bancada cristã, principalmente no segmento evangélico. Desta forma, é possível perceber uma atuação antifeminista, contra as reivindicações LGBTQIA+, e para se defender da “ideologia de gênero”, com o objetivo de restaurar os valores morais e restabelecer a família tradicional. Como resultado, uma das respostas ao antifeminismo foi, em 2007, a proposta do projeto de Lei nº 478/2007, que, na redação original, vedava o aborto em caso de estupro – hipótese que é lícita na legislação atual – e visava instituir uma pensão ao filho advindo de abuso sexual. Esse pensamento, apesar de não possuir amparo legal, foi considerado uma resposta à ameaça contra a família tradicional.

Outro ponto a ser observado é o aumento de políticas contra a população LGBTQIA+. Um marco dessa política neoconservadora aconteceu em maio de 2011, quando o Ministério da Educação lançou o ‘Programa Escola Sem Homofobia’. Esse programa visava, através de uma cartilha, efetivar o combate contra a homofobia nas escolas, e, assim, a promoção do respeito entre os diferentes gêneros e a não discriminação nas escolas. A cartilha do programa consistia em apresentar o conceito de gênero, diversidade sexual, de homofobia, entre outros tópicos, além de vídeos educativos, como aponta Lacerda (2019). Entretanto, essa tentativa do Governo Federal de combater a homofobia foi logo distorcida, o material passou a ser chamado de “*kit gay*” pelos parlamentares, inclusive, o primeiro a utilizar o termo foi o atual presidente, Jair Bolsonaro⁵. Os argumentos utilizados para “demonizar” o programa estavam fundadas em eventual doutrinação das crianças, que estariam sendo ensinadas sobre homossexualidade, promiscuidade e pedofilia. Somente no ano de 2011, o termo em questão foi utilizado em 47 discursos por parlamentares, afirma Lacerda (2019).

A discussão sobre o Programa Escola Sem Homofobia se prolongou e gerou muita insatisfação, um exemplo é a fala do, então deputado, Jair Bolsonaro, no sentido de que o projeto seria a “desconstrução da heteronormatividade”, dizendo, também, “Qual a intenção? Desgraçar o tecido social, es-

4 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

5 Atuando em seu quinto mandato como deputado federal.

culhambar os com os valores familiares, porque uma família destruída é mais fácil de ser cooptada para o PT. Só posso crer que seja isso!”. A autora Lacerda (2019) evidencia que essa fala do atual presidente brasileiro é apenas um dos vários discursos de deputados que defendem a família e que causam uma desconfiança generalizada, desacreditando os atos contra a homofobia, que, uma vez desacreditados, fariam com que a população aceite a teoria e o medo irracional da família ser destruída, fomentando a aceitação de que as pessoas que combatem a homofobia, na verdade, são depravados sexuais que buscam converter as crianças.

Além de marcar, de forma negativa, a reputação de projeto e das pessoas que o defendem, o que realmente importa é a manter a hierarquia dentro do Estado que se dá através de uma família construída sob o patriarcado e o pânico que os desvios dessa forma de construção familiar rompem com as tradições e a moral do povo. Desta forma, como evidencia Scruton (2020), um dos elementos-chave do neoconservadorismo é a família heterossexual, porque ao fortalecer essa família e o homem como o centro dela possibilita eximir o Estado de se responsabilizar por ela com políticas de bem-estar social, uma vez que fortalecer essa família é perpetuar o papel do homem com responsável na proteção e manutenção dela, impedindo que ocorra uma manutenção de pessoas no poder.

Lacerda (2019) afirma que ao tentar abordar questões de respeito e igualdade de gênero nas escolas surgiu uma suposta doutrinação promovida pelo Governo, apontada pela direita cristã como um outro mal a ser combatido, que surgiu a partir do “*kit gay*”, uma ideologia de gênero⁶ que impulsionou uma forma ilegal de denunciar a doutrinação dentro das escolas através de vídeos feitos pelos alunos durante as aulas. Para defender as crianças e adolescentes da “homossexualidade”, começou a ser tratado o Projeto Escola Sem Partido, uma forma de oposição ao programa que combateria a homofobia, que pretendia por fim na doutrinação política e ideológica que aconteceria nas escolas e na não utilização de conteúdos ou atividades que vão de encontro às convicções religiosas e morais dos pais ou responsáveis. A formalização desse projeto se deu pela PL 867/2015. Todo o projeto estava tendo como base um trecho do Pacto de São José da Costa Rica, no art. 12, inciso 4, que trata de liberdade religiosa. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. Utilizou-se, também, o discurso da proteção a família.

A histeria causada foi tamanha que houve iniciativas para tentar banir a palavra gênero dos planos escolares e para criminalizar os atos que incluíssem o vocábulo em materiais didático-pedagógicos. Toda problematização foi cau-

6 Não possui um conceito teórico, mas é utilizado para defender a manutenção de uma ordem hierárquica e desigual entre as pessoas em nome da defesa das crianças e dos jovens, para isso persegui e tenta aniquilar os direitos e a diversidade sexual e assim deslegitimar as liberdades individuais.

sada pela descontextualização das propostas, que, de forma consciente, tentaram e conseguiram deslegitimá-las, e, como consequência, abalou a fé da população nas instituições democráticas do país, no governo e em todos que o apoiam, já que vincularam todos os atos à perversidade, ao pecado e o rompimento com as tradições. Como tentativa de retomar e fortalecer a sociedade e suas tradições, foram propostos diversos projetos, que vão desde o ensino da bíblia e seus fundamentos na educação básica e média à inserção do criacionismo nas grades escolares públicas, chegando, ainda, ao “homeschooling”.

Tudo isso comprova que a onda neoconservadora ganhou força no Brasil. Esse discurso cresceu em razão de: defender a família tradicional; defender a vida, se opondo ao aborto; defender os papéis “tradicionais” de homens e mulheres; combater a ideologia de gênero; defender os valores cristão e anticorrupção. Ademais, foi surfando nessa onda que Jair Bolsonaro ganhou visibilidade, com um discurso agressivo contra as minorias, proposta de uma economia liberal e a promessa de “fuzilar a petralhada” como forma de acabar com a corrupção brasileira.

Bolsonarismo: do autoritarismo velado ao esvaziamento democrático

O cenário da eleição de 2018, que levou ao poder Jair Messias Bolsonaro, é novo na política engessada do Brasil, que estava acostumada com a relevâncias dos debates nas emissoras de televisão, de forma a se manter um pouco distante dos eleitores, sendo surpreendida pela efetividade e dinamismo da campanha de Bolsonaro. De modo modificou a dinâmica da política brasileira, a campanha utilizou as redes sociais, comunicando-se diretamente com o eleitor, criando, portanto, uma intimidade entre Jair e seus eleitores, os quais foram responsáveis por disseminar notícias – mesmo que nem todas verdadeiras, defendendo, ferrenhamente, o candidato; programando atos nas ruas em apoio à candidatura, e disseminando, nas próprias redes sociais, o discurso do atual presidente.

Com a ajuda das redes sociais, Bolsonaro se elegeu com 55 milhões de votos⁷ mesmo sem ter estado presente nos debate das redes televisivas durante a fase final da campanha. O engajamento gerado pelas mídias possibilitou que existisse um processo que dificultou a distinção entre ficção e realidade. Dessa forma, seus apoiadores utilizaram aplicativos como o *whatsapp*, *facebook* e *instagram* para apoiar integral ao candidato. Contudo, o dinamismo das mídias sociais trouxe a possibilidade de preencher essas lacunas com ficção de forma muito mais fácil, e vestida de verdade. Essas interações levantaram as mais diferentes teorias da conspiração, e esse ambiente foi extremamente explorado, aumentando o apoio à candidatura de Bolsonaro.

7 TRIBUNAL SUPERIRO ELEITORAL. **Presidente do TSE confirma eleição de Jair Bolsonaro à Presidência da República**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/presidente-do-tse-anuncia-eleicao-de-jair-bolsonaro-para-presidente-da-republica>. Acesso em: abr 2020.

Esse pode ser um ponto crucial que abala a democracia brasileira: a disseminação de notícias falsas e sua repetição em grande escala, que acaba por fazer recair uma máscara de verdade sobre elas. As pessoas, ao acreditarem em *fake News*, que, aparentemente, são absurdas, geram uma sensação de medo e insegurança coletiva, sendo uma das melhores maneiras de mobilizar as pessoas, canalizando o medo em ódio⁸. Isso impossibilita o debate social e fragiliza a democracia, uma vez que ela só se constrói sobre um debate amplo, em que todos participam. Entretanto, essa polaridade afeta a escuta e nos faz enxergar no outro um inimigo a ser combatido, e não um ser humano. Bolsonaro soube aproveitar dessa dicotomia, canalizando o medo a partir das pautas de cunho moral aliadas às *fake news*, para impedir o diálogo e, assim, distanciar o debate democrático, já que só existiram dois polos possíveis, que não se conversam de forma alguma, dando espaço para um cenário de acusações e medo.

Essa polaridade limita a formação de um tecido social plural e diverso, impossibilitando o reconhecimento de novas possibilidades de opiniões, valores e crenças. Dessa forma, tudo que emana de um lado que é considerado como o “inimigo” é intelectualmente inferior, errado, e, assim, alimenta estereótipos que afastam o diálogo e impossibilita a troca que fortalece o ambiente político. Desta forma, Jair Bolsonaro ganhou apoio com proposta vagas, como: a acabar com a corrupção, facilitar a porte de armas para que o “cidadão de bem” possa se defender, viabilizar o endurecimento de punibilidade para infratores, acabar com a ideologia de gênero e, assim, proteger as crianças da promiscuidade, fortalecer a família tradicional, já que existiria uma série de “inimigos” tentando destruí-la, defendeu a privatização e a extinção das estatais e defender o país da ameaça do comunismo bolivariano. Parte dessas pautas são pertinentes, já que são males reais sobre o estado brasileiro, como a corrupção, porém, a propositura dos temas fora feita de forma controversa, como concluiu Lacerda (2019).

A população brasileira, como aponta Mounk (2019), saturada da relação com políticos somado ao momento de instabilidade vivido, acabou por ver em Bolsonaro um símbolo de ruptura com a antiga política. O candidato ficou conhecido por falar o que pensa, doa a quem doer, por ser contra o politicamente correto e por defender o cidadão de bem dos inimigos, esses que estariam nas minorias que reivindicam a divisão da cidadania, para que possam ter participação e poder dentro da política; uma visão que apresenta o cancelamento do politicamente correto, afirmando que existe um excesso de supervisão dos discursos e que feriria a liberdade de expressão da sociedade, tentando trazer validade em discursos machistas, homofônicos, misóginos.

Segundo Stanley (2020), essa ameaça percebida pelo cidadão de bem acontece porque, ao retificar as injustiças que desiguam as minorias, conse-

8 DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/mj/v18n32/v18n32a12.pdf>. Acesso em: out 2020.

quentemente, trará sofrimento aqueles que se beneficiaram dessas injustiças, ou seja, esse sofrimento será vivenciado pela parcela da população como forma de opressão, ou, com as palavras do candidato, “vamos fazer um Brasil para as maiorias, as minorias têm que se curvar as maiorias, as leis devem existir para defender as maiorias, as minorias que se adéquam, ou, simplesmente, desaparecem”. A maior parte de suas falas e atos durante e pós campanha corroboram para a polarização, como a afirmação de existir um cidadão de bem que merece proteção e cuidado e um outro que se aproveita da bondade do estado e merece ser punido.

Diversas vezes ele se posiciona menosprezando parte da população. Segundo Bolsonaro, “[O policial] entra, resolve o problema e, se matar 10, 15 ou 20, com 10 ou 30 tiros cada um, ele tem que ser condecorado, e não processado”⁹ (2018); “a sociedade brasileira não gosta de homossexual. [...] Nós não perseguimos. [...] Não gostar não é a mesma coisa que odiar. Você não gosta dos talibãs”¹⁰; “Não existe homofobia no Brasil. A maioria dos que morrem, 90% dos homossexuais que morrem, morre em locais de consumo de drogas, em local de prostituição, ou executado pelo próprio parceiro”¹¹ (2013); “Fui num quilombola [*sic*] em Eldorado Paulista. O afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada! Acho que nem para procriadores servem mais”¹² (2017) ou “Isso não pode continuar existindo. Tudo é coitadismo. Coitado do negro, coitado da mulher, coitado do gay, coitado do nordestino, coitado do piauiense. Vamos acabar com isso”¹³ (2018), todos esses posicionamentos mostram que está bem longe de uma política no sentido do convívio entre os diferentes.

Ao chegar na presidência, conseguiu efetivar ações contra direitos conquistados pelas minorias, como a retirada do segmento de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais do Conselho Nacional de Combate a Discriminação (decreto nº 9.883 em julho de 2019), que tinha como finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de LGBTQIA+. Ou quando houve, também, a tentativa, pelo Ministério da Educação, em junho de 2020, de retirar as cotas destinadas a negros e indígenas em cursos de mestrado e doutorado. Tudo isso mostra que o governo não possui preocupação com as ações afirmativas, contrariando todo o esforço constitucional na tentativa de promover a justiça social.

Essa posição vai de encontro ao art. 3º da constituição, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como, por exemplo, que o Estado deve se esforçar para construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e

9 Entrevista ao jornal nacional em agosto de 2018.

10 entrevista à minissérie documentário *Out there*, exibida pela emissora britânica BBC.

11 entrevista à minissérie documentário *Out there*, exibida pela emissora britânica BBC.

12 afirmação, em palestra no Clube Hebraica, no Rio.

13 entrevista à TV Cidade Verde, do Piauí.

a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o que, no mínimo, leva-nos a questionar as ações governamentais e, talvez, seja possível perceber o patrimonialismo presente dentro da democracia vigente, já que o governo, através do aparato estatal, acaba por tentar impor o seu interesse e de seus apoiadores, ao ignorar e tentar retirar ações afirmativas conquistadas sob muita luta por minorias da sociedade, que sofrem por não ter um grande apoio estatal. Retirar o pouco apoio que esse segmento da população possui, apenas por não concordar com a sua existência e entender/interpretar que é uma ameaça à família tradicional, não é motivo relevante para ser entendido como um interesse público.

A chegada da pandemia de *COVID-19* alertou ainda mais o estado democrático de direito. Apesar das recomendações de manter o distanciamento social, Jair foi visto em diferentes manifestações que pediam o fechamento do Congresso Nacional e do STF, fazendo uma alusão ao AI-5, implementado durante a ditadura militar que retirava todos os direitos políticos e sociais. Apenas esse único posicionamento, vindo de um líder democrático, já deve ser considerado extremamente perigoso e entendido como um alerta. Mas Bolsonaro nunca escondeu a admiração pelo período em questão, fazendo diversos elogios a generais que atuaram neste período, como em seu voto no impeachment de 2016: “Pela memória do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff, pelo exército de Caxias, pelas Forças Armadas, pelo Brasil acima de tudo e por Deus acima de tudo, o meu voto é sim”.

Além do apoio a movimentos extremamente autoritários, a condução do país durante a pandemia foi, no mínimo, conturbada, podendo até ser descrita, algumas vezes, como caótica. Durante diversas vezes, Bolsonaro contraria pesquisas e posicionamentos científicos. O principal caso é do remédio hidroxiquina, como afirma Priolli em o placebo eleitoral, que apesar de não possuir nenhuma comprovação científica, é defendido pelo presidente, que chegou a erguer uma caixa do remédio para uma multidão de apoiadores, sendo, na oportunidade, ovacionado. O governo proposto por Jair Bolsonaro, diante de todo o exposto, se mostra como uma ameaça considerável à democracia. As rupturas causadas no cenário social e pela falta de diálogo são cada vez mais incentivadas por falas e posicionamentos de Jair. Esses são apenas alguns dos fatos. O Brasil vive um momento em que polêmicas aparecem sucessivamente, o que gera a sensação que Bolsonaro ainda está em fase de campanha.

Conclusão

Após uma extensa pesquisa bibliográfica e análise dos fatos, entendemos, que Bolsonaro pode ser considerado um candidato *outsider*, tendo em vista que se beneficiou da instabilidade econômica e política, se posicionado

como uma opção antissistema e seria capaz de trazer ao Brasil momentos melhores. Entretanto ao mesmo tempo que a dinâmica brasileira influenciou a candidatura de Bolsonaro, as redes sociais foram o ponto chave para que o apoio à candidatura aumentou cada dia.

Além disso, o presidente utilizou de técnicas que desestabilizam a democracia, principalmente o uso desenfreado de *fake news*, mas foi possível observar diversas técnicas, como anti-intelectualismo, a criação de um passado mítico que trouxe uma nova roupagem a ditadura através de uma propaganda criada de um passado que teria sido melhor, a dinâmica de lei e ordem e a busca constante em defender a “família tradicional” geram consequências que conseguem afetar o dialogo social e como resultado sensibiliza o Estado Democrático de Direito que se consolidou com a Constituição de 1988.

Ademais, já foi apresentado é possível afirmar que o governo bolsonarista vem mitigando ou tentando mitigar direitos das minorias, uma das justificativas para essa atitude se baseia na dinâmica de “tomadores” e “trabalhadores, apresentada no corpo do texto. Desta forma fica evidenciado uma tentativa de emoldurar a ditadura e trazê-la para a atualidade com novas roupagens, principalmente após as aparições do presidente em manifestações que pediam o fechamento de Congresso Nacional e o STF, para que assim Bolsonaro pudesse colocar suas propostas de governo em pratica, pontuando essas duas instituições como inimigos que impediriam o sucesso de governo bolsonarista.

Sob esses pretextos vamos cada vez mais nos distanciando de governo plural e que pertence beneficiar todos os cidadãos, mas sim se tornando um governado para determinadas classes, ignorando a uma das maiores características da democracia a pluralidade, assim parafraseando a Ministra Carmen Lúcia: “democracia é plural, quem gosta de unanimidade é ditadura”. Sendo assim, Constituição Federal de 1988 possui suas imperfeições e limitações, mas ainda é a melhor que já possuímos durante a história das constituições no Brasil, deste modo retrocessos que ignoram ou mitigam direitos que estão previstos no tratado constitucional devem ser repudiados ou impedidos, através do fortalecimento das instituições do Estado.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: dez 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 45, n. 179, p. 25 – 37, jul./set. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176538/000843866.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

COSTA, Sergio. **Estrutura Social e Crise Política no Brasil**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Debs%20S2/Desktop/artigo%20coimbra/Revista%20Dados%2061%20n%C2%BA%204%20de%202018.vp.pdf>>. Acessado em: dez

2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. **Pacto de san José da costa rica**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>>. Acessado em: abr 2019.

DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. **Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques**. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/mj/v18n32/v18n32a12.pdf>. Acesso em: out 2020.

LACERDA, Mariana Basso. **O novo conservadorismo brasileiro: de Regan a Bolsonaro**. 1ª ed. Porto Alegre: Zouk. 2019.

LEITE, Vanessa. Em defesa das crianças e da família: Refletindo sobre discursos acionados por atores religiosos “conservadores” em controvérsias públicas envolvendo gênero e sexualidade. **Revista latino-americana**. n. 32. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/sess/n32/1984-6487-sess-32-119.pdf>>. Acessado em: abr 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOHMANN, Georg. **As Definições Teóricas de Direitos Humanos de Jürgen Habermas – O Princípio Legal e as Correções Morais**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Debs%20S2/Desktop/artigo%20coimbra/habermas.pdf>>. Acessado em: dez 2019.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das letras. 2019

PRIOLI, Gabriela. **O placebo eleitoral**. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/gabriela-prioli/2020/07/o-placebo-eleitoral.shtml>. Acessado em: abr 2020.

SCHAWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das letras. 2019.

SCRUTON, Roger. **Conservadorismo: um convite à grande tradição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record. 2020.

SILVA, Amanda de Oliveira e PRADO, Alessandro Martins. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Debs%20S2/Desktop/artigo%20coimbra/3273-5126-1-PB.pdf>>. Acessado em: dez 2019.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo: a política do “nós” e “eles”**. 4ª ed. Porto Alegre: L&PM. 2020.

WHIMSTER, Sam. **Weber**. 1ª Ed. Penso. 2019.

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DAS INSTITUIÇÕES DE ESTADO E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Gustavo Worcki Sato

É graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Penal. Especializando em Segurança Pública e em Direito Ambiental. Foi professor de Direito Processual Penal em cursos preparatórios para concursos públicos. Delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo

Resumo:

A democracia é o regime político que se funda na soberania popular e na participação do povo no poder, de modo que cabe aos cidadãos a escolha dos atores políticos e do direcionamento a ser conferido às políticas do governo eleito, por meio de seus representantes. Para evitar a subjugação dos interesses dos grupos minoritários, a Constituição fixa uma proteção aos indivíduos, consistente nos direitos e garantias fundamentais, base do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Assim, as instituições de Estado, erigidas sob os fundamentos da Constituição, revelam-se como importante salvaguarda à proteção da sistemática parametrizada pela Carta Superior, atuando, via de regra, de maneira contramajoritária, para conter propostas que infrinjam os interesses das minorias. Por tais razões, analisa-se a necessidade de fortalecimento das instituições, as quais serão as responsáveis por assegurar o cumprimento das normas constitucionais, agradem elas ou não ao grupo predominante do momento.

Palavras-chave: Instituições de Estado; Democracia; Papel contramajoritário; Proteção das minorias.

Considerações iniciais

A democracia e a carga axiológica a ela atrelada é considerada um dos pilares essenciais das nações ocidentais, de modo que, a despeito dos entraves intrínsecos aos regimes democráticos, o “governo do povo, pelo povo e para o povo”, nas célebres palavras de Abraham Lincoln, revela-se como aquele que confere maior respeito aos valores da igualdade e liberdade, além de permitir a efetiva participação popular nos entremeios do poder político.

A relevância do princípio democrático é tamanha, que as Declarações de Direitos das Nações Unidas do Pós-Guerra (art. XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e art. 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966) colocaram-na em um pináculo especial, considerando-a como um direito humano e fundamental que deveria orientar a reconstrução dos povos depois dos horrores da Segunda Guerra.

Ante à amplidão de significados e vagueza na definição de seu conceito, é usual que governos autocráticos e ditatoriais, os quais adotam como práticas corriqueiras em suas gestões a patrulha dos meios de comunicação, a perseguição a detratores e o domínio ideológico das instituições de Estado, autointitulem-se democráticos, de forma a manter o povo aturdido e submisso aos dirigentes da ocasião (GOMES, 2017, p. 67).

Nessa esteira, uma leitura clássica da ideia de democracia a vincularia a uma “regra da maioria”, segundo a qual a vontade da maior parte dos cidadãos, representada pelos governantes eleitos, autorizaria a tomada de decisões por critérios quantitativos. Em contrapartida, a moderna concepção da democracia não vincula tal regime apenas à prevalência da vontade da maioria, mas especialmente à superioridade da Constituição, proteção dos direitos fundamentais de toda a população, legalidade das ações estatais e definição de um regular sistema de garantias jurídicas e processuais, com respeito ao caráter constitucional das instituições de Estado (FERNANDES, 2017, p. 292).

Não obstante, mostra-se habitual no Século XXI a adoção de práticas autoritárias por parte de governantes democraticamente eleitos, os quais, com o apoio da maioria votante e a partir da dinâmica dos parlamentares coligados, buscam sobrepujar direitos fundamentais e reprimir as minorias nacionais, além de retroceder na proteção a direitos difusos e, ressalte-se, utilizando-se de forma deturpada dos instrumentos regularmente previstos nas cartas constitucionais.

Tal problemática não é recente, de modo que as constituições contemporâneas, ao mesmo tempo em que fixaram a separação do exercício das funções estatais, apresentaram um mecanismo de controle recíproco, denominado de sistema de “freios e contrapesos”, decorrente do sistema norte americano do “*checks and balances*”, o qual, em sua essência, fixa que os órgãos de Estado realizarão uma fiscalização recíproca, com cada qual das instituições exercendo o controle das demais, de modo a sempre preservar a supremacia da Constituição e a prevalência dos direitos fundamentais (MORAES, 2017, p. 314).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um meio amplamente democrático para acesso às funções técnicas de Estado, qual seja: a seleção por meio de concurso público. Nessa esteira, Cunha Junior (2011, p. 946/950) nota que a Carta Cidadã estabeleceu em seu art. 37, inciso II, o princípio do prévio concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos, meio transparente, igualitário e eficiente para provimento dos cargos e empregos técnicos no âmbito da administração pública direta e indireta.

Dessa maneira, pretende o presente trabalho perquirir brevemente a atuação das instituições de Estado regularmente estabelecidas pela Constituição Federal a partir do sistema de freios e contrapesos, em um viés contramajoritário, visto ser função das agências públicas a proteção das normas constitucionais e do direito internacional dos direitos humanos, ainda que, para tanto, seja necessário opor-se à vontade dos governantes regularmente eleitos e da parcela massiva da população que continue a apoiá-los.

O Estado Democrático e Constitucional de Direito

A democracia não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual as sociedades buscam a evolução e realização da convivência harmônica entre os pares, por meio do respeito aos direitos fundamentais. Para Silva (1995, p. 126), a democracia é um valor histórico, configurando-se em um regime político no qual o poder repousa na vontade do povo, revelando-se, igualmente, em um modo de vida, que pauta o relacionamento entre os cidadãos com base no respeito e tolerância.

Relembrando o escólio de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ainda que crítico a ela, Silva (1995, p. 127) aduz que, de acordo com as palavras do cateadrático da Universidade de São Paulo, a democracia possível é aquela exercida por uma “minoría democrática, ou seja, por uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, imbuída do espírito democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum”.

Por sua vez, Fernandes (2017, p. 292), com base na vertente habermasiana de pensamento crítico, alega que as “democracias contemporâneas trabalham com uma conexão entre o autogoverno do povo e os direitos fundamentais”, esclarecendo que deve haver uma relação recíproca entre a soberania da maioria e os direitos humanos.

A partir do movimento iluminista e dos ideais liberais estabelecidos nos Séculos XVII e XVIII, observou-se que o valor igualdade foi intrinsecamente atrelado à definição de cidadania, ainda que, à época oitocentista, tal igualdade fosse compreendida sob um viés meramente formal, havendo, pois, uma grave desigualdade “real” ou material (SILVA, 2009), no que se denominou de Estado Liberal de Direito ou, simplesmente, Estado de Direito.

Na sequência, os movimentos dos trabalhadores do pós-revolução industrial possuíam como uma de suas premissas a consecução da cidadania às camadas mais expostas da população, de modo a permitir a ascensão dos mais vulneráveis a um estado de igualdade efetivo, sanando as diferenças odiosas da mera igualdade formal a partir de um nova postura do Estado, o qual abandonaria a conduta passiva e passaria a uma atuação positiva, no que se denominou de Estado Social de Direito ou Constitucionalismo Social (NUNES JUNIOR, 2017, p. 87), ideário que regeu a Carta Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919.

A evolução dos movimentos constitucionalistas no Brasil culminou num modelo de organização estatal que objetiva a proteção das três principais dimensões de direitos fundamentais, aliadas ao estímulo à valorização da democracia e da dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos, inclusive no que se refere à proteção das minorias e do meio ambiente.

Nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 291) a Constituição Federal de 1988 assenta no país um novo modelo de organização, denominado pelos constitucionalistas de Estado Constitucional Democrático e Socioambiental de Direito, o qual congrega o respeito à ordem constitucional estabelecida a partir dos valores fundamentais do pós-ditadura militar, visando a manutenção da ordem democrática, respeito às minorias e a proteção socioambiental.

Dessa maneira, a Carta Cidadã de 1988 buscou conciliar os princípios fundamentais do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, já constante dos modelos anteriores, às modernas necessidades do Estado Democrático, além da indissociável preservação do meio ambiente e dos direitos das minorias étnicas, financeiras, políticas e identitárias, como forma de promover a integração e desenvolvimento nacionais.

Note-se, ademais, que o valor democrático estabelecido pela atual Constituição Federal já traz de modo intrínseco em sua essência a proteção da dignidade humana em sua integralidade, a fim de atender aos anseios das maiores e minorias democráticas.

É o que ensinam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 293):

Mas a democracia não se traduz apenas em um conjunto de princípios e regras de cunho organizatório e procedimental, guardando, na sua dimensão material, íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais em geral, com destaque para os direitos políticos e os direitos de liberdade (designadamente as liberdades de expressão, reunião e manifestação), para além dos direitos políticos e de nacionalidade.

E é justamente esse *standard* trazido pelo constituinte de 1988 que impõe à maioria política ocasionalmente vigente a reverência aos direitos das minorias e, igualmente, o respeito ao regimento previsto constitucionalmente, de reverência aos direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente, de modo que a supressão dos interesses dessas categorias afronta a própria democracia e, conseqüentemente, a ordem constitucional.

Ocorre que, a despeito da mencionada proteção fundamental vigente, tem se demonstrado usual neste início de Século XXI a investida por governantes eleitos contra as bases do moderno governo constitucional e democrático, atos estes, em muitas das ocasiões, praticados com o apoio maciço da maioria que os elegeu.

Diante desse cenário, avulta a importância das instituições de Estado na contenção de medidas antidemocráticas e defesa das minorias, para proteção

da própria essência constitucional que serviu de gênese às agências, tal como se verá a seguir.

O papel contramajoritário das instituições de Estado e a defesa das minorias

O Estado moderno é um ente dotado de personalidade jurídica internacional e no âmbito interno. No cerne do regime federativo brasileiro, vige, nas menções de Carvalho Filho (2017, p. 45), um *pluripersonalismo*, ante à existência de um ente central (União) e de diversos outros entes componentes do sistema político (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

E ante às diversas atividades de caráter público e essenciais a serem desempenhadas pelo Estado, a Constituição Federal e as leis regentes particionam as funções entre variados organismos menores, ao que se denominou de desconcentração administrativa (OLIVEIRA, 2017, p. 176), criando-se para tanto os órgãos públicos, entidades que, apesar de não dotadas de personalidade jurídica própria, atuam sendo o próprio Estado.

Para a Constituição Federal, contudo, as funções desenvolvidas por cada um dos órgãos públicos não se situam em um mesmo plano valorativo, elencando o constituinte originário entes com “envergadura constitucional mais elevada”, os quais, no cumprimento regular de suas funções, atuam na proteção da própria ordem constitucional e democrática, sendo alguns dotados de personalidade judiciária ou mesmo de poder decisório quanto a direitos relevantes (CARVALHO FILHO, 2017, P. 46).

Outrossim, ainda que dotados de relevo constitucional, alguns dos órgãos públicos – especialmente os de preenchimento por caráter eletivo – pautam-se em seu mister pela representação das vontades da maioria da população, em virtude da própria dinâmica democrática que os rege.

Assim, nas breves páginas do presente estudo, far-se-á um recorte epistemológico com o fito de se analisar o papel contramajoritário apenas com referência às instituições de Estado de maior envergadura constitucional – afastando-se da análise de órgãos com funções administrativas de menor relevo, afetas a funções de caráter puramente burocrático ou de mera execução – e cujos agentes que as compõem sejam contemplados com a característica da permanência e estabilidade, garantida por intermédio de concursos públicos regulares – abstendo-se da análise dos órgãos providos por agentes políticos ou servidores públicos temporários, seja pela via do sufrágio universal, como câmaras, assembleias e o próprio parlamento, ou pelo provimento por meio de cargos em comissão.

Nesse sentido, as instituições elencadas para o protagonismo da pesquisa são o Poder Judiciário, com previsão a partir do art. 92 da Constituição Federal; o Ministério Público e a Defensoria Pública, órgãos tratados como funções essenciais à justiça, respectivamente, a partir do art. 127 e 134; e, por fim, as Polícias Judiciárias, às quais a Carta Superior atribuiu a defesa do Estado e

das Instituições Democráticas e previstas no art. 144 da Constituição Federal.

Repise-se, por oportuno, a inegável importância de todos os demais organismos instituídos pela Constituição Federal. Entretanto, na recente democracia brasileira, as instituições citadas no parágrafo anterior apresentaram proeminente atuação constitucional e democrática pós Constituição de 1988, seja na proteção dos mais diversos grupos minoritários e do meio ambiente ou na responsabilização civil, administrativa e criminal dos mais diversos mandatários, disseminadores de ideologias variadas, democraticamente eleitos e que, de qualquer forma, tenham tentado subverter as bases fundantes do Estado brasileiro.

Igualmente importante é a definição do que seriam as ditas minorias para fins do estudo. Dentre as concepções possíveis a respeito do tema, utilizar-se-á aquela que situa as minorias como qualquer grupo com características razoavelmente homogêneas, com representatividade inferior na sociedade e, conseqüentemente, no parlamento, e cujas pautas usualmente não interessam à maioria democrática, a qual tende a não conferir a salvaguarda integral aos pleitos identitários.

Siqueira e Castro (2017) relembram que a identificação de uma minoria demanda a verificação de quatro elementos, quais sejam: posição de não-dominância junto ao corpo social; vínculo subjetivo de solidariedade entre seus membros para a proteção de sua identidade cultural; necessidade de proteção estatal especial; e a existência de certa opressão social.

Destarte, pelas próprias características que as definem, em uma sociedade regida pela vontade da maioria, a tendência aponta no sentido de que as minorias constantemente não sejam capazes de assegurar os interesses próprios, novamente, diante da própria dinâmica da representatividade em uma democracia ainda imperfeita.

O mesmo ocorre com relação àqueles direitos essenciais cuja preservação não interessa à parcela majoritária da população – ainda que seja ela imprescindível à sobrevivência dos próprios grupos –, tal como ocorre com a proteção do meio ambiente sustentável e ecologicamente equilibrado, bem jurídico difuso, da qual a proteção por vezes cede face à conveniência de grupos econômicos.

Em ambas as situações, por não enternecerem os grupos dominantes no parlamento e, tampouco, os grupos majoritários por estes representados, as categorias minoritárias seriam colocadas em um impasse, visto que a atuação dos governantes democraticamente eleitos poderia servir, inclusive, à supressão de direitos conquistados em árduos processos históricos.

A fim de garantir a reverência aos direitos dos grupos minoritários pelas maiorias eventuais, a Constituição Federal fixou um catálogo de direitos fundamentais, petrificados no texto constitucional, e cujo atendimento deve ser garantido pelas instituições de Estado, as quais também extraem sua existência e validade do próprio texto constitucional.

Sobre a questão, o Poder Judiciário passou, nos anos recentes, a desem-

penhar uma função ativa na sociedade nacional e internacional, atuando em assuntos de grande relevo e cujo debate público era intenso, no mais das vezes a partir de um viés contramajoritário, ou seja, na posição oposta daquela patrocinada pelo interesse majoritário.

Barroso (2012) menciona que o fenômeno do ativismo judicial contramajoritário espalhou sua tendência em todo o globo, de modo que os Tribunais Constitucionais do Canadá, Estados Unidos da América, Israel, Turquia, Hungria, Argentina, Coreia do Sul e tantas outras nações têm dirigido medidas de proteção aos direitos fundamentais, comedindo propostas inoportunas da maioria ocasional.

Nas palavras do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal pátrio, quando assim atua, a justiça constitucional é colocada como vetor sobre o espaço da política majoritária, produzida no âmbito dos poderes legislativo e executivo pelos governantes eleitos pela ocasião.

Ainda segundo o escólio do eminente Ministro, o ativismo judicial moderno e contramajoritário decorreu justamente da necessidade de interpretação proativa da Constituição por parte dos tribunais, especialmente diante de medidas de cunho populista propostas pela classe política eleita em detrimento dos direitos fundamentais de grupos minoritários, a impedirem que “as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2012).

Porém, apesar do comportamento de destaque e já vastamente debatido nos bancos de discussão acerca da atuação contramajoritária dos tribunais, é certo que o poder judiciário é instado a se manifestar a partir de demandas que são até ele conduzidas, em razão do próprio princípio fundador da inércia da jurisdição. Em complemento, verifica-se que a atuação do judiciário é, via de regra, a *ultima ratio* das providências.

Assim, demais instituições de Estado também ostentam significativa função de defesa dos direitos fundamentais e da ordem democrática, seja na atuação regular administrativa ou quando da judicialização de casos, servindo tais organismos de ruído aos interesses de todas as camadas da população, sejam acobertadas pela vontade da maioria ocasional ou dos grupos minoritários, quando os interesses sejam opostos.

Isso, pois, em um modelo democrático em desenvolvimento, é correqueira a baixa participação das minorias na formação das políticas públicas, de forma que cabe às instituições de Estado a otimização da Constituição em todos os seus aspectos, a fim de permitir o progresso da democracia e da dignidade a todos os grupos, sejam suficientemente representados ou pouco simbolizados pela ocasião (OLIVEIRA e ALVES, 2014).

Nesse sentido, as Polícias Judiciárias, quais sejam, a Polícia Federal e as Polícias Cíveis dos Estados, têm sido responsáveis por conduzir investigações variadas, implicando parlamentares ou chefes do poder executivo que gozam de apoio massivo da população. Demais disso, são as responsáveis pela recepção de inúmeras ocorrências de violação de direitos de diferentes minorias, tais como quando do ultraje de direitos das mulheres, infrações de precon-

ceito e degradação do meio ambiente. Não sem razão, estão tais instituições incluídas no Título V da Carta Cidadã, compondo os entes responsáveis pela defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

A Defensoria Pública, por sua vez, apresenta-se como a instituição voltada à promoção dos direitos humanos e atendimento aos necessitados, como expressão do próprio regime democrático. Tal incumbência constitucional impõe à Defensoria Pública o incremento indistinto dos direitos humanos de todos os grupos vulneráveis.

Na mesma trilha, a Constituição Federal comete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo indistinta a atribuição de promoção dos direitos fundamentais dos grupos minoritários judicial e extrajudicialmente pelo ente.

Das soluções à “dificuldade contramajoritária”

Em contraposição à atuação contramajoritária das instituições de estado, argumenta-se com frequência que o parlamento e os representantes eleitos seriam os organismos dotados de representatividade popular e únicos capazes de ditar os rumos das políticas nacionais. Ainda, questiona-se da legitimidade democrática das instituições de Estado, visto que delegados de polícia, promotores de justiça, defensores públicos e juízes de direito não são eleitos diretamente pelo povo.

Tal fenômeno é denominado por De Souza Neto e Sarmiento (2013) de “dificuldade contramajoritária”, existindo na atualidade copiosos argumentos favoráveis e contrários à atuação das instituições de Estado no avesso dos anseios da maioria transitória.

E sem qualquer pretensão de encerrar o debate nas breves palavras do presente estudo, interessa apresentar a síntese de alguns dos argumentos adeptos de solução à dificuldade contramajoritária do entes públicos e apresentado pelos autores, tais como: a) transparência e fundamentação da atuação e decisões por parte das instituições, denominada de “representação argumentativa”; b) provimento dos membros das instituições por concursos públicos segundo as regras constitucionais; c) respeito aos direitos fundamentais e valores democráticos; d) a adoção de uma “teoria de diálogos constitucionais”, que negue ao poder político majoritário ou às instituições o poder de dar a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição – nenhuma das instituições teria o “direito de errar por último”; e) a definição de *standards* no exercício das funções pelas instituições, de maneira a respeitar o princípio democrático (DE SOUZA NETO e SARMENTO, 2013).

Em contrapartida - e não sem razão -, aduz-se que tal atuação contramajoritária deve ser pautada em limites fixados pela própria Carta Constitucional, a fim de que às instituições de Estado não seja conferido um poder ilimitado de interpretação da Constituição e que também sirva à prática de um autoritarismo disfarçado.

Sobre o tema, De Souza Neto e Sarmiento (2013) relembram que a Suprema Corte norte-americana já usou de seu “poder contramajoritário” justamente para prejudicar as minorias, quando, no Século XIX, vetou iniciativas legislativas que tentavam encerrar a escravidão no país, pronunciando-se favoravelmente aos senhores de escravos.

Assim, o revés do ativismo institucional exacerbado é, justamente, a autocontenção a ser exigida das instituições, especialmente quando diante dos denominados *hard cases*. Caberia, pois, às instituições, moderarem sua atuação de forma coerente e especialmente pautada na proteção dos direitos fundamentais, atentando-se aos princípios magnos da proporcionalidade e da razoabilidade.

Rothenburg (1999, p. 58/64) lembra que, a despeito da hermenêutica constitucional reger-se pelo princípio da unidade hierárquico-normativa da constituição e concordância prática entre os princípios, em uma sociedade multifacetária, a aplicação dos valores constitucionais não é matéria tão coezinha. Nesse sentido, “a ponderação de bens” em conflito deve se pautar por um critério de “concordância prática”, com a prevalência da “supremacia axiológica dos princípios constitucionais e sua luz a iluminar a compreensão de todas as regras do sistema”.

Preto (2007), na tentativa de desenvolver uma solução ao dilema, verifica que as medidas contramajoritárias serão devidamente constitucionais quando fundadas na proteção dos direitos fundamentais em sua essência – proteção do mínimo existencial – e cujo parâmetro último seja a Constituição Federal. Por outro lado, as instituições deverão praticar a autocontenção quando se verifique a inexistência de violação a direito fundante, seja pela aplicação de uma das diversas interpretações possíveis ou na hipótese de violação de meras normas procedimentais.

Conclusão

O regime de governo democrático pauta-se por uma constante evolução histórica, de modelo aberto, influenciado pelas tendências internacionais e dos componentes nacionais. Mutável, em sua essência, diante da alteração entre os ideários dominantes e fundado no dinamismo do revezamento entre os grupos de poder.

Aprioristicamente, a diversidade e o confronto crítico de ideias promovem o avanço geral dos direitos, da ciência e da sociedade como um todo, sendo as convicções colocadas em embate direto, de modo que, ao final dos debates, prevaleceriam as propostas mais consistentes. Filosoficamente, o “protecionismo intelectual” conduz à estagnação histórica, devendo, portanto, prevalecer um “livre mercado” entre as ideias, a permitir sua espontânea defrontação (BARBIERI, 2014).

Não obstante, a própria dinâmica democrática – repise-se, em constante evolução – pode provocar a prevalência temerária dos interesses da maioria

de ocasião, criando entraves à representação dos interesses dos grupos minoritários, visto que os direitos, ideias e pautas identitárias são afastadas do campo do debate público, justamente por não concernirem à parcela majoritária da população naquele momento da história.

Além disso, governantes democraticamente eleitos ao redor do globo têm se beneficiado do apoio massivo do parlamento e do grupamento representativo que os elegeram para subjugar os direitos das minorias nacionais, avançar em roteiros de violação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, ainda, atacar as próprias regras democráticas que serviram a sua ascensão ao poder.

Nessa perspectiva, as instituições de Estado assumem um importante papel: desempenhar a proteção dos direitos dos grupos minoritários, bem como daqueles bens difusos cuja preservação não interesse à parcela predominante, em uma típica ação contramajoritária, pautada na implementação dos direitos fundamentais ancorados na Constituição da República.

Cabe, assim, às agências públicas com envergadura constitucional e dotadas da atribuição de resguardar a própria ordem democrática, tais como as polícias judiciárias, o ministério público, as defensorias públicas e os tribunais, concretizar os valores da dignidade humana em sua plenitude, a fim de garantir o espaço ao refúgio dos interesses da minoria, quando também amparados na Carta Cidadã.

Certo que tal atuação contramajoritária deve também se pautar na principiologia constitucional, de maneira a que não se pratique um autoritarismo dissimulado por parte dos agentes públicos regularmente providos, aplicando-se, para tanto, medidas de autocontenção com escólio na proporcionalidade, razoabilidade e na concordância prática entre as ações propostas.

Adequados são os ensinamentos de Baptista (2003), para quem a “diminuição das desigualdades e a tolerância da dissensão (...) são tão importantes quanto as garantias das liberdades fundamentais”, de forma que a realização plena da Constituição é indissociável do “aperfeiçoamento das instituições democráticas” e da “domesticação do poder”, a fim de que, em última análise, “da democratização do Estado”, passe-se à “democratização da sociedade”.

Referências

BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.

BARBIERI, Fabio. A Escola austríaca e o Mercado das ideias. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, v. 2, n. 1, p. 5-17, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, p. 119-161, 2013.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- NUNES JUNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>>. Acesso em: 23 out. 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.
- PRETTO, Ana Lúcia. Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 2, 2007.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, Cristina Nogueira da. Conceitos oitocentistas de cidadania: liberalismo e igualdade. **Anál. Social**, Lisboa, n. 192, p. 533-563, set. 2009. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732009000300004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 12 out. 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

CONSTITUCIONALISMO E A TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL DE POVOS INDÍGENAS

Thiago Burckhart

Doutorando em *Diritto Comparato e Processi di Integrazione* pela Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (Italia). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, Brasil) e graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB, Brasil). Pesquisador do Centro Euroamericano sulle Politiche Costituzionale (Cedeuam, Università del Salento, Italia/Brasil, FURB). Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação, Constinter-Furb, Brasil

Resumo:

O objetivo deste artigo é de analisar a relação do constitucionalismo brasileiro com a proteção do patrimônio cultural imaterial de Povos Indígenas hodiernamente. A análise inscreve-se no campo da teoria constitucional e da teoria política, em perspectiva garantista e analítico-propositiva. A hipótese é de que o reconhecimento desta nova dimensão patrimonial nas políticas públicas e sua efetiva aplicação no campo da proteção dos conhecimentos tradicionais de povos indígenas projeta-se como um processo de abertura epistemológica da democracia brasileira, no sentido da democratização da democracia, da mesma forma que imprime um novo sentido emancipatório para a experiência constitucional. Para tanto, o texto divide-se em duas partes: I – Constitucionalismo, direitos culturais, povos indígenas e patrimônio imaterial; II – Democratização da democracia e governança institucional da cultura e do patrimônio imaterial.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Patrimônio cultural imaterial; Povos indígenas; Democracia.

Introdução

A Constituição brasileira de 1988 foi responsável por um amplo e detalhado processo de constitucionalização dos direitos culturais no Brasil. Historicamente marcados pelo subdesenvolvimento em âmbito teórico e normativo, os direitos culturais passaram, desde então, a ganhar relevância do ponto de vista político e projeção jurídica na esfera constitucional. Da mesma for-

ma, o texto constitucional também projetou em sua normatividade o renascimento dos povos indígenas para o direito, através do reconhecimento do direito originário às suas terras e de suas organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições.

Dentre os direitos culturais constitucionalizados, que representam uma inovação na história do constitucionalismo brasileiro, inscreve-se a dimensão imaterial do patrimônio cultural – conforme o art. 216, caput –, o qual estabelece novas formas de proteção e preservação, como o registro e inventário. Essa empreitada está também em consonância com o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo com a Convenção da UNESCO sobre a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, promulgada em 2003 e ratificada pelo Brasil em 2006. Em 2000 foi promulgado o Programa Nacional de Patrimônio Imaterial (PNPI), política pública instituída pelo Decreto n. 3.551 no âmbito do Ministério da Cultura e do Iphan (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Brasileiro). O Programa regula o processo de registro dos bens culturais de natureza imaterial previsto na Constituição Federal em todo o território nacional, constituindo os Livros de Registro do Patrimônio Cultural Imaterial, além das ações para sua efetiva salvaguarda após o reconhecimento. Como elemento central desta política encontra-se a necessidade de participação cidadã seja no âmbito do reconhecimento deste patrimônio, seja durante as ações de salvaguarda.

Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo analisar a relação do constitucionalismo brasileiro com a proteção do patrimônio cultural imaterial de Povos Indígenas hodiernamente. A análise inscreve-se no campo da teoria constitucional e da teoria política, em perspectiva garantista e analítico-propositiva. A hipótese é de que o reconhecimento desta nova dimensão patrimonial nas políticas públicas e sua efetiva aplicação no campo da proteção dos conhecimentos tradicionais de povos indígenas projeta-se como um processo de abertura epistemológica da democracia brasileira, no sentido da democratização da democracia, da mesma forma que imprime um novo sentido emancipatório para a experiência constitucional. Como resultado parcial, tem-se a confirmação da tese, mas aponta-se para a necessidade de aprimoramento da governança institucional participativa e da institucionalização jurídica da referida Política Pública que, dentre outras políticas no campo cultural, passa atualmente por um processo de desinstitucionalização, com cortes de verbas e extinção de importantes órgãos como o Ministério da Cultura. Referido processo político esvazia a dimensão emancipatória do instrumento jurídico-constitucional do patrimônio cultural imaterial, impactando o processo de abertura epistemológica da democracia brasileira, em detrimento do insuflamento de uma mera dimensão simbólica do texto constitucional, ponto o risco concreto de uma “constitucionalização simbólica”.

O texto divide-se em duas partes: I – Constitucionalismo, direitos culturais, povos indígenas e patrimônio imaterial; II – Democratização da democracia e governança institucional da cultura e do patrimônio imaterial.

Constitucionalismo, direitos culturais, povos indígenas e patrimônio imaterial

O constitucionalismo moderno nasce no século XVIII com, ao menos teoricamente, uma raiz humanista e uma vocação universalista¹. Sua dimensão liberal, que o caracteriza de modo enfático num primeiro momento, passa paulatinamente a dialogar com o nascimento de novas dimensões – como o “constitucionalismo social”, por exemplo –, novos direitos e novos sujeitos de direito². Apesar dessas características, que marcam o constitucionalismo desde o seu nascimento, pode-se afirmar que é somente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial que o constitucionalismo aprofunda tanto sua vocação universalista, com a projeção jurídica dos direitos humanos no âmbito do Sistema das Organizações das Nações Unidas e dos processos de constitucionalização do direito internacional e internacionalização do direito constitucional³, quanto sua dimensão humanista, com a construção de uma “ética do razoável”⁴ que se projeta no conteúdo dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Pode-se, portanto, dizer que a afirmação internacional desses princípios e direitos e a sua constitucionalização nos Estados democráticos, dá corpo a um “patrimônio comum”⁵ do constitucionalismo democrático, ao menos em tese um patrimônio comum da humanidade, no sentido de criar limites efetivos ao exercício do poder, nacional e internacionalmente, a partir do respeito aos direitos humanos, da paz, da democracia e da autodeterminação entre os povos⁶. Neste sentido foram reconhecidos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que passaram a ganharem relevância na esfera constitucional e internacional. Os direitos culturais, entendidos como “une catégorie sous-développée des droits de l’Homme”⁷, passam a ganhar relevância

1 A propósito e para aprofundamentos, v. ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.

2 Conforme a categorização bobbiana das “gerações de direitos”, BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

3 Cfe. PETERS, Anne; KLÄBBERS, Jan; ULFSTEIN, Geir. *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2011.

4 Como observa Flávia Piovesan, “No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18a Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 198.

5 A propósito e para aprofundamentos, consultar: ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*, Op. Cit.

6 Esse movimento também pode ser lido como a tentativa de cristalização de uma ética universal, pautada nestes princípios, como defendem vários autores. A Declaração Universal também pôde ser definida como uma “constituição” para todos os povos. Contudo, no processo de consolidação do sistema internacional de direitos humanos, as tensões entre as pretensões universais e as diferentes peculiaridades culturais e epistêmicas das diversas nações, comunidades e coletividades, é um debate que permanece aberto e inconcluso.

7 “Uma categoria subdesenvolvida dos direitos humanos”, Cfe. MEYER-BISCH,

política e projeção jurídica somente na década de 1970-1980, impulsionados pelos “novos movimentos sociais”, pelo processo de “politização da cultura” e pelo engajamento de importantes instituições e Organizações Internacionais – como é o caso da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, UNESCO – no processo de formulação de normas jurídicas neste terreno, como é o caso da *Convenção Internacional para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural* de 1972.

Ao passo que a relevância política dos “direitos culturais” passou a mostrar-se evidente⁸ e sua projeção na esfera do direito constitucional uma realidade⁹, também se tornou concomitantemente importante os movimentos de minorias étnicas, sociais e culturais em diversos estados do Ocidente. No Brasil o movimento indígena passou a se reestruturar desde a década de 1980¹⁰, pautados na redefinição do conceito de pertencimento étnico e na politização de suas demandas, como é o caso da reivindicação pelo direito à terra. Esse processo impulsionou a revisão dos métodos do indigenismo histórico, particularmente do “integracionismo”, que marcaram a histórica afirmação dos direitos de povos indígenas no constitucionalismo brasileiro. Dessa forma, as reivindicações relativas aos “direitos culturais” e aos “direitos de povos indígenas” encontraram solo fértil na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 e, portanto, projetaram-se juridicamente no texto constitucional promulgado em 1988.

No que tange aos direitos de povos indígenas, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 promoveu um amplo e detalhado processo de constitucionalização dos direitos de povos indígenas no Brasil¹¹. O texto constitucional dedica um capítulo (arts. 231 e 232) somente para os direitos de Povos Indígenas, reconhecendo nele sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que ocupam de maneira tradicional (art. 231, § 2º)¹². Ainda, reconhece a posse permanente das terras ocupadas tradicionalmente pelos Povos Indígenas e o direito de usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos que fazem parte destas terras (art. 231, § 2º). A Constituição dispõe que suas terras são inalienáveis

Peter. Les droits culturels: una catégorie sous-développé de droits de l’Homme. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 46, n. 04, 1994.

8 TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avalino Titton. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

9 Para aprofundamentos, ver: CAVAGGION, Giovanni. *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*. Torino: Giappichelli, 2018.

10 Para aprofundamentos, ver: RAMOS, Alcida. *Indigenism: ethnic politics in Brazil*. Madison: University of Wisconsin Press, 1998.

11 Para aprofundamentos sobre a juridificação e juridificação dos direitos indígenas no Brasil, ver: BURCKHART, Thiago Rafael. *Direitos indígenas e jurisdição constitucional: uma análise crítica do caso Raposa Serra do Sol*. Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

12 Para uma análise dos direitos indígenas no Brasil, ver: KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução de Maris da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010.

e indisponíveis e seus direitos são imprescritíveis (art. 231, § 2º), e também reconhece a Amazônia brasileira como parte do patrimônio nacional (art. 225, § 7º). Este reconhecimento implica, ao menos formalmente, na superação do integracionismo, e na criação de uma perspectiva de “Estado Multicultural”, que pode ser considerada uma novidade trazida pelo texto constitucional de 1988.

No que se refere aos “direitos culturais”, a Constituição dispõe de uma sessão específica para tratar “da cultura” (artigos 215, 216 e 216-A). Neste âmbito, a constituição estabelece que o Estado brasileiro deve garantir a todos o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional e deve também apoiar e incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais (art. 215, caput). O Estado brasileiro também deve proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, além dos demais grupos pertencentes ao processo civilizatório nacional (art. 215, § 1º). Através da Emenda Constitucional n. 48/2005, o Estado brasileiro também ficou constitucionalmente encarregado de estabelecer um Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, buscando o desenvolvimento cultural do país e a integração das ações do Poder Público nos diversos entes da federação, que conduzam à: defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratização do acesso aos bens culturais; e, valorização da diversidade étnica e regional (art. 215, § 3º, I, II, III, IV e V).

Por meio da Emenda Constitucional n. 71/2012, o texto constitucional passou a dispor sobre o Sistema Nacional de Cultura que se fundamenta na Política Nacional de Cultura e nas suas diretrizes estabelecidas no Plano Nacional de Cultura. A Constituição determina que o referido Sistema Nacional de Cultura rege-se pelos seguintes princípios: diversidade das expressões culturais; universalização do acesso aos bens e serviços culturais; fomento à produção, circulação e difusão de conhecimentos e bens culturais; cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; complementaridade nos papéis dos agentes culturais; transversalidade das políticas culturais; autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; transparência e compartilhamento das informações; democratização dos processos decisórios com participação e controle social; descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; e, ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura (art. 216-A, § 1º, incisos I ao XII). A Constituição ainda estabelece a estrutura do Sistema Nacional de Cultura nos respectivos entes da federação (art. art. 216-A, § 2º).

De modo inovador, a Constituição ainda prevê a proteção do patrimônio cultural na sua forma material – historicamente consolidada no Brasil e nos países ocidentais – e também em sua forma imaterial – uma inovação

para o constitucionalismo brasileiro (art. 216, caput). O conceito constitucional de patrimônio cultural é definido de modo amplo e detalhado, sendo considerados parte deste as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações artísticas, científicas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216, incisos I ao V). Trata-se de um conceito que está em consonância – e vai além – com aquele definido pela *Convenção Internacional sobre a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*, promulgada pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) no ano de 2003¹³.

Tomando isto em consideração, pode-se notar que a Constituição brasileira de 1988, sendo esta o resultados de processos sociopolíticos de grande envergadura, reconhece de modo inovador para o constitucionalismo brasileiro – mas também da América Latina e Europa – detalhadas disposições sobre os direitos culturais e direitos de povos indígenas que são profícuas contribuições para o patrimônio comum do constitucionalismo democrático¹⁴.

Democratização da democracia e governança institucional da cultura e do patrimônio imaterial

A passagem da dimensão material para a imaterial na proteção constitucional do direito do patrimônio cultural¹⁵ pode ser lida como um elemento do processo mais amplo de “democratização da democracia”¹⁶ brasileira. Em um contexto político marcado pela crise da democracia e da representatividade política que se aprofunda sobretudo a partir das décadas de 1970 e 1980, com a introjeção de políticas neoliberais na “forma Estado” e o consequente nascimento de um *Estado Neoliberal* – primeiramente no Chile, com o governo Pinochet e posteriormente na Europa – o direito, e sobretudo a Constituição, tem um papel importante de (não) legitimação. Em efeito, a Constituição, entendida como estatuto político do jurídico, pode ser um instrumento de aprofundamento da democracia, através do reconhecimento de direitos fundamentais – mas também de mecanismos e estruturas de Estado que sejam capazes de relegitimar a política e dar a ela novas dimensões e novas perspectivas.

Os povos indígenas brasileiros, desde o processo de colonização e mais recentemente de extração mineral em suas terras, foram politicamente relega-

13 Para aprofundamentos sobre a Convenção, ver: BLAKE, Janet; LIXINSKI, Lucas. *The 2003 UNESCO Intangible Heritage Convention: a commentary*. Oxford University Press : Oxford, 2006.

14 A propósito e para aprofundamentos, consultar: ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*, Op. Cit.

15 CORA, Maria Amelia Jundurian. *Do material ao imaterial: patrimônios culturais do Brasil*. São Paulo: EDUC, 2014.

16 No sentido de: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002.

dos a um processo de marginalização, inclusive de suas práticas culturais, rituais e conhecimentos. O reconhecimento constitucional dos direitos indígenas e a proteção do seu patrimônio cultural imaterial, contudo, contrapõe-se ao histórico integracionismo. O integracionismo foi articulado como política de Estado desde o início do século XX. De acordo com Raquel Fajardo¹⁷, o integracionismo foi um dos marcos do constitucionalismo social na América Latina, da mesma forma que o assimilacionismo foi do constitucionalismo liberal. Ambos os termos podem ser interpretados como sinônimos de uma prática que visa, em síntese, negar o direito ao futuro desses povos, na medida em que negam¹⁸ suas práticas e suas expressões culturais, a partir da criação de uma “necessidade” que se inscreve na homogeneização cultural “dominante”.

Trata-se de uma maneira de gerir o problema do pluralismo¹⁹ e da diferença, como define Maria José Fariñas Dulce. Desde o descobrimento – e encobrimento – do “outro”²⁰ na gênese da modernidade, o problema do pluralismo se mostrou um desafio para a colônia portuguesa – e espanhola. Segregacionismo, assimilacionismo, integracionismo, multiculturalismo e interculturalidade foram – e continuam sendo – “metodologias políticas”, ou “técnicas políticas” que buscam gerir e dar respostas a esse desafio, tratado como “problemático” pelos povos colonizadores. O assimilacionismo e integracionismo predominaram tanto no plano jurídico-formal – no âmbito constitucional, legal e infra-legal – e nas práticas políticas até o advento da Constituição de 1988, que, atendendo às reivindicações de uma parte considerável da sociedade brasileira, inseriu uma perspectiva multicultural em seu texto.

Nesses termos, o reconhecimento constitucional da diferença colmado no texto da Constituição de 1988, sobretudo a partir do reconhecimento dos direitos culturais, da cultura e das práticas indígenas inaugura um “novo paradigma político e jurídico” a partir da “plurietnicidade”²¹, onde “abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que os índios são seres humanos com uma cultura inferior, primitiva, e de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira condena-os à civilização ocidental e à consequente

17 FAJARDO, Raquel. *Hitos del reconocimiento del pluralismo y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. In: LÓPEZ, Mikel Berraondo (Org.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-568.

18 Muitos autores fazem uma distinção entre o assimilacionismo e o integracionismo. Para Orlando Villas Bôas Filho, “a integração que, grosso modo, consistiria na participação na sociedade nacional sem a perda da identidade étnica, ao ser confundida com a assimilação, que seria justamente a total incorporação de um indivíduo ou grupo na sociedade nacional, com a perda de sua identidade étnica e cultural”. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo*. In: BITTAR, Eduardo (Org.). *Historia do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 284.

19 FARINAS, Maria José Dulce. *Democracia y Pluralismo*. Madrid: Dykinson, 2014.

20 DUSSEL, Enrique. *El encubrimiento del otro: hacia el origen del ‘mito de la modernidad’*. La Paz: CLACSO, 1994; BHABHA, Homi. *Nuevas minorías, nuevos derechos: notas sobre cosmopolitismos vernáculos*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

21 VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 16.

perda de sua identidade étnica”²². Juridicamente, ainda, esse reconhecimento também é espelhado na Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada em 1989, da qual o Brasil ratificou²³.

No Brasil, a governança da proteção do patrimônio cultural é institucionalmente realizada no âmbito do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), uma instituição criada em 1937 durante a Era Vargas. Desde o ponto de vista histórico, trata-se de uma das instituições culturais politicamente mais solidas – com uma tradição mais abrangente que a do Ministério da Cultura, por exemplo²⁴. E, da mesma forma, trata-se de uma instituição historicamente comprometida com a proteção do patrimônio cultural material que, com o advento da Constituição de 1988 e do Programa Nacional de Patrimônio Imaterial (PNPI) de 2000, é que o IPHAN passou por uma profunda transformação do ponto de vista da sua atuação institucional. O referido Programa foi instituído pelo Decreto n. 3.551 no âmbito do Ministério da Cultura e do IPHAN. O Programa regula o processo de registro dos bens culturais de natureza imaterial previsto na Constituição Federal em todo o território nacional, constituindo os Livros de Registro do Patrimônio Cultural Imaterial, além das ações para sua efetiva salvaguarda após o reconhecimento. Como elemento central desta política encontra-se a necessidade de participação cidadã seja no âmbito do reconhecimento deste patrimônio, seja durante as ações de salvaguarda.

A determinação da necessidade de participação amplia o conceito de cidadania cultural²⁵ e de democracia cultural, mas impõe desafios do ponto de vista institucional para o IPHAN. O “desafio da participação” nos processos de reconhecimento e salvaguarda do patrimônio cultural imaterial – reconhecido também pela Convenção da UNESCO sobre o Patrimônio Cultural Imaterial de 2003 – projeta-se como um desafio para uma instituição “acostumada” com os métodos de proteção do patrimônio material, tendo que se renovar para salvaguardar o patrimônio imaterial, que também é conhecido como patrimônio “vivo”, em razão de sua intrínseca dinamicidade sociocultural, sobretudo quando trata-se de Povos Indígenas. Além disso, os desafios da governança institucional do patrimônio cultural também se projetam na sua dimensão jurídica, na medida em que inexiste no Brasil um Sistema Nacional do Patrimônio Cultural²⁶, e a proteção do patrimônio imaterial, embora esteja

22 VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*, p. 17; Nesse sentido, é importante pontuar o trabalho de Claude Lévi-Strauss “Raça e História”: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e história*. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

23 A convenção foi ratificada mediante o Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

24 Cfe. RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais no Brasil: tristes tradições. *Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação e Semiótica*, n. 13, 2007.

25 CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural*. O direito à cultura. 1. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

26 O “Sistema Nacional de Patrimônio Cultural” é a quinta meta do Plano Nacional de Cultura aprovado em 2010.

na Constituição, é regulamentada por meio de decreto presidencial, sem entretanto haver uma Lei Geral que a institucionalize formalmente como uma política de Estado.

Considerações Finais

O reconhecimento constitucional do direito ao patrimônio cultural imaterial no Brasil quando aplicado aos grupos social e politicamente vulneráveis, como é o caso dos Povos Indígenas, pode ser lido como um elemento de democratização da democracia, no âmbito de um processo de abertura epistemológica da democracia brasileira, imprimindo também um novo sentido emancipatório para a experiência constitucional.

Em efeito, trata-se de um instrumento que reafirma a superação do integracionismo histórico no país e aponta para a consolidação – ao menos teoricamente – de um *Estado Multicultural*. Contudo, mostra-se também evidente que existe um distanciamento entre as disposições do texto constitucional e a realidade sociopolítica do país. Isso exige um constante aprimoramento das instituições político-constitucionais, como é o caso do IPHAN e, da mesma forma, das políticas constitucionais responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional. Além disso, o recente processo de extinção do Ministério da Cultura e de desinstitucionalização da cultura no país esvazia a dimensão emancipatória do instrumento jurídico-constitucional do patrimônio cultural imaterial, impactando o processo de abertura epistemológica da democracia brasileira, em detrimento do insuflamento de uma mera dimensão simbólica do texto constitucional, ponto o risco concreto de uma “constitucionalização simbólica”.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a proteção do patrimônio cultural imaterial dos povos indígenas no Brasil é uma conquista que enriquece tanto o constitucionalismo quanto a democracia, além do sentido da identidade brasileira e da identidade constitucional do país, entendidas enquanto patrimônio comum do povo brasileiro. A reafirmação dos fundamentos constitucionais, da fundamentalidade da Constituição e, também, dos direitos culturais nela inscritos, pelos poderes constituídos é o elemento que impulsiona o aprofundamento da experiência democrática e, conseqüentemente, da experiência constitucional. A preservação desses direitos não é, portanto, de interesse único e exclusivo dos povos indígenas, mas é uma questão atinente ao povo brasileiro, é uma questão atinente ao meio ambiente, é, portanto, uma questão atinente à humanidade.

Referências

BHABHA, Homi. **Nuevas minorias, nuevos derechos**: notas sobre cosmopolitismos vernáculos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

BLAKE, Janet; LIXINSKI, Lucas. **The 2003 UNESCO Intangible Heritage Convention**: a commentary. Oxford University Press : Oxford, 2006.

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BURCKHART, Thiago Rafael. **Direitos indígenas e jurisdição constitucional: uma análise crítica do caso Raposa Serra do Sol**. Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.
- CAVAGGION, Giovanni. **Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione**. Torino: Giappichelli, 2018.
- CHAUI, Marilena. **Cidadania cultural**. O direito à cultura. 1. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.
- CORA, Maria Amelia Jundurian. **Do material ao imaterial: patrimônios culturais do Brasil**. São Paulo: EDUC, 2014.
- DUSSEL, Enrique. **El encubrimiento del otro: hacia el origen del 'mito de la modernidad'**. La Paz: CLACSO, 1994.
- FAJARDO, Raquel. Hitos del reconocimiento del pluralismo y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: LOPEZ, Mikel Berraondo (Org.). **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- FARINÑAS, Maria José Dulce. **Democracia y Pluralismo**. Madrid: Dykinson, 2014.
- KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução de Maris da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- ONIDA, Valerio. **La Costituzioni ieri e oggi**. Bologna: Il Mulino, 2008.
- PETERS, Anne; KLABBERS, Jan; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**, Oxford: Oxford University Press 2011.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18a Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MEYER-BISCH, Peter. Les droits culturels: una catégorie sous-développé de droits de l'Homme. **Revue International de Droit Comparé**, vol. 46, n. 04, 1994.
- RAMOS, Alcida. **Indigenism: ethnic politics in Brazil**. Madison: University of Wisconsin Press, 1998.
- RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais no Brasil: tristes tradições. **Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação e Semiótica**, n. 13, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002.
- TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje**. Tradução de Gentil Avalino Titton. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.
- VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo. In: BITTAR, Eduardo (Org). **Historia do direito brasileiro**: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003.

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E DEMOCRACIA: A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS COMO PROTEÇÃO DAS MINORIAS¹

Sue Ellen Alves dos Santos

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Módulo, São Paulo- Brasil

Resumo:

A demarcação de terras é estrutura fundamental para o pleno direito humano aos povos indígenas. As injustiças históricas iniciam-se com a subtração de suas terras, a atual Constituição Federal define este como um direito originário, sendo os habitantes naturais deste território. O princípio da autodeterminação, ou seja, o direito de um povo de autogovernar faz parte de retratação pela discriminação, massacre, que privam sua existência e continuidade de costumes através dos anos. O presente estudo destaca a importância do direito territorial para o exercício da democracia através de pesquisa documental e bibliográfica observa-se o retrocesso nas demarcações de terras, com um sistema legislativo burocrático o número de processos com sucesso vem decrescendo desde seu reconhecimento firmado pela Constituição Federal de 1988, o aumento das tensões agrárias nas áreas que são disputadas por setores do agronegócio e a exploração ilegal dos recursos naturais que diuturnamente são noticiadas.

Palavras-chave: Demarcação de terra indígena; Minorias; Democracia.

Introdução

Conceitua-se democracia como a manifestação da vontade da maioria, contudo uma democracia efetiva não é feita apenas da vontade majoritária, mas sim realizada pela manutenção e equilíbrio das igualdades de um povo, uma nação, tratando desigualmente seus desiguais. Minorias são grupos distintos dentro da população do Estado, possuindo características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, que diferem daquelas do resto da população; em princípio numericamente inferiores ao resto da população; em uma posição de não dominância; vítima de discriminação. Nesse contexto, verificamos

1 Pesquisa desenvolvida sob a orientação do Professor Me. Mozart Gomes Morais.

a importância da democracia para a proteção da existência das minorias, o direito de não serem discriminadas. O contrário disto não seria nada além do que despotismo. O povo indígena, como minoria, tem seu direito coletivo para sua existência e desenvolvimento integral garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de um capítulo especial na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

A ação da democracia para minorias inicia-se reconhecendo a identidade e peculiaridades desses grupos. No caso da população tradicional, um dos principais pressupostos em relação aos seus direitos, é reconhecer suas diferenças, não comprimi-los a um estereótipo, mas sim respeitar sua multiplicidade. Quebrar preconceitos tão enraizados em nossa sociedade é uma necessidade urgente e imprescindível para que os direitos sejam respeitados, reconhecer o protagonismo desse povo em detrimento à visão romantizada construída pelo Estado-Nação com a figura do “bom selvagem”: colocando o índio como uma alegoria, uma condição de sub-humano.

As populações tradicionais não são fantasias estereotipadas, alegorias, são sujeitos reais, que possuem sua tradicionalidade, mas também possuem sua contemporaneidade e são portadores de direitos protegidos pela Constituição Federal Brasileira.

A deficiência da democracia nas decisões políticas, burocracia, obstáculos por lacunas legislativas, é um nefasto marco da relação do Estado brasileiro com sua população mais tradicional. Para o fortalecimento da democracia é imprescindível à reversão desta série de violações aos direitos humanos a população indígena.

A pesquisa científica inicia elucidando a importância do Direito Territorial para o exercício da Democracia, seu papel para autodeterminação do povo indígena. Denota-se o processo legislativo burocrático, os obstáculos encontrados, além das decisões políticas. Nesse quesito encontramos as principais soluções para agilizar os processos de homologação de demarcações de terras, apresentado na conclusão.

Importância do Direito Territorial para o exercício da Democracia

A imagem subjugada da população tradicional foi construída ao longo do tempo justificando a dominação que esse povo sofreu pelo homem branco, negando sua capacidade intelectual e sem personalidade jurídica, com isso retirando a legitimidade de suas reivindicações. Todavia, a Constituição de 1988 trouxe uma série de conquistas a essa população, assim:

Os povos indígenas, após séculos de resistência, conseguiram, não de forma gratuita, o reconhecimento de diversos direitos na ordem jurídica brasileira, inclusive o direito básico de se autorreconhecerem como tais, pois, ainda, hoje, travam batalhas para dizer que são povos indígenas. No plano legislativo, a maior consagração foi a conferida pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu a “sua or-

ganização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231, caput). Em que pese o rol de novos direitos dos povos indígenas, a discussão em torno dos mesmos, após 20 (vinte) anos de Constituição, não raras vezes, tem se resumido à questão da tutela (nas décadas de 80 a 90, principalmente) e dos direitos territoriais (PEREIRA; SHIRAIISHI NETO, 2017, p. 606).

Em 2007 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, reconhecendo as graves injustiças que este povo sofre desde o passado até o presente e denotando a importância de sua autodeterminação, conceito chave do documento. O princípio da autodeterminação é definido como a capacidade de autogovernar, ou seja, o povo indígena tem o direito de exercer sua tradicionalidade, sua cultura, sua forma de governo dentro de suas tribos sem ser submetido a um jugo de outros grupos, ainda mais àquelas que firmam sua coletividade, assim como qualquer outro grupo ou povo. Nos artigos 5 e 6 da DDPI diz:

Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Todo indígena tem direito a uma nacionalidade. (NAÇÕES UNIDAS, 2008, Art. 5, 6).

Ou seja, a garantia de viver plena liberdade do seu povo anda em conjunto com a garantia de poder participar plenamente do Estado. Para que essas garantias sejam asseguradas e exercidas plenamente, é de suma importância que o povo indígena tenha território, um espaço para poder viver. O Direito Territorial indígena tem sido o direito mais atacado atualmente no contexto brasileiro.

A relação do povo tradicional com sua terra não está somente ligada a sua condição de subsistência, não se trata apenas de uma situação econômica, a ligação é algo infinitamente superior a isso, está ligado a sua conexão como ser, sua espiritualidade, sua identidade, de como se formam como indivíduos, intimamente ligada a sua qualidade de vida. Além de esses povos nos ensinarem como viver em equilíbrio com meio ambiente, utilizando os recursos naturais de forma sustentável e vivendo em harmonia com a fauna e flora, qualquer colocação contra isso denota completa falta de conhecimento e desinformação a cultura indígena.

De acordo com artigo 213 da Constituição Federal, “São reconhecidos aos **índios** sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” (BRASIL, 1988), observamos claramente que o direito a terra é um direito originário,

natural, ou seja, antecede a criação do Estado. É uma obrigação do poder público Federal regulamentar, pois a terra já é indígena originalmente, não se torna com sua regulamentação. E sua legitimidade não pode ser limitada por lógicas externas – por exemplo, quando comparam a produção de determinada terra sendo utilizada no agronegócio em relação a uma comunidade indígena.

Sistema Legislativo burocrático

As Demarcações de Terras Indígenas são orientadas pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO (FUNAI) e devem obedecer algumas etapas que são identificadas a seguir:

1ª etapa – Estudos de Identificação: A FUNAI nomeia antropólogo com qualificação reconhecida para elaborar estudo de identificação da terra, em prazo determinado.

2ª etapa – Aprovação da FUNAI: O relatório deverá passar pela aprovação da FUNAI. Aprovado, no prazo de 15 dias será publicado no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da Unidade Federativa correspondente, além da Prefeitura local.

3ª etapa – Prazo de Contestação: No prazo de 90 dias a partir da publicação no DOU qualquer interessado (inclusive estados e municípios) poderá contestar relatório, apresentando a FUNAI suas razões, acompanhada de provas pertinentes, a fim de demonstrar qualquer vício ou pleitear alguma indenização. Por sua vez, a FUNAI tem o prazo de 60 dias para apresentar seu parecer e encaminhar o procedimento ao Ministério da Justiça.

4ª etapa – Declaração dos limites da Terra Indígena: Recebido o parecer da FUNAI, o Ministério da Justiça terá 30 dias para:

- 1 – Expedir portaria, declarando os limites da **área** e sua demarcação física; ou
- 2 – Definir diligências a serem realizadas em 90 dias; ou
- 3 – Desaprovar identificação.

5ª etapa – Demarcação Física: Os limites da **área** declarados, a FUNAI realizará sua demarcação física. O INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) assentará populações não indígenas, se caso houver essa ocupação na **área**.

6ª etapa – Homologação: O procedimento de demarcação deverá ser encaminhado para homologação pelo Presidente da República por Decreto.

7ª etapa – Registro da Terra: Após homologação, a terra será registrada em até 30 dias, no cartório de imóveis da comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União.

O processo de demarcação de terras pode durar até 20 anos. Um dos principais motivos para entraves neste procedimento são os interesses econômicos privados de exploração da terra e decisões políticas. Atualmente, o então Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro declarou em entrevista

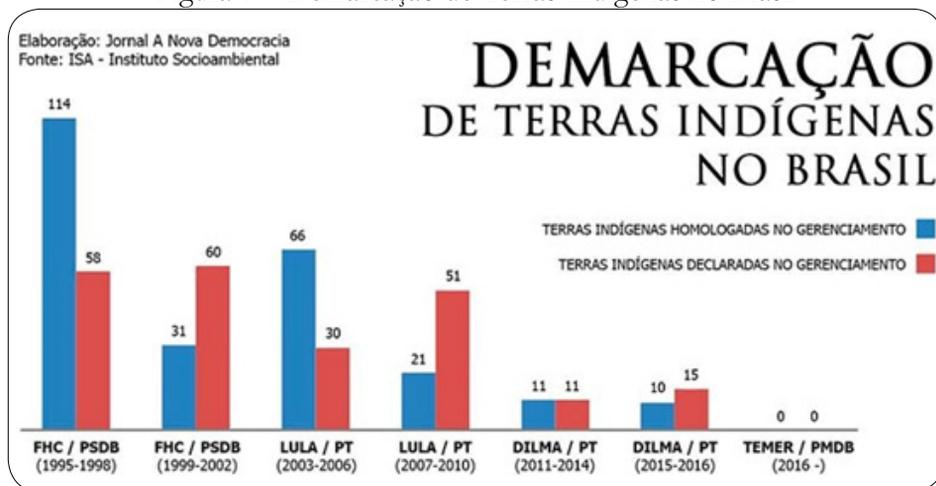
a uma emissora de TV “no que depender de mim, não tem mais demarcação de terra indígena”.

Conforme identificado, uma das etapas do processo é a homologação por parte do Chefe do Executivo, contudo deve ser ressaltado que isso é um processo administrativo e declaratório, ou seja, a União tem o dever de demarcar as terras, proteger e respeitar as **áreas** indígenas, independentemente de qualquer reconhecimento oficial. Qualquer dos três poderes que utilizar de mecanismos para impedir tal avanço está ferindo a Constituição Federal.

Retrocesso nos processos

Observamos no Art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.” (BRASIL, 1988) que o prazo constitucional para demarcação de terras indígenas expirou em 1993, 27 anos após este vencimento essa realidade está longe de ser concluída. A figura abaixo identifica o quantitativo de terras homologadas ao longo das gestões presidenciais brasileiras:

Figura 1 – Demarcação de Terras Indígenas no Brasil



Fonte: Página da Revista PUB²

Podemos observar que com o passar dos governos os processos foram diminuindo como resultado das ações políticas através dos tempos. No início da década de 1990 até meados de 2000 houve um ritmo alto de demarcações de terras devido principalmente ao Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas da Amazônia Legal (PPTAL) com recursos disponibilizados por doações do Governo Alemão e Banco Mundial, além da mudança

² Disponível em: <<https://www.revista-pub.org/post/a-demarca%C3%A7%C3%A3o-de-terras-ind%C3%ADgenas>> Acesso em: 30 de junho de 2020.

das medidas neoliberais tomadas pelo Estado nessa **época**, com a participação da sociedade civil em setores que tipicamente eram estatais, fizeram com que várias Organizações Não Governamentais tomassem a frente de algumas questões indígenas, gerenciando os processos de demarcação e vigilância territorial, entre outras **áreas**.

Nos governos do PT o anseio era por uma política de superação do modelo neoliberal do governo antecessor, políticas de ampliação da cidadania, radicalização da democracia. Contudo, o que podemos observar **é** que houve poucas concessões **às** políticas sociais em detrimento do que era esperado. Houve vários programas sociais voltados **à** população indígena, entretanto a questão da Demarcação de Terras sempre vai de encontro com interesses econômicos e observamos que poucas foram **às** homologações de terras.

O atual Governo Federal de Jair Messias Bolsonaro (Sem Partido) explicou em uma entrevista que no que depender dele não haverá mais nenhuma demarcação de terra indígena no país. As estratégias perceptíveis para tal realização vêm sendo sentida na pele pelas comunidades tradicionais, o processo já **é** burocrático, mas o que vemos atualmente **é** uma grande manobra do Governo federal para travar os processos de demarcação. Para exemplificar vemos o caso da comunidade Tupinambá de Olivença, do litoral sul da Bahia (municípios de Una e Ilhéus), parte de seu território foi demarcado, contudo essa comunidade **é** constantemente alvo da cobiça de fazendeiros e empresários, pois seu território está perto de praias e plantações de cacau. Com base em uma série de estudos antropológicos, o Governo Federal reconhece que esta população tem direito a 47.376 hectares de terra, mas o processo não avança vários pedidos de reanálise em distintos **órgãos** federais e a constante mudança nos grupos de trabalho responsáveis por esses procedimentos, contribuem para morosidade histórica deste caso. Enquanto aguardam esta comunidade sofre com os conflitos fundiários. Atualmente o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) identificou um total de 829 terras indígenas com alguma pendência administrativa na União, das quais 536 não houve nenhum tipo de providência. O CIMI **é** vinculado **à** Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Crescimento das tensões agrárias

Com o congelamento dos processos de demarcações vemos o aumento na violência contra os povos indígenas, a morosidade em resolver questões fundiárias provocam ações de retomadas, seja por parte do **índio** que requer o território que tradicionalmente o pertence, seja pelo avanço da exploração de recursos por parte do homem branco. Segundo o Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) divulgado no dia 30 de setembro de 2020, em 2019 os **índices** de violência contra o **índio** aumentaram em todos os aspectos. Esse estudo elenca 19 tipos de violência contra o **índio** divididos em três categorias: Violência contra

o Patrimônio; Violência contra a Pessoa; Violência por omissão do poder público.

Houve um aumento generalizado em todas as categorias, mas as que se destacaram foram:

Mortes por desassistência – Subiu de 11 para 31 casos;

Lesões corporais – Subiu de 05 para 13 casos;

Conflitos territoriais – Subiu de 11 para 35 casos;

Ameaças de mortes – Subiu de 8 para 33 casos;

Invasões possessórias, exploração ilegal de recursos e danos ao patrimônio – Subiu de 109 para 256 casos registrados.

No grupo de Violência contra a Pessoa foram totalizados 276 casos em 2019, montante mais que o dobro dos valores de 2018 com 110 casos. A maioria dos casos foi de assassinatos (113), seguido por ameaças várias (34), ameaça de morte (33), tentativa de assassinato (24), homicídio culposo (20), racismo e discriminação **étnico** cultural (16), abuso de poder (13), lesões corporais dolosas (13) e violência sexual (10).

O relatório aponta haver quadros mais agudos de violência em algumas unidades federativas, é o caso do Mato Grosso do Sul onde foram denunciados casos de tortura de crianças indígenas.

Decisões políticas

Um fator para fomentar o entrave das demarcações é a bancada ruralista no Congresso, grupo parlamentar composto por deputados e senadores com interesses ligados ao agronegócio, pilar de sustentação do Governo de Michel Temer. A visão do atual Chefe do Executivo também contribui para o entrave das demarcações, com uma política integracionista, ou seja, o **índio** deve se adequar a cultura e costumes do homem branco. Esta política violadora dos direitos humanos pode levar do genocídio de povos, como já houve no Brasil nos tempos coloniais.

Podemos identificar um fator que contribui para este cenário: a falta de representatividade dos povos originários nos espaços políticos e jurídicos. Tal problemática não é discutida por conta da ideologia da incapacidade indígena.

Demarcações de terras indígenas não são pontos discutidos, ainda sendo um direito reconhecido, falta aqueles que irão dar voz a esta luta no Congresso Nacional. Na América Latina, o Brasil é o país que menos discute, age em prol da autonomia indígena. Este é um cenário que urgentemente precisa ser mudado.

Considerações Finais

A representação dos indígenas no Congresso Nacional inauguraria uma nova etapa da política indígena no Brasil. Para que a população tradicional alcance sua autodeterminação é necessário que a mesma exerça sua cidadania plena, para isso o país deve assegurar às minorias sua participação nas institui-

ções representativas.

Um único exemplo de representante dos povos originários no Congresso Nacional foi a eleição do deputado Mário Juruna, da etnia Xavante/MT, nos anos 80, representou tanto interesses dos povos indígenas quanto questões da agenda ambiental.

É quase impossível eleger um indígena para o Congresso Nacional devido à descentralização da população indígena, distribuída em diversos estados do país, reduzindo a proporção de índios em relação à totalidade de cada estado membro.

Uma possível alternativa para garantir essa representatividade no Congresso Nacional seria fora do âmbito das regras gerais eleitorais, podemos identificar exemplos em alguns países da América Latina, conforme denota Marina Brito Pinheiro:

Dentre os mecanismos mais usados para promover a representação especial de grupos minoritários na América do Sul, as cotas nas listas partidárias e a reserva de assentos têm sido os mecanismos preferidos pelos governos dos países que adotam essas medidas. No entanto os resultados referentes ao aumento da representação desses grupos têm variado. A reserva de assentos tem sido menos utilizada, mas são adotadas na Colômbia, na Venezuela e recentemente na Bolívia e nessas experiências se destinam a minorias étnicas destes países (2010, p. 79).

Não há democracia para minorias se não existir representatividade, haja vista a necessidade de buscar soluções para ampliar o acesso dos povos tradicionais a organização política. Ainda há um longo caminho para alcançar este êxito, é necessário um mínimo de igualdade material, auto-organização na sociedade civil, etc, mas as dificuldades não podem ser consideradas empecilhos para a discussão da não representação política das comunidades originárias, a busca por sua autonomia e seus direitos.

Referências

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Ed.). **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013. P. 588-620.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em: 30 junho 2020.

BRASIL. Artigo 67 da Constituição Federal – 1988. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html> Acesso em: 30 junho 2020.

CONCEIÇÃO, Keyla Francis de Jesus da; A Falta de Representação de Indígenas no Congresso Nacional. **Publicações da Escola AGU**, Brasília, DF, v.11, n.1, p. 27-39, jan./ mar. 2019.

MACHADO, Marjori de Souza; **Terras Indígenas no Brasil**: Estudo sobre os Processos Demarcatórios nos Governos Lula e Dilma. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio-Econômico, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Florianópolis, 2015.

MARÉS, Carlos. A Demarcação de Terras Indígenas. **Blog Revista PUB – Diálogos Interdisciplinares**. 2019. Disponível em: <<https://www.revista-pub.org/post/a-demarca%C3%A7%C3%A3o-de-terras-ind%C3%ADgenas>> Acesso em 01 julho 2020.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares; SHIRAISHI NETO, Joaquim. Um pouco além dos territórios: o direito fundamental dos povos indígenas a uma educação diferenciada. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, 2017, p. 603-632.

ROCHA, Adriana de Oliveira; Terras Indígenas e Unidades de Conservação: duas categorias de proteção (etno) ambiental em conflito? Uma análise com Dworkin e Stephen Kirste. **Publicações da Escola AGU**, Brasília, DF, v.11, n.1, p. 41-54, jan./ mar. 2019.

UNIDAS, O. DAS N. Declarações das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Rio de Janeiro, **Nações Unidas**, 2008.

O PRECONCEITO RACIAL NO BRASIL E A QUESTÃO DA TOLERÂNCIA

Luiza Gava Andréza

Acadêmica em Direito do segundo período na Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim

Cristiano Hehr Garcia

Doutor em Sociologia Política, Mestre em Direito Público e Processo, Especialista em História do Tempo Presente e em Direito Internacional, professor da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim, do Centro Universitário São Camilo e do Instituto Federal de Educação do Espírito Santo

Resumo:

A abolição do regime escravocrata se deu em 1988, sendo o Brasil o último país da América a extinguir o trabalho cativo. Foram séculos de exploração da mão de obra negra que legaram para a sociedade brasileira um forte sentimento racista que exclui do tecido social homens e mulheres que ainda são discriminados por conta da cor de sua pele. Assim, a presente comunicação possui como tema o preconceito racial no Brasil e a questão da tolerância. Essa discussão é relevante, visto que o racismo sempre esteve presente na estrutura histórica brasileira e nem sempre tem sido tratado dentro de sua devida importância. A partir disso, o objetivo central desta comunicação é refletir como a questão da segregação racial é tratada pela Constituição Federal de 1988 e também retratar a questão da tolerância em relação a discriminação racial. Por fim, utilizou-se a metodologia de pesquisa do tipo bibliográfico, pautada em pesquisa de livros, revistas e legislações pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Preconceito Racial; Constituição Federal de 1988; Intolerância; Brasil.

Introdução

De acordo com Ribeiro (2015) a maioria dos negros trazidos para o Brasil foi capturada na costa ocidental africana. Não havia entre os cativos uma unidade cultural ou linguística, haja vista as diferentes sociedades negras que habitavam o continente africano à época. No entanto, uma vez traficados, eram transformados em um produto a servir ao projeto colonial da metrô-

pole portuguesa. Essa transferência compulsória de seres humanos da África para à América deixou um legado de disparidades sociais no corpo social brasileiro que ainda encontra reflexos na sociedade contemporânea brasileira (DOMINGUES, 2019).

A questão do preconceito e da intolerância que ainda vítima milhões de homens e mulheres negros no Brasil é o eixo norteador deste trabalho. Essa linha de discussão torna-se importante, pois como expõe Schwartz (2019), o racismo pode ser entendido como o “troféu” da modernidade, ou seja, é uma consequência de um processo histórico que deixou profundas marcas na estrutura da sociedade. A partir dessa exposição, o principal objetivo deste trabalho é realizar uma explanação acerca de como o ordenamento jurídico brasileiro trata as questões raciais, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como, discutir a influência do processo histórico para a permanência das desigualdades e do preconceito racial, no Brasil. E por último, fazer também uma breve discussão sobre os limites de ser (in)tolerante perante as situações de discriminação racial.

Dessa maneira, o presente estudo, de cunho bibliográfico, foi produzido por meio de consulta, pesquisa e leitura de livros, artigos científicos e as respectivas legislações que dissertam a respeito da temática abordada.

Breve retrospecto histórico: a escravidão e suas consequências

O Brasil, na visão de Schwarcz (2019), possui uma trajetória histórica bastante peculiar se comparada com os seus países fronteiriços. Para as terras brasileiras vieram africanos e africanas, coagidos a deixarem para trás sua terra, cultura, origem e costumes com a finalidade de assumirem uma posição de cativos, *res*¹, escravos. Em consonância, Laraia (2020) explica que a primeira violência praticada contra os africanos foi a sua retirada de forma abrupta de suas referências sociais, culturais e religiosas. Sem qualquer tipo de referências que os ligasse ao Brasil milhões de africanos sofreram, além das violências físicas, também violações de ordem cultural. A título de ilustração pode-se citar o *banzo*², que foi causa de inúmeros suicídios praticados.

De acordo com Marcheri; Álvares (2015) as diferenças raciais no Brasil são heranças do regime escravocrata que foi empreendido no período colonial e que durou até o regime monárquico. Tal processo histórico institucionalizou práticas de preconceito que ainda estão arraigadas na sociedade brasileira. Schwarcz (2019) propõe que o sistema de escravidão só poderia deixar como legado a violência e a consolidação das desigualdades no país devido as atrocidades sistematicamente praticadas desde a captura ou compra do escravo até a sua morte pelo excesso de trabalho ou dos castigos corporais. Hodiernamente, mesmo com toda a evolução social e jurídica, ainda é possível obser-

1 Palavra de origem latina que tem como significado: bem, posse, propriedade, coisa.

2 Pode ser entendido como um processo psicológico causado pela “desculturalização”, que levava muitos negros traficados para terras distantes à loucura e muitas vezes até a morte, por conta da saudade e nostalgia sentida em relação a suas origens e sua terra.

var práticas de segregação em relação a parcela de descendentes de africanos que compõem a sociedade brasileira. Pode-se afirmar que o racismo está internalizado no corpo social brasileiro, resultando na constatação de Almeida (2018) de que há no Brasil o racismo estrutural, presente de forma sistemática de discriminação e que tem a raça como fundamento. Sua manifestação se dá por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertencam.

Nessa proporção, a escravidão corroborou para uma sociedade autoritária que reproduz esse comportamento ainda nos tempos contemporâneos (SCHWARCZ, 2019). Ao complementar, Ribeiro (2015, p.20) ainda leciona que: “o espantoso é que os brasileiros, orgulhosos de sua tão proclamada, como falsa, ‘Democracia Racial’³, raramente percebem os profundos abismos que aqui separam os estratos sociais.” Em concordância com os autores citados anteriormente, a sociedade ainda é muito presa às hierarquias pretéritas e isso ocorre de maneira pré-reflexiva. Posto isso, nota-se que há ainda uma tentativa de justificar o preconceito existente a partir de discursos e argumentos retrógrados. Dessa maneira é visível a grande lacuna entre os grupos sociais presentes na conjuntura social brasileira. Assim, essa justificativa pautada em fatos do passado, o discurso autoritário e a falsa sensação de pertencer a uma relação democrática racial, em face às diversidades étnicas, são elementos que mascaram a realidade e ao mesmo tempo colaboram para atos de violência racial entre os indivíduos pertencentes a organização social brasileira.

Ribeiro (2015) aponta que das lutas travadas na trajetória da história do Brasil a mais cruel é a luta dos negros contra o sistema escravocrata, sistema esse que alimentou durante décadas o tráfico negreiro. O autor ainda corrobora que o primeiro obstáculo que o negro precisou de enfrentar nas terras tupiniquins foi o processo de “desafricanização”, pois ele deveria se estabelecer dentro dos parâmetros culturais portugueses que aqui foram impostos. Assim, “aos berros do capataz”, como o autor frisa, o povo africano teve de aprender a comunicar-se em português com os colonos e também com os outros africanos traficados, o que, como foi apontado acima, não era tarefa fácil por consequência de que os escravos não tinham uma origem comum. Várias nações africanas foram aglutinadas nas senzalas, como se fossem um corpo social só. Para Ribeiro (2015), esses negros eram semelhantes na cor, na natureza e na condição de escravos, porém demonstravam-se bem diferentes em relação à língua e identificação cultural de cada organização social.

Levando isso em consideração, a primeira forma de resistência desses indivíduos em relação a essas lutas travadas pelos negros no ambiente colonial foi a fuga, pois ao sentir que estava sendo violentado e explorado, o negro tentou resistir como lhe foi possível (RIBEIRO, 2015). Como o retorno

³ Conceito posto por Gilberto Freyre que remete-se a uma estrutura social na qual todos os cidadãos, de modo independente de sua etnia ou raça, gozam dos mesmos direitos e são tratados de forma igualitária.

à África era impossível restou a busca por refúgios, o que gerou espécies de comunidades que receberam denominação de quilombos. O mais conhecido no território brasileiro foi o “Quilombo de Palmares”, por sua vez, era resultado de uma mistura de mocambos⁴. Mas, se por outro lado a fuga não lograsse êxito o cativo era apanhado por algum capataz e pelo mando do senhor de engenho sofria diversos castigos corporais, como por exemplo: “podia ser marcado com ferro em brasa, tendo um tendão cortado, viver peado com uma bola de ferro, ser queimado vivo em dias de agonia, na boca da fornalha ou, de uma vez só, jogado nela para arder como um graveto oleoso” (RIBEIRO, 2015, p.91).

Necessário destacar que, segundo o estudo realizado por Ribeiro (2015), calcula-se que durante o período de “fazimento” - nas palavras do autor - os colonos portugueses utilizaram de cerca de 12 milhões de negros, e esses eram a força motriz do trabalho no ambiente colonial. Mais tarde, principalmente por pressões externas, surge, ainda que tímido, o movimento abolicionista no Brasil que foi marcado por diversos dispositivos legais que antecederam a definitiva Lei Áurea de 1888. Dentro dessa perspectiva, a Lei Eusébio de Queirós, editada no dia 04 de setembro de 1850, teve o intuito de findar o tráfico negreiro da costa da África para o território brasileiro, representando um grande baque ao comércio humano. Mesmo que a Lei Eusébio de Queiroz tenha gerado o comércio ilegal de escravos, o fluxo vindo da África não cessou, mas começou a rarear.

Nesse sentido, no dia 28 de setembro de 1871 foi sancionado o Projeto Rio Branco, também conhecido como Lei do Ventre Livre. A referida lei garantia a condição de libertos aos filhos de escravas nascidos a partir da data de promulgação. A legislação também garantiu o direito de alforria ao escravo que conseguisse obter fundos para o pagamento da indenização de seu valor ao dono. Dessa forma, mediante o pagamento do valor posto e independente da vontade do proprietário, a alforria era concedida (KRIEGER, 2010).

A Lei do Sexagenário vigorou a partir de 28 de setembro de 1885 e foi a última, antes da edição da Lei Áurea. No que lhe concerne, o dispositivo foi responsável por garantir a liberdade aos escravos maiores de 60 anos. Porém, como expõe Gabler (2015), os ex-cativos, como forma de indenizar os ex-senhores, deveriam prestar três anos de serviço e, somente após o cumprimento o sexagenário, estaria liberto. Desse modo, os que se recusassem a cumprir o tempo de serviço deveriam pagar o valor estipulado para obter sua alforria, vale dizer que os escravos maiores de 65 anos se encontravam isentos de cumprir com a obrigação de servir seu ex-senhor por mais três anos. Verifica-se, portanto, que as chamadas leis abolicionistas foram em sua essência, pouco efetivas diante das condicionantes impostas por elas próprias.

A abolição só foi consumada pela assinatura da Lei Áurea de 1888. Schwarcz (2019) disserta que mesmo após o feito o Brasil não se tornou uma

4 Nome que se refere aos núcleo de povoamento dos escravos que fugiam das grandes fazendas.

nação equitativa no que tange a pluralidade de povos que formam o território. Nessa linha de argumentação, Ribeiro (2015), descreve que foi a abolição mais tardia da história, e foi o fato que mais corroborou para a queda do regime imperial e a posterior Proclamação da República Brasileira. Nesse processo abolicionista: “os ex-escravos abandonam as fazendas em que labutavam, ganham as estradas à procura de terrenos baldios em que pudessem acampar, para viverem livres como se estivessem nos quilombos, plantando milho e mandioca para comer” (RIBEIRO, 2015, p. 167).

Nas palavras de Schwarcz (2019), uma frase que foi muito utilizada no período pós-emancipação negra foi: “A liberdade é negra, mas a igualdade é branca”. O fato de a escravidão ter sido abolida, não mudou a condição social do negro, tendo em vista que esses indivíduos continuaram na condição de miseráveis. Mesmo na busca de seu lugar na sociedade os descendentes africanos encontraram muitos percalços. De acordo com Ribeiro (2015), os “crioulos” não podiam estar em lugar algum, a cada tentativa de ocupar um território os fazendeiros vizinhos convocavam as forças policiais para expulsar esses ex-cativos. Nesse sentido, mesmo com a conquista da liberdade formal, a parcela afrodescendente da população brasileira ainda não gozava de igualdade em relação aos brancos, pois não houve nenhuma espécie de política ou medida pública que prezasse pela inserção do negro na sociedade brasileira. A situação desses escravos recém libertos não sofreu nenhum tipo de mudança significativa que contribuísse para o reconhecimento deles como pessoas e sujeito de direitos.

O posicionamento da Constituição Federal de 1988 em relação ao preconceito racial

Após a digressão histórica feita na seção anterior é importante analisar como a atual Constituição do Brasil trata os efeitos deletérios da escravidão. Em primeira análise, em um estudo realizado por Barroso (2005) com relação ao “neoconstitucionalismo⁵”, propõe-se que uma das principais mudanças desse novo Direito Constitucional é trazer para o centro do ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dessa nova linha de produção, o Direito, em seu todo, passa a ser interpretado e aplicado sob os preceitos preconizados na carta constitucional. Desse modo, esse fenômeno só foi concretizado no Brasil com a Constituição promulgada em 1988, haja vista que essa foi responsável por colocar em vigor a questão da dignidade da pessoa humana, assim como estabelecer em seu texto direitos e garantias relacionados aos movimentos sociais, dentre esses movimentos há de se

5 Pode ser entendido como o “novo constitucional”, que parte da premissa da dignidade da pessoa humana e da constitucionalização dos diversos ramos do direito. É um movimento que reformula a maneira de pensar a Constituição, principalmente no pós Segunda Guerra Mundial e também com a queda dos Regimes Totalitários. No Brasil, esse pensamento só foi concretizado na década de 1980 com a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

falar das garantias étnico-raciais.

Importante salientar que a vinda a lume do texto constitucional brasileiro é resultado de um processo constante e mundial de promoção e positividade dos direitos humanos. Notadamente no pós segunda guerra vários tratados internacionais de direitos humanos foram assinados e ratificados pelas nações, bem como emergiram em países textos constitucionais que seguiram essa linha. A Constituição de 1988, promulgada sob o signo do fim do regime militar (1964-1985), é um marco nesse processo de positividade da dignidade da pessoa humana na história constitucional do Brasil.

Em vista disso, Marcheri e Álvares (2015) evidenciam que a Constituição de 1988 possui maior abrangência, em relação às cartas constitucionais anteriores, no que se refere ao processo de incriminar o preconceito étnico, e mais, apresenta como sinônimos os termos preconceito, racismo e discriminação. Em sequência, Almeida (2018) retrata que a Carta Magna estabeleceu como base, sobretudo nos artigos 1º, 3º e 5º, a implementação de ações afirmativas, que objetivam promover a igualdade, principalmente no que tange a questão racial. Entende-se por ações afirmativas as políticas públicas que tendem a promover igualdade entre os grupos que compõe a sociedade, especialmente em relação aqueles que sofreram historicamente algum tipo de discriminação. A partir disso, esses dispositivos se encontram de forma ampla e fundamentada no ordenamento jurídico brasileiro. Como lembra Almeida (2018), um exemplo de políticas afirmativas é o programa relacionado às cotas raciais, porém é apenas uma modalidade dentre diversas outras medidas garantidas legalmente. Além disso, ainda na linha de Almeida (2018) o racismo no Brasil transcende a questões referentes a comportamentos individuais impregnando as Instituições do Estado. A sociedade tem por característica a existência de conflitos cabendo às instituições o equacionamento de tais conflitos. Note-se que não se fala em solução, mas sim na busca do consenso. A questão principal a ser levada em consideração é que as instituições estatais normalmente têm seus centros de direção ocupados por líderes racistas que acabam injetando o racismo no funcionamento da instituição.

No caso do racismo institucional, o domínio da classe privilegiada se dá com estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados na raça que servem justamente para manter este *status quo*. Assim, o domínio de homens brancos em instituições públicas - por exemplo, o legislativo, o judiciário, o ministério público, reitorias de universidades públicas etc. - e instituições privadas - por exemplo, diretoria de empresas - depende, em primeiro lugar, da existência de regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem a ascensão de negros e/ou mulheres, e, em segundo lugar, da inexistência de espaços em que se discuta a desigualdade racial e de gênero, naturalizando, assim, o domínio do grupo formado por homens brancos (ALMEIDA, 2018).

De outro lado, o Texto Constitucional consagra logo em seu artigo 1º que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, assegurando, em seu inciso terceiro o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2016, p.11).

Nunes (2018) esclarece que este preceito é o norte para a hermenêutica de todas as outras garantias conferidas aos indivíduos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, toda pessoa é digna, não importando sua etnia ou qualquer outra característica física e cultural, pois como disposto no comando constitucional referido, todo ser humano tem o direito de ser respeitado e ter sua dignidade preservada. Nessa premissa, os dispositivos legais apresentados na carta constitucional objetivam consagrar que toda prática de discriminação racial é, por essência, inconstitucional, pois fere todos os preceitos de igualdade e dignidade garantidos pela lei em relação ao indivíduo.

Importante ressaltar também o 3º artigo, inciso IV, que descreve como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a promoção do bem de todos, sem qualquer distinção ou preconceito relacionado a origem, raça, sexo, cor, idade, dentre quaisquer outras formas de segregação (BRASIL, 2016). Deste modo, o que se buscou a partir desse inciso é promover o respeito básico aos Direitos Humanos de forma indistinta. O grande desafio que se apresenta é garantir que os direitos e deveres consagrados na Carta Magna brasileira sejam disseminados, garantidos e assimilados por todos os cidadãos a fim de promover uma sociedade mais justa e igualitária, principalmente em relação às questões étnicas e raciais.

O artigo 5º, que inaugura a seção dos Direitos e Garantias Fundamentais, por sua vez, assegura que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 2016, p.13). Tal dispositivo visa garantir aos brasileiros e estrangeiros que são residentes no país o direito de viver, ser livre, ter segurança, acesso a propriedade e ser vistos como iguais, ou seja, o direito à igualdade. Nesse eixo de interpretação destacamos o inciso XLI, que protege qualquer cidadão de toda forma de ataque ou discriminação aos direitos e garantias fundamentais e o inciso XLII, que, por sua vez, considera o racismo como um crime inafiançável e imprescritível. Ou seja, o legislador constitucional pretendeu ampliar a rejeição a prática do racismo trazendo o tema para o campo também do Direito Penal.

Por esse ângulo, Gomes (1999) pontua que as lutas em favor das transformações e pela promoção da justiça social são tarefas que devem ser levadas em consideração mediante ao esforço do coletivo. Movimentos sociais ganharam mais robustez em ambientes de redemocratização e o Brasil reafirma essa tendência, como lembra Schwarcz (2018). Almeida (2018), em sua análise, acrescenta que no caso brasileiro os movimentos sociais contribuíram ativamente na consagração de direitos e garantias fundamentais que estão catalogados na Carta de 1988. O movimento negro não passou alheio a este processo. Domingues (2019), ao analisar os movimentos sociais negros, aponta que o atual formato do texto constitucional serviu de base para a proposição de uma série de demandas negras que foram historicamente relegadas ao esquecimento. Nessa lógica, não há dúvidas de que a Constituição da República Federativa do Brasil, cumpre um relevante papel histórico e jurídico na consolidação de um marco formal de luta pela liberdade material entre

negros e brancos.

Paradigma da (in)tolerância

Partindo da visão histórica e constitucional sobre o racismo estabelecida nos tópicos anteriores, é possível chegar à discussão relacionada ao paradigma da tolerância relacionado à questão étnico-racial.

Em primeira análise, é fundamental abordar o documento internacional que trata da Declaração de Princípios sobre a Tolerância⁶, aprovado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura - UNESCO - em 1995. Essa declaração traz em seu artigo primeiro o conceito de tolerância que deve ser entendida como o respeito e aceitação da diversidade das culturas presentes no mundo, assim como os modos de expressão dos povos ao redor do globo. Esse princípio, é fomentado, como disposto na Declaração, pela expansão dos processos comunicativos e pela liberdade de pensar e de crer. Assim, como proposto no tratado internacional: “A tolerância é a harmonia da diferença”.

Desse modo, ainda na prospecção do material redigido pela UNESCO (1995), o ato de tolerar é uma atitude fundada a partir do reconhecimento das garantias universais da pessoa humana e também de suas liberdades fundamentais. Assim, a ação de ser tolerante deve ser realizada por cada pessoa, pelos grupos e também pelo Estado.

Tendo como base prerrogativas supramencionadas, esse preceito relacionado à tolerância é fundamental no mundo moderno, pois como a própria declaração argumenta, é uma época marcada intensamente pelo processo de globalização, que é determinado por uma imersão nas relações sociais, culturais, econômicas e política no âmbito global, e esse fenômeno foi fomentado pela expansão da mobilidade, comunicação e interdependência dos relacionamentos entre pessoas. Partindo desse segmento, o tratado internacional, ainda aborda o fato de que a pluralidade, seja cultural, étnica ou religiosa, é uma característica que marca os diversos lugares existentes no mundo fazendo com que cada um deles se torne, de alguma forma, singulares.

Como dito por Scanlon (2009), a tolerância, exige que haja entre os indivíduos o respeito e o consentimento em relação aos diferentes tipos de comportamento e costumes, isso, mesmo quando um desaprova a conduta do outro. Em consonância, a atitude de tolerar é algo intermediário entre a não aceitação e a oposição radicalizada. Por ser uma atitude que exige equilíbrio entre aceitar ou contrariar totalmente, ser tolerante é um exercício complexo de ser praticado.

“O que a tolerância requer?”. Esse é um dos questionamentos postos por Scanlon (2009). E ao seguir sua linha de resposta, o autor dispõe que a tolerância exige que os indivíduos que estão do “lado errado”, ou seja, o lado

6 Documento aprovado pela Conferência Geral da UNESCO em sua 28ª reunião em Paris na data de 16 de novembro de 1995.

oposto marcado pelas diferenças, tenham garantidos seus direitos civis e políticos. Desse modo, é necessário que tenham o direito de votar, de assumir cargos públicos, o direito de acesso à educação, segurança pública que deve ser a todos garantidos sem qualquer tipo de segregação.

Ao partir dessa prerrogativa posta no documento da UNESCO (1995), uma das acepções da palavra “tolerância” é também reconhecer o fato de que seres humanos possuem diversidades em seus aspectos físicos, comportamentais e de valores. O texto ainda diz que, sobre a questão de raça e preconceito é importante tomar medidas que garantam pluralidade étnica da sociedade em todo lugar que for necessário. É importante também que o poder estatal promova políticas públicas que visem assegurar proteção aos grupos sociais minoritários e desfavorecidos. Dessa forma, o preconceito em relação a cor do indivíduo é uma forma concreta de intolerância. Isso significa que quem pratica esse ato não aceita o fato de viver em uma sociedade plural, principalmente em questões étnicas, como é o caso brasileiro.

Tendo isso em vista, Scanlon (2009), afirma que há certos tipos de situações que não devem, jamais, serem toleradas. Nessa perspectiva, ao tratar-se de racismo, que é a discriminação baseada na relação étnica do indivíduo, não se pode permitir ser tolerante. Discriminar qualquer ser humano fere uma série de tratados internacionais de direitos humanos e a maioria dos textos constitucionais espalhados pelo mundo. Há, por assim dizer, um consenso internacional de que preconceito, racismo e congêneres devem ser evitados dentro dos limites da lei e do direito, o que falta em países como o Brasil é o discurso e a ação de motivar as práticas efetivas.

O conceito de intolerância traduz-se no ato de apagar ou rejeitar as diferenças existentes em uma sociedade. “A intolerância se apresenta como uma conduta que busca apagar ou que simplesmente não aceita o ponto de vista diferente daqueles do próprio indivíduo” (SCHWARCZ, 2019, p.214). Desse modo, uma das formas de exteriorizar a intolerância é por meio de comportamentos preconceituosos que tendem a disseminar estereótipos que afirmam a “estranheza” das diferenças. Ainda nessa prospecção, Schwarcz (2019) expressa que qualquer tipo de conduta que tende a desrespeitar as diferenças, principalmente as raciais, fere de forma direta o artigo sétimo da Declaração Internacional de Direitos Humanos. Por sua vez, esse dispositivo enuncia que: “todos são iguais perante a lei e têm direitos, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incremento a tal discriminação” (ONU, 1948).

O Brasil tem em seu passado traços autoritários que perpassam o presente, sendo um deles a falta de inclusão social em relação aos diferentes povos que formam a sociedade brasileira, especialmente os negros. Nessa perspectiva, o povo brasileiro, principalmente em sua formação histórica, sempre demonstrou uma ideia de submissão em relação a uma cultura ou etnia considerada superior.

A Declaração de Princípios sobre a Tolerância trata ainda que:

A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado Democrático de Direito. Implica a rejeição do dogmatismo e do absolutismo e fortalece as normas enunciadas nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos (UNESCO,1995, p. 11).

Em análise, Levitsky; Zibblatt (2018), no livro “Como as democracias morrem”, retratam que a medida que a tolerância vai sendo minada a democracia caminha para o caos. Em complemento, a intolerância corrobora para a fragilização do Estado Democrático de Direito, que possui como prerrogativa fundamental o respeito entre as ideias, etnias e costumes que são entendidos de forma diferente.

Portanto, Schwarcz (2019, p.221), explana que: “De toda maneira, e enquanto não se inventarem fórmulas melhores, aprender com a diferença continua sendo uma regra de cidadania e faz parte do fortalecimento das bases democráticas da sociedade brasileira”. Sendo assim, sem o respeito entre as diferentes etnias, culturas e crenças não há de se estabelecer uma democracia sólida, principalmente, no Brasil, onde a formação étnica é vista sob uma perspectiva de miscigenação⁷. Dessa forma, é *mister* dizer que na presença de intolerância e discriminação racial não é possível manter o Estado Democrático de Direito e suas garantias constitucionalmente asseguradas, é dever da população em geral respeitar a pluralidade e repudiar atos de intolerância. O Estado deve, por sua vez, promover políticas e medidas públicas que tendem a mitigar essas práticas intolerantes, sobretudo em relação às etnias, para promover uma sociedade mais justa, igualitária e solidária, para que dessa forma possa ser estabelecido uma convivência harmônica dentre as diferenças - sociais, culturais e principalmente raciais - que se fazem presentes no território brasileiro.

Conclusão

No presente estudo, pretendeu-se analisar o preconceito racial presente na sociedade brasileira e a questão da tolerância. Dessa forma, realizou-se um breve panorama acerca do período histórico marcado pelo regime escravocrata brasileiro e os conseqüentemente percalços herdados pela sociedade brasileira contemporânea. Nesse eixo de discussão, ressaltou-se os direitos constitucionais estabelecidos e assegurados aos indivíduos a partir da Constituição Federal de 1988, notadamente aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana, ao respeito às diversidades étnicas e também na busca e na implementação de ações afirmativas que objetivam equacionar os problemas de grupos

⁷ A miscigenação consiste na mistura entre os povos de diferentes etnias. Assim, essas pessoas não possuem descendência de uma origem única e apresentam características de cada uma das etnias nas quais descendem.

historicamente discriminados por conta da cor da pele.

A partir dessa análise, vale a pena ressaltar que a carta constitucional coloca como norteador o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve reger toda hermenêutica do ordenamento jurídico. A Constituição prevê também que as atitudes que se encaixam como discriminação racial são configuradas como crime inafiançável e imprescritível. Nesse caminho, também apresenta-se a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, documento editado pela UNESCO, que aponta as diretrizes para promover a tolerância e rechaça qualquer tipo de intolerância racial. O documento mencionado assegura ainda que a tolerância é uma forma de garantir os princípios que se relacionam aos direitos humanos e a democracia e que praticá-la não é apenas um dever moral, mas também uma imposição política e legal para os sujeitos e o Estado. Dessa forma, não há como constituir uma democracia sólida ignorando a discriminação racial que ainda impera nas instituições estatais e nas dinâmicas sociais. Tratar o tema somente a luz do direito punitivo não abranda o problema, o caminho, ao que parece, é reeducar os indivíduos para que as gerações vindouras sejam mais tolerantes.

Nesse sentido, esse trabalho visa contribuir para compreensão das raízes históricas do racismo do Brasil e as consequências por ele deixadas. E, também para a análise acerca de algumas das garantias constitucionais previstas pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. A vista disso, conclui-se que por mais que haja garantias com assentamento constitucional que promovam a igualdade e a proteção às minorias étnicas, a luta pela permanência e ampliação desses direitos deve ser constante, tanto por iniciativa desses movimentos sociais como também pela sociedade em geral.

Referências

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **O que é racismo estrutural**. 1^oed. Belo Horizonte: Letramento.2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 10 Set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2016]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 02 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A

CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**. Paris: UNESCO, 1995. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>. Acesso em: 03 nov. 2020.

DOMINGUES, Petrônio. Democracia e autoritarismo: entre o racismo e o antirracismo. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.98- 115.

GABLER, Louise. Lei dos sexagenários. **MAPA: Memorial da Administração Pública Brasileira**, Brasília. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/280-lei-dos-sexagenarios>. Acesso em: 04 out. 2020.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Discriminação racial e o princípio constitucional da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.36, n.142, p.307 - 324. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/493/r142-24.PDF?sequence=4>. Acesso em: 29 ago.2020.

KRIEGER, Ana Carolina. Lei do ventre livre, 1871: reflexos da aprovação da lei imperial de abolição gradual da escravidão na província de Santa Catarina. **Revista Santa Catarina em História**, Florianópolis, v.1, n.1, p.30 - 42. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/268134121.pdf>. Acesso em: 30 set.2020.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 30º reimpressão. Rio de Janeiro: Zahar. 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATI, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARCHERI, Pedro Lima; ÁLVARES, Silvio Carlos. A epistemologia do racismo no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.52, n.208, p.149-166, out/dez.2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 jun.2020.

NUNES, Rizatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

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

SANTOS, FG. A cidade, o porto e o comércio. In: **Economia e cultura do candomblé na Bahia: o comércio de objetos litúrgicos afro-brasileiros-1850/1937**. Bahia: Editus, 2013, pp. 35- 93. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/dx2q9/pdf/santos-9788574554464-03.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**.1 ed. São Paulo: Companhia das Letras.2019.

SCANLON, Thomas M. A dificuldade da tolerância. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 84, p. 31-45, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 jun. 2020.

O DECRETO 10.133/2019 E A INCLUSÃO DIGITAL COMO ESTRATÉGIA AO ENVELHECIMENTO ATIVO E SAUDÁVEL

Tatiana Tomie Onuma

Universidade Federal de Mato Grosso. Mestranda em Direitos Humanos e
Fundamentais. Advogada

Marcelo Antonio Theodoro

Universidade Federal de Mato Grosso. Doutor e Mestre em Direito do Estado.
Professor

Resumo:

O envelhecimento ativo e saudável idealizado como direito humano e fundamental possui diferentes perspectivas de proteção e de espaços de desenvolvimento, despontando o contexto das tecnologias digitais como um dos vieses contemporâneos de inclusão do idoso como protagonista e participante ativo, considerando os contextos das eventuais vulnerabilidades existentes. A inclusão digital pretendida pelo Decreto 10.133/2019, no Brasil, merece ser analisada pelo seu conteúdo normativo, sem dissociá-lo da realidade social brasileira existente por trás do reconhecimento da velhice, longe (ou próxima) dos parâmetros discriminatórios que excluem a pessoa idosa antes de sua inserção no meio digital. A partir da análise vinculativa entre educação e tecnologias, questiona-se: qual o envelhecimento pretende-se promover por uma política pública de inclusão digital? Quais as condições de possibilidade de realização e efetivação?

Palavras-chave: Envelhecimento; Direitos Humanos; Inclusão; Tecnologias digitais.

Introdução

Novas dinâmicas e espaços de proteção e promoção dos direitos da pessoa idosa são de grande importância para o aprofundamento da tutela desses direitos, não mais restritos à esfera de saúde pública e assistência social e familiar, mas partindo do pressuposto de necessidade de inclusão da pessoa idosa e do envelhecimento como elementos centrais da sua esfera de proteção.

O ensaio, portanto, parte de uma análise crítica e dialógica do recente Decreto 13.133 de 2019, que instituiu o Programa Viver – Envelhecimento Ativo e Saudável, o qual estabelece como meta a inclusão digital e social do idoso. O objeto de pesquisa reside na verificação das condições de possibilidade da intersecção entre a inclusão digital e a promoção de um direito ao envelhecimento ativo e saudável.

Parte-se da análise documental do conteúdo normativo do Decreto, buscando uma metodologia dialógica e interdisciplinar, combinando o levantamento bibliográfico de obras jurídicas sobre direitos humanos e direitos do idoso, mas também incluindo referenciais teóricos da área da antropologia e da Ciência da Informação e sociologia. O ensaio tem como pretensão uma investigação sensível, mas ao mesmo tempo crítica, da possibilidade do aspecto normativo dialogar ou não com a ideia do desenvolvimento do envelhecimento ativo e saudável a partir do viés da alfabetização informacional.

O caminho percorrido para construção de ideias e reflexões que, longe de esgotar o tema, pretende muito mais fomentar o debate e o aperfeiçoamento de políticas de inclusão e de novas formas de proteção dos direitos da pessoa idosa, foi a avaliação do conteúdo normativo do decreto brasileiro, para depois traçar indagações e apontamentos sobre a construção da sociedade da informação e do olhar negativo direcionado à velhice, e, enfim, apontar o que se considera indispensável a ser avaliado para implementação, manutenção e continuidade de uma política pública e programa de inclusão direcionado aos direitos humanos da pessoa idosa.

Diretrizes, metas e apontamentos sobre o Decreto 10.133/2019

Ao investigar decreto legislativo específico e o plano de eficácia do seu conteúdo, impende-se um breve resgate histórico-normativo para ilustrar o contexto no qual se insere, apesar de não ser o foco deste ensaio uma análise global de toda legislação existente.

Distinguem-se a Constituição Federal brasileira de 1988 e o Estatuto do Idoso, de 2003, como os marcos legislativos de significativa relevância na discussão brasileira dos direitos da pessoa idosa, com um aprofundamento na concepção do direito ao envelhecimento como dever do Estado, família e sociedade em geral¹ e como verdadeiro direito personalíssimo².

Apesar da dinamicidade e grande avanço percorrido pelos textos normativos, ainda é perceptível um déficit de aplicabilidade e concretização, o que vem a ser ressaltado pela desídia com o tema a partir de 2003 até 2015, quando assinada a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa, que poderia ser o primeiro documento de *hard law*

1 Constituição Brasileira: Art. 230. 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.

2 Estatuto do Idoso: Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

a nível regional que abordasse os direitos humanos da pessoa idosa de forma vinculante.

No entanto, até o presente momento referida Convenção não fora ratificada, de modo que ideias de envelhecimento ativo e saudável estavam previstas apenas em resoluções, planos de ação e relatórios internacionais até 2018, quando o Decreto 9.328/2018 (revogado pelo Decreto 9.921/2019) instituiu a Estratégia Brasil Amigo da Pessoa Idosa incorporando ao ordenamento jurídico brasileiro as definições de envelhecimento ativo, saudável, cidadão e sustentável³.

É nesse aparente cenário de tentativa de resgate de uma maior discussão sobre o tema na agenda política nacional que foi editado o Decreto 10.133/2019, instituindo o chamado “Programa Viver – Envelhecimento Ativo e Saudável” como mais uma proposta de política pública dentre as legislações tópicas já citadas.

O art. 2º do referido decreto prevê como objetivos do programa a inclusão digital e social, possibilitando uma maior participação do idoso em atividades sociais, com reflexos diretos na sua qualidade de vida.

São quatro diretrizes do Programa Viver, e se referem à tecnologia digital, educação, saúde preventiva e mobilidade física.

A diretriz da tecnologia se desenvolve a partir da meta de inclusão digital, pensada como promoção de ações como “acesso de forma segura às redes sociais, utilização de caixas eletrônicos da rede bancária, totens de aeroportos; sistema eletrônico de catraca no transporte público, informática básica e utilização de smartphone” (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019).

A educação, por sua vez, se encontra conectada com seu escopo financeiro, de segurança na internet, alfabetização em aspecto geral, conscientização dos direitos da pessoa idosa e sobre violência e maus tratos.

Já a saúde preventiva e mobilidade física são diretrizes voltadas para promoção de palestras, cursos de conscientização sobre questões e atividades a serem desenvolvidas pelos próprios idosos ou a eles prestadas visando à prática de atividades e formas saudáveis de vida⁴.

Os entes federados, para participar, devem solicitar a adesão ao progra-

3 Art. 3º Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - envelhecimento ativo - o processo de melhoria das condições de saúde, da participação e da segurança, de modo a melhorar a qualidade de vida durante o envelhecimento; II - envelhecimento saudável - o processo de desenvolvimento e manutenção da capacidade funcional que permite o bem-estar da pessoa idosa; III - envelhecimento cidadão - aquele em que há o exercício de direitos civis, políticos e sociais; IV - envelhecimento sustentável - o que garante o bem-estar da pessoa idosa quanto a direitos, renda, saúde, atividades, respeito e, quanto à sociedade, nos aspectos de produção, convivência intergeracional e harmonia com o amplo conceito de desenvolvimento econômico;

4 A expressão “formas saudáveis” deve ter sua interpretação cautelosa para não recair na manutenção da atribuição ao próprio idoso do dever/obrigação de se tornar um “jovem” velho. Sobre isso cf. DEBERT, Guita Grin, Velhice e o curso da vida pós-moderno. Revista USP, São Paulo, n. 42. P. 70-83, junho/agosto. 1999 – p. 75.

ma e preencher requisitos de elegibilidade, tais como: a realização efetiva da solicitação, a existência de conselho do idoso em atividade no local, possuir ações em algumas das diretrizes do programa e dispor de espaço com “internet banda larga e acessibilidade”.

Para efetiva implantação e fornecimento dos aparelhos e ferramentas como computadores, webcams, impressoras e projetores, o Decreto ainda menciona parâmetros de quantidade de ferramentas de acordo com número de habitantes. Por fim, elege a Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa como responsável pelo monitoramento nacional, podendo ser realizado nos locais por parceiros da região.

Evidentemente, a existência de um decreto, que busca promover o envelhecimento ativo e saudável pela perspectiva da inclusão social e digital, pode ser compreendida como verdadeiro avanço na incorporação de uma nova dinâmica de proteção, e de extrema magnitude quando considerada dentro de uma sociedade detentora de novos paradigmas sociais e comunicativos.

Dentre as variáveis que poderiam ser estudadas a partir do conteúdo e das propostas do Decreto, o objeto da pesquisa se concentrará na intersecção das duas primeiras diretrizes, considerando o nexos estabelecido entre a promoção de uma inclusão social a partir da ideia de educação no uso das ferramentas digitais.

Inclusão digital do idoso e a alfabetização informacional

Considerando o envelhecimento ativo e saudável como direito humano a ser protegido, pretensões de desenvolvê-lo por meio de políticas de inclusão não podem estar alheias à articulação necessária entre o direito ao envelhecimento e circunstâncias sociais, de espaço e de tempo.

Seja enquanto direito personalíssimo ou como direito humano e direito fundamental implícito, impende um empoderamento da pessoa idosa em aspectos sociais, familiares, laborais, assistenciais e, acima de tudo, individuais.

Quando se denota que o processo de “se tornar” idoso ainda é percebido por muitos como um sinônimo de doença⁵, incapacidade ou ausência de força de representação social e dos próprios interesses, tem-se um problema ainda mais profundo. Alia-se a isso o fato de ser uma percepção excludente e estigmatizada que advém não somente de uma generalização da sociedade, mas do olhar que pode ser dispendido tanto pela própria família como pelo idoso a si mesmo.

Esclarece a antropóloga Guita Debert (2010, p. 66) que a sociedade atual é a sociedade de um mercado de consumo do rejuvenescimento, da oferta de “reciclagem” corporal, da identidade do idoso reenquadrada em uma ideia de eterna juventude⁶.

5 Simone de Beauvoir denunciava a forma como a velhice era historicamente encarada como doença, ou até mesmo uma “autointoxicação” do corpo. BEAUVOIR, Simone. A velhice. 1970. Biblioteca Áurea. 2018. p. 23.

6 DEBERT, Guita. A dissolução da juventude. 2010, p. 66 “O rejuvenescimento é

Como pretender a garantia e promoção de direitos humanos às pessoas idosas sem retirar bloqueios e entraves sociais que engendraram a forma como se concebe, constrói e mantém o conceito de velhice até os dias de hoje? Um conjunto normativo, ou várias legislações tópicas não superam um passado-presente de exclusão pela discriminação, segregação, estigmatização e estereotipização⁷.

A inclusão social pretendida deve enfrentar diferentes aspectos da exclusão: combater a discriminação (ageísmo ou velhofobia); o estigma, como uma marca ou descrédito concebido de forma automática; e o estereótipo da pessoa idosa, havida como um modelo certo e pré-estabelecido de características que ignoram a multiplicidade de perfis de idosos existente.

Ao articular direitos humanos da pessoa idosa com a análise de uma política pública que visa a inclusão digital, é de fundamental importância que se compreenda a construção social que existe por trás da velhice, para saber o que se está combatendo e onde se pretende incluir o idoso.

Para não ignorar o aspecto sociológico e antropológico dos direitos humanos da pessoa idosa, o relatório elaborado pela Comissão Econômica para América Latina e Caribe⁸, propõe que os direitos humanos da pessoa idosa devem ser compreendidos como performativos e construtores de identidade social.

Enfatiza que a falta de aceitação da velhice pelo próprio idoso interfere diretamente na luta pelo reconhecimento dos direitos, já que “não se pode lutar pelo que não se quer ser” (HUENCHUAN, S. ROVIRA, A. 2019, p. 38).

Quando se questiona qual a inclusão social pretendida pela inclusão digital do idoso, possíveis respostas ou caminhos convergem na ideia de que, além de enfrentar as dimensões de exclusão acima colocadas, deve se reconhecer que isto ocorrerá dentro de um ambiente de convívio intermediado pelas tecnologias de informação e comunicação (TIC's).

Essas ferramentas resultam na reformulação das relações sociais, dos espaços públicos de reivindicação, proteção e tomada de consciência de direitos e, conseqüentemente, de refundamentação dos espaços sociais de exercício da cidadania e construção e desenvolvimento da personalidade.

Diante dessa nova realidade que é a sociedade em rede⁹ é que a exclusão pré-existente derivada de uma cultura do antienvelhecimento e do combate à

um mercado de consumo no qual o envelhecimento tende a ser visto como consequência do descuido pessoal, da falta de envolvimento em atividades motivadoras, da adoção de formas de consumo e estilos de vida inadequados. A oferta constante de oportunidades para a renovação do corpo, das identidades e autoimagens encobre os problemas próprios do avanço da idade”.

7 Dimensões da exclusão indicadas em documento oficial da International Conference Human Rights of older persons & non-discrimination. 2017. Santiago, Chile.

8 Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/comissao-economica-para-america-latina-e-caribe>

9 Terminologia utilizada pelo sociólogo Manuel Castells na obra “A sociedade em rede”. CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 8 ed. Tradução: Roneide Venancio Majer. São Paulo, Editora Paz e Terra, 2005

velhice, resulta na exclusão pelo mau uso, desconhecimento, ou inacessibilidade do espaço público e do cotidiano básico da sociedade, que se aponta como moderna.

Ainda mais discriminados, segregados, estigmatizados e estereotipados pela falta de acesso e ocupação de espaço pelas ferramentas que agora regem a organização social, o cotidiano e a desenho dos espaços de interação social, constata-se um duplo grau de exclusão.

Não se pode ignorar a interdependência e intersubjetividade inerentes ao processo de construção e obtenção da consciência de si, seja enquanto sujeito de direito ou como indivíduo inserido na vida social. Por isso, alerta Eduardo Bittar (2012, p. 581), a partir da releitura da teoria habermasiana, que “de que adiantaria um legislador justo com uma sociedade profundamente injusta?”.

O espaço público para exercício da razão comunicativa¹⁰ adquire novos contornos quando pensada a partir da **ótica** da democracia deliberativa dentro de uma sociedade com redes de comunicação e de fluxos de informações dominadas pelas tecnologias digitais.

A proposta para investigar as condições de possibilidade e realização de uma política de inclusão digital deve estar atenta à estrutura social que deu origem e mantém a exclusão social preliminar, ao mesmo tempo em que não subestima a sensibilidade e complexidade de um projeto inclusivo pela disponibilização e educação para as ferramentas digitais¹¹.

Para que isso seja possível, ressalta-se a ideia elaborada em obra sobre a Sociedade da Informação no Brasil (TAKAHASHI, T. 2000, p. 45), reconhecendo que:

(...) educar em uma sociedade da informação significa muito mais que treinar as pessoas para o uso das tecnologias de informação e comunicação: trata-se de investir na criação de competências suficientemente amplas que lhes permitam ter uma atuação efetiva na produção de bens e serviços, tomar decisões fundamentadas no conhecimento, operar com fluência os novos meios e ferramentas em seu trabalho (...) Trata-se também de formar os indivíduos para “aprender a aprender”, de modo a serem capazes de lidar positivamente com a contínua e acelerada transformação da base tecnológica”

A criação e formação de competências digitais que verdadeiramente permitam que a educação pretendida por um programa, como o do Decreto 10.11/2019, atinja seu objetivo e potencial emancipatório do idoso requer um olhar criterioso sobre as bases metodológicas, metas e premissas educacionais

10 Terminologia com ref. Em: HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo, 1989.

11 Ferramentas digitais aqui se referem a todos os tipos de aparelhos tecnológicos e digitais presentes nas tarefas, simples e complexas, do cotidiano, como smartphones, computadores, máquinas de banco, acesso à sítios eletrônicos, compras e acesso à informação online e outros aparelhos eletrônicos.

nessa Sociedade da Informação.

Esse olhar criterioso perpassa pelas terminologias trabalhadas, sobretudo, na área da Ciência da Informação e Biblioteconomia, de alfabetização, letramento e fluência digital.

Alfabetização digital consubstancia-se em um domínio primário das ferramentas digitais, permitindo a leitura e escrita, já pressuposto o acesso aos meios digitais e virtuais. Todavia, o letramento digital configura-se uma competência mais aprofundada, “relacionada com a pesquisa avaliação, reflexão e criticidades das informações disponíveis na internet” (MACHADO, L.; GRANDE, T.; BEHAR, P.; ROCHA LUNA, 2016), isto é, inserindo capacitação para exercício de competências mais autônomas do agir e pensar. Por fim, a fluência digital seria o estágio mais avançado pretendido pela educação na Sociedade da Informação, vinculado com ambos os conceitos anteriores e verdadeiramente crítico no uso das ferramentas digitais, inclusive na utilização conjunta e combinada das tecnologias acessíveis e disponibilizadas.

A UNESCO também vem desenvolvendo um aprofundamento na análise do tema, dispondendo sobre a combinação da alfabetização informacional e alfabetização midiática como verdadeira expressão do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹², que reconhece a necessidade dos sistemas políticos educacionais na promoção da formação crítica para os fenômenos da comunicação e novas mídias (UNESCO, 2018) e afirma que essas ferramentas são capazes de auxiliar a tomada de decisões informadas e meios de obtenção de conhecimento da sociedade sobre si mesma, construindo um “sentido de comunidade”.

A inclusão do idoso e sua educação digital são, simultaneamente, causas e consequências de uma formação que deveria concebê-lo não como objeto de proteção a partir de atos de terceiros, mas como indivíduo pertencente a uma coletividade. Seria ideal, ainda, uma formação inclusiva que vise o preparo para a utilização consciente de ferramentas que, por sua vez, permitam o próprio protagonismo da pessoa idosa, pela aceitação da autonomia existente dentro de suas vulnerabilidades.

Para além da inclusão digital: condições de possibilidade e realização do Decreto 10.133/2019

Considerando que a inclusão social da pessoa idosa pelos meios digitais perpassa por questões muito mais complexas e profundas, revestidas de um caráter social e um padrão excludente, fica claro que a mera disponibilização de computadores e o ensino básico de acesso de navegação nas redes não preenche o ideal de uma inclusão digital na sociedade da informação.

O idoso não é excluído digitalmente tão apenas por questões puramente

12 Art. 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de opinar livremente e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras”

socioeconômicas, como acontece na maior parte dos casos de exclusão digital, mas denota-se que sua infoexclusão deriva da sua própria condição humana de “ser idoso”.

O idoso, pode-se dizer, queda excluído ao ser discriminado por ser quem **é**, pelo olhar automaticamente estigmatizado, conceituando a pessoa idosa como quem não se adequa a esse mundo moderno do consumo da juventude. Assim, ainda que disponham de recursos para adquirir ferramentas digitais, ou já as possuam, muitos idosos ainda permanecem em um estado de exclusão.

A cartilha do programa do Decreto 10.133/2019 expressamente dispõe sobre a inclusão pelas tecnologias digitais como “um instrumento libertador e emancipatório, que resulta na autonomia e na ampliação dos limites da convivência familiar e social” da pessoa idosa.

No entanto, ante os desafios da alfabetização informacional pontuados anteriormente, **é** certo que as condições de possibilidade e realização das propostas dessa nova política inclusiva, antes de qualquer aspecto formal que busque preencher, deve considerar a eficácia material que pode ser alcançada em uma sociedade ainda fragilizada pela construção social negativa da velhice, inconsciente da importância e das vantagens de um alargamento da relação multigeracional em diferentes níveis e espaços sociais, políticos e culturais.

Incluir digitalmente a população idosa na sociedade tecnológica, não se constitui num favor ou uma concessão do Estado ou da sociedade, ao inverso, tal inclusão vem qualificar o espaço virtual, mediante a desejável interação multigeracional. Entender políticas públicas destinadas a grupos minoritários e vulneráveis como benefício apenas para **àqueles** que o recebem **é** desconsiderar o aprimoramento do espaço público e o aperfeiçoamento social que decorre de implementos de igualdade e liberdade numa sociedade que pretende ser democrática e que enfrenta problemas de massificação e padronização do pensamento “em rede”.

Sem que se (re)construa a velhice longe dos parâmetros impregnados de discriminação, **é** consideravelmente difícil que decretos como o referenciado, ou mesmo quaisquer legislações tópicas sejam levados a sério, razão pela qual o papel da doutrina, dos comentários e investigações científicas de cunho crítico, técnico e sensível devem despontar como ferramentas¹³ facilitadoras das condições de possibilidade que se pretende construir.

Em estudo direcionado aos aspectos jurídicos e **éticos** do envelhecimento, as autoras (DABOVE, M. BUDASSI, R. 2015, p. 137-138) da pesquisa pontuam contundentemente que:

En este sentido, debemos comprender que todas las personas dan y

13 Mark Van Hoecke trabalha a ideia das mídias e meios de comunicação como um dos círculos comunicativos que constroem a estrutura de uma democracia deliberativa, influenciando na tomada de decisões e na organização da sociedade. Cf. Van Hoecke, Mark. *Judicial Review and Deliberative Democracy: A circular model of law creation and legitimation*. Ratio Juris. 2001.

reciben durante su vida, y que todas las generaciones son valiosas y pueden contribuir a la vida de la comunidad.

Los programas intergeneracionales no deben estar sólo al servicio de la población anciana, sino a favor de todas las edades. Pues, recordemos que uno de sus fines consiste en el beneficio de todos (...) De lo contrario -si solo vemos a estos programas como pertenecientes al dominio de los especialistas en envejecimiento-, podría perpetuar la creencia de que los mayores son solamente receptores de servicios y cuidados, pero no contribuyen a ellos.¹⁴

Como aduz María Isolina Dabove (2015, p. 65) “os direitos humanos exigem um reconhecimento eficaz do empoderamento das pessoas de idade”, um empoderamento que respeite a autonomia e capacidade, mas que não abandone a população idosa para promover sozinha a concretização desses ideais, já que o fortalecimento da construção autônoma de sua personalidade não se encontra dissociada do contexto social que se insere, neste caso, no cenário de tecnologias de informação e do culto ao moderno/rejuvenescedor.

Tendo o programa como uma de suas diretrizes básicas a educação, reconhecê-la como espaço de aperfeiçoamento da comunicação multigeracional, de promoção de novas perspectivas inclusivas, de adaptação e para uma possível troca recíproca de contribuição e ganhos individuais e coletivos, é ressignificá-la para um olhar intergeracional que deve estar presente na elaboração, execução e manutenção de qualquer política pública destinada às pessoas idosas.

O **último** alerta, contudo, para avaliar uma condição de possibilidade de efetivação final das propostas do decreto, está em questionar, a cada implementação de um centro municipal e durante as atividades de monitoramento e fiscalização pelos Conselhos Municipais do Idoso, qual o modelo de envelhecimento ativo e saudável pretende-se desenvolver, de acordo com a realidade municipal/local.

Resta claro, com as dificuldades de uma educação inclusiva na sociedade da informação e com os entraves sociais aqui colocados, que uma política de inclusão social pelas vias digitais deve ter cuidado para não impor à pessoa idosa a obrigação de se adequar à vida excessivamente tecnológica como o oposto extremo da exclusão digital tida como problema a ser combatido.

Extremos de exclusão e inclusão podem esconder as variáveis que permeiam o caminho a ser percorrido na verdadeira retirada das barreiras da discriminação e da segregação.

14 Tradução livre: Nesse sentido, debemos comprender que todas as pessoas dão e recebem durante sua vida, e que todas as gerações são valiosas e podem contribuir para a vida da comunidade. Os programas intergeracionais não devem estar só à serviço da população idosa, mas também em favor de todas as idades. Pois, recordamos que um dos seus fins consiste no benefício de todos (...) Do contrario, se somente vemos estes programas como pertencentes ao domínio dos especialistas em envelhecimento, poderia perpetuar a crença de que os adultos são somente receptores de serviços e cuidados, mas não contribuem a eles.

“Saltos” de inclusão que busquem a mera inserção primária do idoso em espaços públicos, sem a oferta de recursos e oportunidades para participação¹⁵, podem mascarar falhas de proteção em pontos cruciais de enfrentamento para o verdadeiro aprimoramento da tutela do envelhecimento.

Considerações finais

O conteúdo do Decreto 10.133/2019 encontra-se disposto em termos positivados pelo legislador brasileiro motivado a voltar o olhar ao contingente populacional de crescimento mais expressivo dos **últimos** tempos. Contudo, essa motivação não pode mascarar a manutenção da construção social discriminatória e excludente que subsiste por trás da velhice e da pessoa idosa, razão pela qual a importância de aprofundar o conhecimento em conceitos como o de alfabetização, letramento e fluência digital, pouco trabalhados pelo Direito, mas muito utilizados na área da Ciência da Informação e Biblioteconomia, é relevante.

Os conceitos trabalhados representam verdadeiras propostas de ressignificação e dinamização para a análise jurídica do Decreto, por meio de uma interdisciplinaridade fundamental para que a complexa rede de relações sociais e de novos paradigmas e problemáticas sociopolíticas e institucionais não permaneçam engessados e atrelados unicamente à leitura simplista e da análise dos enunciados e comandos normativos que aparecem no corpo de uma política pública ainda não inteiramente dissociada das barreiras sociais da percepção do envelhecimento.

Denota-se que a inclusão digital inclui variáveis de exclusão muito mais complexas que uma simples disponibilização ao acesso de aparelhos digitais. O uso das tecnologias deve ser acompanhado de uma educação digital que aprofunde a capacidade de reflexão e criticidade para que a invisibilidade que se pretende combater tenha, no avanço das TICs, instrumento de diminuição das faces da exclusão social, e não uma ampliação do segregacionismo e da discriminação.

Por isso, para reais considerações acerca de possibilidades de concretização e efetivação das propostas inclusivas do decreto, vinculadas às diretrizes de tecnologia e educação, a implementação dessa política deve ser precedida pela tomada de consciência dos objetivos inerentes de um programa que visa promover um envelhecimento ativo e saudável.

É de importância indiscutível um monitoramento de políticas públicas, a ser realizado pelo Conselho do Idoso ou parceiro local, nos termos do de-

15 Robert Dahl pontua que além de direitos e deveres, deve-se considerar a oferta de recursos e oportunidades. “A less-common assumption, but one present by implication, is that rights also imply opportunities: your right to vote is meaningless if you don’t actually have an opportunity to vote. So too with freedom of expression. What would a right to free speech mean to you if you didn’t have any opportunity to speak freely?” DAHL, Robert A. *How democratic is the American Constitution?* Yale University Press, 2001. p. 150.

creto, e que tenha como parâmetros de fiscalização não apenas condições materiais e físicas dos aparelhos e espaços, mas de aspectos formais do desenvolvimento do programa.

Isso inclui a avaliação crítica, que deve fazer parte da base de monitoramento e de incentivos aos profissionais e dos responsáveis pela divulgação do trabalho realizado, que precisam estar atentos ao questionamento permanente sobre “qual envelhecimento ativo e saudável” é pretendido. Como argumentado, o idoso não precisa ser “igual” ao jovem tecnológico para que ele deva ser reconhecido como digno de respeito e proteção.

É justamente na entrada de um “outsider” outrora excluído que, ou se massifica um novo componente dessa sociedade em rede, ou intenta-se uma educação efetivamente emancipatória para um uso mais consciente dessas ferramentas, para que, ao integrarem esse espaço, a partir de uma nova realidade individual inserida, a política inclusiva beneficie ambos os lados, pela interação multigeracional que acredita no potencial de troca de benefícios pelo contato de reconhecimento recíproco, sem perder a individualidade inclusa na coletividade agora ampliada.

Para isso, sugere-se, trabalhar as problemáticas iniciais para trilhar um caminho no sentido da retirada dessa visão ainda discriminatória do idoso, enfrentando, com ações diretas as seguintes problemáticas: a) a adesão ao programa não pode depender apenas da iniciativa local, devendo existir propostas de divulgação nacionais ou incentivos para referida adesão; b) critérios de elegibilidade são restritos a locais que já possuem ação em prol dos direitos dos idosos em andamento, o que exclui locais carentes de referida iniciativa de ampliação e implementação de medidas de proteção; c) deve-se atentar à inexistência de orientações expressas para tomada de consciência da sociedade em geral.

Por derradeiro, assevera-se que a pretensão de criação de centros e espaços onde os idosos possam realizar tarefas ligadas à capacitação em tecnologias, atividades físicas, palestras e cursos sobre educação financeira, educação em tecnologias digitais e uma verdadeira formação para emancipação e autonomia do idoso são metas intrépidas que, para não recaírem em uma utopia de efetivação requerem reflexões críticas e cuidadosas sobre a inclusão digital e o envelhecimento que se pretende promover.

Referências

BEAUVOIR, Simone. **A velhice**. 1970. Biblioteca Áurea. 2018.

BITTAR, E. C. B. Justiça, razão comunicativa e emancipação social: filosofia do direito e teoria da justiça a partir do pensamento de Jurgen Habermas. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 2012, p. 565-589.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. **Decreto n. 9.328/2018**. Institui a Estratégia Brasil Amigo da Pessoa

Idosa. 3 de abril de 2018. 2018.

_____. **Decreto n. 9.921/2019, de 18 de julho de 2019.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a temática da pessoa idosa.

_____. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Cartilha Programa Viver – Envelhecimento Ativo e Saudável.**

_____. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde.** Tadao Takahashi (org.) Brasília, 2000.

_____. **Decreto n. 10.133/2019.** Institui o Programa Viver – Envelhecimento Ativo e Saudável. 26 de novembro de 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** 8 ed. Tradução: Roneide Venancio Majer. São Paulo, Editora Paz e Terra, 2005.

DABOVE, María I. BUDASSI, Rosana Di T. **Modulo 10 - Aspectos jurídicos y éticos del envejecimiento: derecho a la vejez.** 3. ed. Facultad de Psicología. Universidad Nacional del Mar del Plata. 2015.

DAHL, Robert A. **How democratic is the American Constitution?** Yale University Press, 2001.

DEBERT, Guita. A dissolução da juventude. **Revista Horizontes Antropológicos,** Porto Alegre, ano 16, n. 34, p. 49-70, jul./dez. 2010.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. Velhice e o curso da vida pós-moderno. **Revista USP,** São Paulo, n. 42. P. 70-83, jun/ago. 1999

HUENCHUAN, Sandra. ROVIRA, Adriana. (eds.), **Medidas clave sobre vejez y envejecimiento para la implementación y seguimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe (LC/MEX/SEM.250/1),** Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2019.

VAN HOECKE, Mark. **Judicial Review and Deliberative Democracy: A circular model of law creation and legitimation.** Ratio Juris. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00190>.

MACHADO, L.; GRANDE, T.; BEHAR, P.; ROCHA LUNA, F. **Mapeamento de competências digitais: a inclusão social dos idosos.** ETD - Educação Temática Digital, Campinas, SP, v. 18, n. 4, p. 903-921, 2016. DOI: 10.20396/etd.v18i4.8644207.

Organização das Nações Unidas. **Princípios das Nações Unidas para a pessoa idosa.**

ONU. **Assembleia Geral da ONU.** Resolução 46/91 de 16 de Dezembro de 1991.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana de Proteção**

dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa. A-70. 2015.

UNESCO. **Alfabetização midiática e informacional.** (AMI). Disponível em: unesco.org/new/pt/brasil/communication-and-information/digital-transformation-and-innovation/media-and-information-literacy/. Acesso em: 14 de julho de 2020.

VIOLAÇÃO DE DIREITOS DAS PESSOAS IDOSA EM TEMPO DE COVID-19

Sheila Marta Carregosa Rocha

Pós Doutorado no Programa de Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Pós Doutorado no Departamento de Sociologia da Universidade do Porto. Doutora em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Bolsista da CAPES para estágio Doutoral na Universidade do Porto em Portugal. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Metodologia do Ensino Superior com Ênfase em Novas Tecnologias. Especialista em Psicopedagogia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bacharela em Direito pela Faculdade Integrada da Bahia. Licenciada em Letras Vernáculas pela Universidade Católica do Salvador. Servidora Pública. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em “Educação Direitos humanos e Fronteira” da Universidade Federal do PAMPA. Docente da Universidade do Estado da Bahia do Departamento de Ciências Humanas e Tecnologias XX - Brumado nas disciplinas de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito do Idoso e Direito e Linguagem. Líder do Grupo Direitos Humanos, Grupos Vulneráveis e Violências, certificado pela UNEB e inscrito no Diretório dos grupos de Pesquisa do CNPq, DHGV/UNEB/Cnpq dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/1551266856460047. CV: <http://lattes.cnpq.br/0923215762577109>.

Resumo:

O mundo vive em 2020 a pandemia do novo coronavírus, uma doença respiratória aguda grave que encontrou ressonância principalmente nas pessoas idosas. Assim foi realizada uma pesquisa de natureza sistemática através do levantamento de 10 notícias jornalísticas estrangeiras e nacionais, categorizadas em faixa etária, país e índice de mortalidade. Questionou-se quais os direitos das pessoas idosas que foram violados? A abordagem utilizada foi a quanti-qualitativa, com fonte secundária na recolha dos dados. O método de investigação da pesquisa foi descritivo, com levantamento de dados e análise estatística entre os meses de dezembro de 2019 e outubro de 2020. Na sequência foi realizada uma análise do discurso das notícias selecionadas com a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores. Os resultados demonstraram que houve uma visibilidade das questões que envolvem as pessoas idosas para além do COVID-19.

Palavras-chave: Covid 19; Violação de direitos; Pessoa Idosa, Vulnerabilidade.

Introdução

Atípico no século XXI, mas típico a cada década de 20 desde o século XVII com a “peste Negra”, século XIX com a “cólera”, século XX com a “gripe espanhola”, o início do ano de 2020 foi marcado pela pandemia do novo coronavírus. Em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China, foi observada em 1 de dezembro de 2019 a manifestação do COVID-19, mas o primeiro caso somente foi notificado em 31 de dezembro do mesmo ano. Essa doença respiratória aguda grave encontrou ressonância principalmente nas pessoas idosas. Apenas em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou o surto uma PHEIC, pedindo que “uma ação coordenada de combate à doença deverá ser traçada entre diferentes autoridades e governos” (WHO,2020).

Diante da importância da temática e parca literatura produzida, a metodologia utilizada primeiro foi uma pesquisa sistemática, com 10 notícias jornalísticas estrangeiras e nacionais. A princípio, de forma exploratória, pensou-se nas seguintes categorias: faixa etária, gênero, moradia, patologias pré-existentes, morte e cura. O recorte da faixa etária, a partir dos 65 (sessenta e cinco) anos, considerada a idade avançada nos países desenvolvidos, segundo a Organização Mundial da Saúde, o gênero para investigar se o feminino estaria sendo mais fragilizado que o masculino ou outro gênero; onde se encontravam essas pessoas idosas, se em sua própria moradia ou em Instituições de longa permanência, se para além da idade, uma patologia preexistente foi fator preponderante para se chagar ao óbito e se depois de ter contraído a doença houve cura. Todavia, não foram encontrados dados distinguindo gênero, moradia e cura e quanto às patologias existentes, não foi uma categoria que fosse evidenciada na divulgação dos dados. Isso demonstra a concentração de informações na idade avançada e no número de mortes.

Por outro lado, as pesquisas científicas, predominantemente nas áreas da saúde e da demografia, revelaram diante do registro de casos notificados que “73,8% das mortes registradas por Covid-19 até 1o de julho de 2020 ocorreram em indivíduos com 60 anos ou mais, dos quais 58,0% eram homens. Por exemplo, aos 60 anos um indivíduo do sexo masculino ainda poderia esperar viver mais 18,1 anos, dadas as condições de saúde vigentes em 2018” (CAMARANO, 2020). A categoria de gênero já aparece comparada à expectativa de vida, agora interrompida, além de apontarem para um percentual significativo de mortes de pessoas idosas. Isto significa que atualmente a população de pessoas idosas sofreu uma diminuição.

Esta investigação questiona, mesmo diante desse percentual de idosos que contraíram o vírus, que superaram ou que morreram, e em relação às pessoas idosas que não tiveram a doença, quais os direitos das pessoas idosas que foram violados durante essa pandemia?

Assim, objetivou-se identificar através dessas variáveis quais os direitos violados e discutir sobre as providências adotadas pelos respectivos países e

estados, para refletir sobre a riqueza humana que as pessoas idosas representam nos tempos atuais. Mesmo não tenho como mensurar para obter respostas, qual o valor de uma pessoa idosa para cada cultura?

A abordagem utilizada foi a quanti-qualitativa, com fonte secundária na recolha dos dados, e mapear a maior incidência de idosos atingidos pelo COVID-19, quais os motivos e as consequências. Para isso o método de investigação que norteou a pesquisa foi descritivo, com levantamento de dados e análise estatística entre os meses de dezembro de 2019 e outubro de 2020; o método para análise dos dados foi o da mineração dos dados, com tabulação em árvore.

Na sequência foi realizada uma revisão de literatura sobre as dimensões do envelhecimento, biológica, social, espiritual e psicológica, utilizando a teoria crítica dos direitos humanos de Joaquin Herrera Flores, para demonstrar que os direitos precisam ter e ser efetivos, por que senão para que servem se estiverem apenas nos planos da existência e da validade da norma? Para que norma onde não há mais vida humana?

Os resultados do levantamento de dados nas notícias jornalísticas demonstraram que houve um número considerável de morte de pessoas idosas em decorrência do COVID-19, caso as notificações tenham sido realmente verdadeiras, mas há que se considerar que houve pessoas idosas que também restabeleceram a saúde. Logo, o discurso de que somente idosos morrem de Coronavírus é falacioso. Ainda que os dados demonstrem um percentual elevado, observou-se que o óbito ocorre em todas as idades e em todos os gêneros.

Com isso, constatou-se que há uma urgência na pauta da agenda política internacional de efetividade dos I e II Planos Internacionais sobre Envelhecimento Humano, que já contemplam a promoção da saúde, a relação com o meio ambiente e outros cuidados como nutrição, atividade física e saúde mental. E na esfera soberana de cada país, internamente, políticas públicas que viabilizem a dinâmica de uma pessoa idosa que não sofra outras violações de direitos, para além do direito ao envelhecimento, vida, saúde, mas também à inserção na tecnologia, à convivência familiar e social, ao acesso pleno à justiça e a todos os demais serviços públicos prestados durante e após o momento de pandemia.

Ultrapassada a primeira fase de chamar atenção de todos os gestores estatais e de toda sociedade para a morte de idosos, a segunda fase de constatar que todas as pessoas estão vulneráveis, a terceira fase de cada organismo ter desenvolvido uma defesa natural, adquirindo uma imunidade, a quarta fase de ações estatais e negociação empresarial em comprar as vacinas em grande quantidade para aplicar em toda população, num “combate” ao vírus, que demonstra a fragilidade humana diante do duelo travado entre a agressão humana à natureza, e a resposta desta, como uma reação físico-química aos comportamentos humanos, a exemplo da liberação de agrotóxicos, da poluição do meio ambiente (ar, mar, água e terra), às queimadas da mata atlântica,

dentre outras ações.

Analisou-se criticamente o que não foi dito nas notícias nem pelos governos, de um quadro similar ao de um genocídio de idosos cometido pela (ir) responsabilidade solidária de países, estados, sociedades e famílias que abandonam as pessoas idosas e o que parecia invisível teve um alcance e impacto bem visíveis e preocupante com a história, valores e cultura de diversos povos. Questiona-se assim se as pessoas idosas são apenas um ônus para o Estado, que lhe paga aposentadoria ou reforma, e superlotam o sistema de saúde, comprovando o descarte em decorrência da mão de obra improdutiva.

Metodologia: Levantamento de notícias “COVID-19 e Pessoas Idosas”

Os dois quadros a seguir foram produzidos pela autora depois de um levantamento de notícias jornalísticas sobre pessoas idosas na internet. O primeiro quadro situa o sítio onde a notícia está hospedada e o título da reportagem. Criou-se uma legenda com o número de referência de cada notícia com o segundo quadro, que traz as categorias trabalhadas nesta investigação.

Número de referência	Site	Título da reportagem
1	https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/07/30/morte-da-covid-19-entre-idosos-em-instituicoes-de-longa-permanencia-representa-80percent-dos-casos-nos-paises-mais-ricos-alerta-oms.ghtml	Morte da Covid-19 entre idosos em instituições de longa permanência representa 80% dos casos nos países mais ricos, alerta OMS.
2	https://www.poder360.com.br/coronavirus/conheca-a-faixa-etaria-dos-mortos-por-covid-19-no-brasil-e-em-mais-4-paises/	Conheça a faixa etária dos mortos por covid-19 no Brasil e em mais 4 países
3	https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53786776	Sem aposentadoria: morte de idosos por covid-19 abala vida econômica de famílias mais pobres
4	https://www.theguardian.com/world/2020/apr/13/half-of-coronavirus-deaths-happen-in-care-homes-data-from-eu-suggests https://pt.euronews.com/2020/04/18/lares-de-idosos-podem-representar-50-das-mortes-por-covid-19	Metade das mortes por coronavírus acontecem em lares de idosos, dados da UE sugerem
5	https://www.rfi.fr/br/fran%C3%A7a/20200330-a-norma-%C3%A9-se-curar-relatos-de-idosos-que-sobreviveram-%C3%A0-covid-19-se-multiplicam-na-fran%C3%A7a	“A norma é se curar”: relatos de idosos que sobreviveram à covid-19 se multiplicam na França

Número de referência	Site	Título da reportagem
6	https://www.paho.org/pt/covid19	Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil
7	https://www.paho.org/pt/noticias/30-9-2020-pessoas-com-mais-60-anos-foram-mais-atingidas-pela-covid-19-nas-americas	Pessoas com mais de 60 anos foram as mais atingidas pela COVID-19 nas Américas.
8	https://www.osul.com.br/coronavirus-grupo-de-cientistas-pe-de-isolamento-so-para-idosos/	Coronavírus: grupo de cientistas pede isolamento só para idosos
9	https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54339632	1 milhão de mortos por covid-19: gráficos mostram onde o coronavírus se espalha e mata mais.
10	https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52428807	Coronavírus: a Suécia acertou ao não adotar uma quarentena?

Fonte: própria. Acesso em 11 de outubro de 2020.

Observa-se que as chamadas das notícias contemplam o descritor principal que é “COVID-19” das quais 6 têm em sua chamada o descritor “idosos”, chamando a atenção para a contaminação e índice de mortes.

Núm. ref.	faixa etária	gênero	moradia	patologias pré-existentes	morte	cura
1			Ilps Países + ricos		81% ilps	
2	<i>População de idosos: Brasil 13,6% 28,7 milhões de pessoas 60+ Itália 28,4% = 17,8 milhões EUA= 22,4% = 73,8 milhões Reino Unido 24,1% = 16,30 milhões Suécia 25,8% = 2,59 milhões</i>		EUA, Itália, UK e Suécia		71,4% dos mortos acima dos 60 Brasil 95,4 % na Itália EUA 80,5% acima de 65 anos Inglaterra e Reino Unido 93,4% Suécia 95,*%	

Núm. ref.	faixa etária	gênero	moradia	patologias pré-existent	morte	cura
3			Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que usou dados do IBGE, apontou que em 20,6% dos 71,3 milhões de domicílios do país, a renda do idoso representa mais de 50% do total dos vencimentos das famílias. Nesses locais, com renda per capita média de R\$ 1.621 por mês, vivem 30 milhões de pessoas. Já em 12,9 milhões de casas — 18% do total de domicílios —, os ganhos dos idosos são a única fonte de renda		Estudos apontam que 74% das mortes por covid-19 no Brasil sejam de pessoas com mais de 60 anos	

Núm. ref.	faixa etária	gênero	moradia	patologias pré-existent	morte	cura
4					<p>Dados instantâneos de várias fontes oficiais mostram que na Itália, Espanha, França, Irlanda e Bélgica entre 42% e 57% das mortes pelo vírus têm acontecido em residências, de acordo com o relatório de acadêmicos da <i>London School of Economics</i> (LSE)</p> <p>pesquisadores da <i>International Long Term Care Policy Network</i> (LTCPN) descobriram que os dados mais robustos estavam disponíveis na Irlanda, onde, até sábado, 54% das mortes por coronavírus ocorreram em lares de idosos,</p> <p>Na Itália, uma pesquisa do governo cobrindo mortes em 10% dos lares de idosos sugeriu que 45% de todas as mortes naquele país poderiam ser em lares de idosos, enquanto dados do governo central da França divulgados no fim de semana mostraram a mesma proporção das 13.832 mortes naquele país aconteceram no cuidado. Na Bélgica, os números do ministério da saúde mostraram que 42% das mortes de Covid-19 aconteceram em lares de idosos, e na Espanha, dados do governo regional vazados sugeriram que 57% do número de mortos do país de 8 de março a 8 de abril foi em lares de idosos.</p>	
5					Na França, mas quase 80% dos 2.606 mortos registrados no país até esse domingo (29) têm mais de 75 anos.	
6						

Núm. ref.	faixa etária	gênero	moradia	patologias pré-existentes	morte	cura
7					<p>Um relatório das Nações Unidas sugere que isso pode acontecer devido a condições pré-existentes, que afetam 66% das pessoas com 70 anos ou mais.</p> <p>Estima-se que, até 2050, o número de pessoas com mais de 60 anos de idade em todo o mundo e nas Américas deve dobrar. Em 2025, pessoas com 60 anos ou mais representarão 18,6% da população total da Região.</p> <p>A América Latina e o Caribe são a segunda região de mais rápido crescimento em termos de pessoas com mais de 60 anos, atrás apenas da África. No entanto, o aumento da expectativa de vida não se traduz em qualidade de vida.</p> <p>O Brasil informou que 76% das mortes relacionadas à COVID-19 durante fevereiro a setembro de 2020 ocorreram entre adultos com 60 anos ou mais.</p> <p>No Peru, pessoas com mais de 70 anos tiveram as maiores taxas de mortalidade por COVID-19 durante março-maio de 2020.</p> <p>Estimativas do Canadá mostram que mais de 80% das mortes por COVID-19 ocorreram em residências ou centros de atenção a longo prazo.</p>	
8					<p>Risco de morte por Covid-19 é “mil vezes maior nos idosos e doentes do que nos jovens” e que caso esses sejam infectados, uma população pode “gozar da proteção conferida aos vulneráveis por aqueles que acumularam imunidade de grupo”.</p>	

Núm. ref.	faixa etária	gênero	moradia	patologias pré-existent	morte	cura
9					<p>Dados oficiais do governo indiano apontam que o número de infecções passou de 6 milhões, o segundo maior do mundo em números absolutos, depois dos Estados Unidos, com 7,1 milhões de casos.</p> <p>Em terceiro aparece o Brasil, com 4,7 milhões de casos confirmados. Especialistas apontam, no entanto, que o número de pessoas infectadas nesses países é muito maior do que as cifras oficiais</p> <p>Índia tem mantido uma taxa de mortes relativamente baixa tendo em vista o tamanho de sua população, que soma 1,35 bilhão de habitantes.</p> <p>Na América Latina, o Brasil tem o maior número de mortes em números absolutos, com 140 mil até agora. Em seguida vem México, com 76 mil, e o Peru, com 32 mil. Por outro lado, a Argentina, com menos mortes (15 mil), tem enfrentado um crescimento acelerado dos casos, com mais de 700 mil notificações. É praticamente o mesmo patamar do México (726 mil) e do Peru (800 mil).</p> <p>No Oriente Médio, o Irã foi duramente atingido pelo vírus no início da pandemia, e nas últimas semanas o país atingiu o maior número de novos casos diários desde o início de junho.</p> <p>Os casos também continuam aumentando na Indonésia e o país registrou mais de 10 mil mortes, o número mais alto no sudeste da Ásia.</p> <p>A África registrou mais de 1,4 milhão de casos confirmados, embora não se sabia a real extensão da pandemia no continente.</p>	
10					as estatísticas da Suécia incluem residentes em lares de idosos, responsáveis por cerca de 50% de todas as mortes.	

Fonte: própria. Acesso em 11 de outubro de 2020

Fazendo uma análise dos dados, na primeira variável “faixa etária”, constatou-se que apenas uma notícia traz dados demográficos de pessoas idosas nos países, até mesmo para traçar um comparativo entre esses dados com os dados de mortes por COVID e pensar nas fragilidades da idade avançada. A variável de gênero não foi contemplada nas notícias. A variável moradia apareceu em apenas uma notícia dialogando com a variável renda. Patologias pré-existent não aparecem, podendo pensar da falta de divulgação dos dados ou na apuração rápida e superficial da notícia ou ainda, na falta de inte-

resse. A variável morte foi abordada com dados quantitativos reforçando a vulnerabilidade das pessoas idosas em várias partes do mundo.

Cabe um destaque à notícia 6, da Organização Mundial da Saúde, divulgada no dia 9 de outubro de 2020, que traz o número de casos confirmados e o número de mortes no mundo e nas regiões Africana, das Américas, Europeia, do Mediterrâneo Oriental, do Pacífico Ocidental e do Sudeste Asiático. Um destaque para a região das Américas, que nos faz pensar sobre as agendas políticas dos governos antes, durante e pós pandemia, as relações ambientais, socioeconômicas e interpessoais em todos os níveis micro e macro de envolvimento nos tratados internacionais que versam sobre questões que interessam a todos os países.

Mundo	36.361.054 casos confirmados	1.056.186 mortes
Região Africana	1.218.782 casos confirmados	26.922 mortes
Região das Américas	17.512.753 casos confirmados	580.189 mortes
Região Europeia	6.676.012 casos confirmados	244.754 mortes
Região do Mediterrâneo Oriental	2.567.134 casos confirmados	65.476 mortes
Região do Pacífico Ocidental	644.073 casos confirmados	14.071 mortes
Região do Sudeste Asiático	7.741.559 casos confirmados	124.761 mortes

Fonte: <https://www.paho.org/pt/covid19>, 2020.

E nos questionamos sobre quais os direitos das pessoas idosas que foram violados durante essa pandemia?

Elenco De Direitos Fundamentais Violados Em Tempo De Covid-19: Teoria Crítica

Assim, objetivamos identificar através dessas variáveis quais os direitos violados e as providências adotadas pelos respectivos países e estados, para refletir sobre a riqueza humana que as pessoas idosas representam nos tempos atuais.

Na teoria crítica de Joaquín Herrera Flores, “O quê”, “porquê” e “para quê” os direitos humanos das pessoas idosas em tempo de covid-19, quando o direito ao envelhecimento, o direito à vida, o direito à saúde, o direito à convivência familiar e social, o direito à liberdade de ir, vir e permanecer, o direito à crença e a credo, o direito de expressão e de pensamento, o direito de envelhecer com dignidade, o direito às escolhas pessoais, dentre um corolário de direitos fundamentais a todo cidadão idoso e toda cidadã idosa, estão para além desses “bens”.

Isto significa que a morte de pessoas idosas no mundo todo em razão da pandemia não é um fato simples, pelo contrário, de grande complexidade. Quem deve exigir o cumprimento desses direitos humanos, que estão para

além da norma positivada, uma vez que essas pessoas já estão mortas e junto todos os direitos violados? Exigir de quem? Para quê? Evitar um alcance maior de genocídio de idosos? ou seria “idosocídio”? Para além de suas pensões, aposentadorias e benefício de prestação continuada, está uma pessoa, sujeito de direitos, igualmente a todas as outras pessoas, independente do critério da idade.

Herrera Flores traz ainda “as dinâmicas sociais para que *tendem* a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito”, isto significa uma história de luta travada por muito tempo, mas que começou a ser positivada, ganhando visibilidade a partir do I Plano Internacional sobre Envelhecimento Humano de Viena/Áustria em 1982.

Nessas notícias coletada percebe-se uma preocupação com a variável grau de instrução, que foi negado em todas as fases da vida, e agora o discurso é potencializador de vulnerabilidades, como se pode notar:

Apesar dessa renda estável, os idosos também têm vulnerabilidades: eles têm escolaridade muito baixa em virtude de um sistema educacional que era excludente, e também uma menor inclusão digital”, explica Marcelo Neri, autor do estudo. A pesquisa da FGV aponta esse problema: 30% dos analfabetos do país são idosos, embora eles representem 10,5% da população. Já entre os mais escolarizados, com mais de 11 anos de estudo, apenas 5,8% têm mais de 65 anos, de acordo com dados de 2018 (notícia 3,2020).

Ainda refletindo sobre o conteúdo dessas notícias, em que o não dito (Michel Pechêux) está na evidente preocupação com o empobrecimento das famílias brasileiras que dependem dos rendimentos das pessoas idosas. Tornando mais clara uma situação anterior à pandemia, a dependência econômica da família dos valores percebidos pelos idosos que mantém inúmeras famílias:

Camarano estimou que, durante a pandemia, a morte de idosos por covid-19 representa uma queda mensal de R\$ 167 milhões na renda das famílias brasileiras. Para a conta, a pesquisadora considerou 100 mil mortes já registradas pela doença — 74% desse óbitos eram pessoas com mais de 60 anos (notícia 3,2020).

Por que lutar pelos direitos humanos das pessoas idosas antes, durante e depois da pandemia do coronavírus? Por que esse processo de divisão social em idades para escolher no atendimento que vai viver e quem vai morrer? Por que as notícias potencializam a morte de idosos como se fosse uma “limpeza etária”? Por que mostrar a morte de pessoas idosas na pandemia se outras pessoas morrem em decorrência do COVID-19, e pessoas idosas também vão a óbito em decorrência de outras causas, a exemplo de abandono, solidão, tristeza e acidentes?

Começamos a lutar pelos direitos, *porque* consideramos injustos e desiguais tais processos de divisão do fazer humano. Para tanto, todas e todos precisamos dispor de condições materiais – e imateriais – concretas que permitam o acesso aos bens necessários para a existência.

Para completar a tríade das questões, para que os direitos humanos das pessoas idosas em tempo de pandemia? Se a finalidade da norma jurídica é proteger de quem ou de quê? Por que se as pesquisas demonstram a importância do distanciamento social, mas os jovens se comportam contrariamente, e, no contato com a pessoa idosa, tornou-se um potencial transmissor, então qual a finalidade dos protocolos da Organização Mundial da Saúde, das agências de saúde do mundo todo?

Isto significa que essa violação dos direitos das pessoas idosas está para além da propagação do vírus, está no esquecimento, numa memória pretérita e está empreendendo uma visibilidade à pessoa idosa, outrora esquecida. Ainda que as pessoas idosas sejam beneficiárias de proteção social, há que se considerar a rede de proteção social, que chega num determinado momento, que a Instituição segue as regras jurídicas, mas estimando um tempo menor para o seu cumprimento. Para que o Plano de Proteção à Pessoa Idosa? O Estatuto da pessoa idosa? E demais legislações que amparam o “bem-estar social”

A pesquisa explica que a renda mais estável da parcela idosa da população, em comparação com a dos mais jovens, ocorre em grande parte por causa de uma maior proteção social, como a aposentadoria e o Benefício de Proteção Continuada (BPC). Via de regra, os contribuintes de baixa renda que não conseguem o tempo mínimo de contribuição para se aposentar são elegíveis para receber o BPC, salário mínimo pago a pessoas com mais de 65 anos e renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo vigente. No total, 4,6 milhões de brasileiros recebem o benefício, entre idosos e pessoas com deficiência (notícia 3, 2020)

Os resultados demonstraram que houve um número considerável de morte de pessoas idosas em decorrência do COVID-19, caso as notificações tenham sido realmente verdadeiras, mas há que se considerar que houve pessoas idosas que também restabeleceram a saúde.

Há uma urgência na pauta da agenda política internacional de um III Plano Internacional sobre Envelhecimento Humano, com ações específicas e efetivas na promoção da saúde, na relação com o meio ambiente e outros cuidados como nutrição, atividade física e saúde mental, na promoção de um envelhecimento saudável que realmente garanta bens e direitos à maior riqueza, que é a humana. Para isso as agendas políticas dos Estados e dos Governos precisam convergir num diálogo em tom uníssono de proteção e cuidado com as pessoas idosas.

Conclusão

Que adianta no dia 1 de outubro de 2020, a OMS lançar no portal dados mundiais sobre saúde e bem-estar de pessoas idosas na 73ª Assembleia Mundial da Saúde que endossou a recomendação da 146ª conselho Executivo da OMS feita em fevereiro de 2020, através da Decisão EB146 / 13, em que esta é considerada a década do envelhecimento saudável (2020-2030) por meio de procedimentos de silêncio por escrito se as notícias coletadas demonstram o contrário num discurso dialético entre vida e morte?

Inegável a complexidade cultural, numa diversidade cultural entre os países, mas também há uma convergência de fragilidades dos sistemas estatais e sociais na proteção às pessoas idosas. De igual forma, há uma complexidade empírica, numa distância abissal entre a norma jurídica internacional e nacional e a realidade das pessoas idosas. Há uma complexidade jurídica dos planos internacionais sobre o envelhecimento humano com as normas internas, a exemplo do Brasil, com a Política Nacional de proteção à Pessoa Idosa, direcionada ao sistema de saúde e o Estatuto do Idoso, ambas garantem direitos, quando se constata o alto percentual de mortes de pessoas idosas pelo COVID-19.

Outras complexidades podem ser apontadas nesta abordagem temática, como a complexidade jurídica que reflete a carência da ética profissional em proporcionar à ética humana a preservação dos valores mais primordiais aos seres humanos como vida, envelhecimento e dignidade.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (BR). Nota Técnica nº 05/2020 GVIMS/GGTES. Orientações para a prevenção e controle de infecções pelo novo Coronavírus (SARS-Cov-2) em instituições de longa permanência para idosos (ILPI). Brasília, DF(BR), 24 de março de 2020. Brasília, [Internet]. 2020 [cited 2020 Apr 14]. Available from: <https://www20.anvisa.gov.br/segurancadopaciente/index.php/alertas/item/nota-tecnica-n-05-2020-gvimsggtes-anvisaorientacoes-para-a-prevencao-e-o-controle-de-infecoes-pelo-novocoronavirus-sars-cov-2-ilpi>

BBC:NEWS. 1 milhão de mortos por covid-19: gráficos mostram onde o coronavírus se espalha e mata mais. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54339632>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

BOOTH, Robert. **Metade das mortes por coronavírus acontecem em lares de idosos, dados da UE sugerem.** Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/13/half-of-coronavirus-deaths-happen-in-care-homes-data-from-eu-suggests>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

BRANDÃO, Adriana. **“A norma é se curar”:** relatos de idosos que sobreviveram à covid-19 se multiplicam na França. Disponível em: <https://www.rfi.fr/fr/fran%C3%A7a/20200330-a-norma-%C3%A9-se-curar-relatos-de-idosos-que-sobreviveram-%C3%A0-covid-19-se-multiplicam-na-fran%C3%A7a>, Acesso em 11 de outubro de 2020

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos.** / Joaquín Herrera Flores; tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009

FOLHA INFORMATIVA COVID-19. Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). O que é o Coronavírus? (COVID-19). [Internet]. 2020 [cited 2020 Abr 12]. Available from: <https://coronavirus.saude.gov.br>

MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). Protocolo de tratamento do novo Coronavírus (2019-nCoV). [Internet]. 2020. [cited 2020 Abr 09]. Available from: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/05/Protocolo-de-manejo-clinico-para-o-novo-coronavirus-2019-ncov.pdf>

OMS. Pessoas com mais de 60 anos foram as mais atingidas pela COVID-19 nas Américas. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/30-9-2020-pessoas-com-mais-60-anos-foram-mais-atingidas-pela-covid-19-nas-americas>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

PLITT, Laura. **Covid-19 não é pandemia, mas sindemia**”: o que essa perspectiva científica muda no tratamento. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54493785>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

SAVAGE, Maddy. **Coronavírus**: a Suécia acertou ao não adotar uma quarentena? Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52428807> . Acesso em 11 de outubro de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Novel Coronavirus (2019-nCoV) technical guidance. [Internet] 2020 [cited 2020 Abr 08]. Available from: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novelcoronavirus-2019>

ZHANG W. Manual de prevenção e controle da Covid-19 segundo o Doutor Wenhong Zhang. São Paulo (BR): PoloBooks; 2020.

O ACESSO ÀS NOVAS TECNOLOGIAS DIGITAIS PELOS IDOSOS: DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO

Silma Dias Ribeiro de Lavigne

Defensora Pública do Estado do Pernambuco; Pós-Graduada em Direito Constitucional. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa

Resumo:

O presente artigo versa sobre a problemática do acesso às tecnologias digitais pelos idosos, fazendo uma análise geral sobre o envelhecimento populacional para em um segundo momento tratar sobre a vulnerabilidade digital da pessoa idosa em meio à pandemia da Covid-19. Logo em seguida, a partir do conceito de direitos fundamentais, analisa se a Constituição Federal Brasileira contém cláusula aberta que permita acolher os chamados direitos materialmente fundamentais ou direitos fundamentais em sentido material. Nesse contexto, o artigo busca também aferir a importância da dignidade humana como essencial para o reconhecimento da fundamentalidade material desse novo direito. A conclusão é no sentido de reconhecer o direito de acesso às novas tecnologias digitais como um direito fundamental implícito, detentor do mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais.

Palavras-chave: Idosos; Novas Tecnologias; Direito Fundamental.

Introdução

O envelhecimento populacional configura-se como um fenômeno mundial elevando em consequência o número de pessoas acima de 60 anos que necessita de políticas públicas de inclusão social, ante a desigualdade que os acomete. Nesse contexto, as tecnologias digitais surgem como importantes ferramentas capazes de elevar a sua dignidade proporcionando autonomia e independência a essa parcela da população. Com esse aumento da expectativa de vida cresce hodiernamente o número de pessoas da terceira idade que moram sozinhas, acarretando a necessidade de utilização de serviços em casa ou instrumentos que possibilitem a independência desses idosos, sendo necessário, portanto, repensar o significado atual de ser idoso.

Segundo o IBGE a população brasileira acima de 60 anos representa hoje 14% das pessoas residentes no território nacional; projeções indicam que essa faixa vai saltar para 24,5% em duas décadas e meia e por intermédio de uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde, em 2019, a população idosa apresentou a maior proporção de pessoas que deixaram de realizar atividades habituais por motivos de saúde. (BRASIL, 2019).

Nesse contexto, é preciso ter em mente que a população está envelhecendo e que as políticas públicas precisam se adaptar ao novo tempo, contemplando os direitos fundamentais da pessoa idosa de forma integral.

Com vistas à efetivação da dignidade da pessoa idosa é atribuível ao Estado o dever de conceber ações diferenciadas que sejam capazes de corrigir desigualdades que impedem a plena realização de seus direitos fundamentais. O Estado tem, portanto, o dever de proporcionar a estrutura necessária para que os direitos desse grupo se materializem e deixem o campo do ideal passando para o campo do real. Somente assim poderão testemunhar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como preconizam as Constituições da República Brasileira e Portuguesa.

Não se pode esquecer que a igualdade não se realiza naturalmente para grupos desfavorecidos. Grupos com marcadores, fatores que conduzem à desigualdade tendem a permanecer em desigualdade. Entretanto há de se lembrar ainda que nos dias atuais a atenção a tal determinado grupo não pode ser dada de forma aleatória, visto que o grupo é bastante heterogêneo. Tratamentos planejadores sobre a questão do envelhecimento, uma condição iminentemente humana, podem causar efeitos diversos ao pretendido, causando isolamento e a morte.

A escolha da temática deu-se em razão do trabalho desta subscritora como Defensora Pública do Estado do Pernambuco atuante na Vara da Fazenda Pública e como tal boa parte dos atendimentos relaciona-se a pedidos de idosos que necessitam de serviços públicos de saúde, como a realização de cirurgias para colocação de próteses, medicamentos ou mesmo de familiares que questionavam por uma solução em razão de não disporem de cuidadores ou instituições para deixarem seus pais na velhice. Dentro dessa realidade, chegou-se a conclusão de que as novas tecnologias constituem um método moderno e eficaz para melhorar a qualidade de vida desse grupo de pessoas, fornecendo-lhes mais autonomia e independência e a seus parentes próximos.

Por fim, vale esclarecer que este artigo não tem por objetivo analisar o dilema ético que envolve o tema nem busca discutir possíveis consequências sociais do uso das modernas tecnologias, mas sim demonstrar que as mesmas tratam-se de um direito imprescindível para a garantia da dignidade e qualidade de vida de um grupo afortunado que conseguiu chegar até a terceira idade. Estabelece-se aqui uma visão panorâmica da quarta revolução industrial com o objetivo de chamar a atenção para as novas tecnologias em favor dos idosos como primeiro passo para a partir daí serem reivindicadas do poder público como um direito fundamental.

O Fenômeno do Envelhecimento Populacional

Antes de abordar o fenômeno do acesso às novas tecnologias digitais é preciso considerar o crescimento demográfico pelo qual passa o mundo. Rosa(2012, p.16) aponta que Portugal é um dos países mais envelhecidos do espaço europeu, e como tal, do mundo.

A porcentagem de pessoas com idade de 60 anos ou mais está crescendo em todo o mundo, mas no Brasil ocorre de forma acelerada segundo dados do instituto de pesquisa econômica aplicada. Ainda segundo dados do IPEA, em 2040, o número de idosos ultrapassará o de jovens e a proporção dos “mais idosos”, dos 80 anos e mais também está aumentando, ou seja, a população entre os idosos também envelheceu.

Dessa forma há que se notar que “Caminhamos seguramente para uma sociedade diferente da que conhecemos até agora e onde os padrões institucionais de actuação terão que se adequar às mudanças indelévels proporcionadas pela revolução silenciosa do sistema demográfico”(FERNANDES, 2001, p. 43)

Assim, havendo um crescente aumento demográfico em termos mundiais, deve-se buscar algo análogo em relação à elaboração de políticas públicas à pessoa idosa. Tais políticas perpassam necessariamente pelo acesso às novas tecnologias de modo universal. É intenção deste trabalho contribuir para a discussão de tais questões em prol de um grupo social em crescente aumento.

O ponto de partida então é a tomada de consciência do envelhecimento demográfico e das novas necessidades advindas como consequência da quarta revolução industrial. Esta baseia-se por sua vez na revolução digital e é caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)(SCHWAB, 2019, p.16).

Neste cenário,urge a constituição de políticas públicas específicas de forma a se assegurar aos idosos condições para promover a sua autonomia, interação com outras gerações e participação na sociedade.

A Vulnerabilidade da Pessoa Idosa em Meio à Pandemia do Coronavírus

Em 03 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde, seja através da Portaria N.º 188, que declarou emergência em Saúde Pública em decorrência da infecção humana pelo novo Coronavírus (2019-nCov), apresenta como principal medida de prevenção a prática do isolamento social.

É sabido que para as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos(idade definida pela lei), o Coronavírus pode se tornar grave, especialmente quando o idoso já tem outros problemas de saúde, como diabetes,

doenças respiratórias e cardiovasculares. Dada a dificuldade, então, que os idosos têm para impedir e controlar a infecção viral, a melhor opção foi, desde o início, evitar que sejam infectados. E é aí que a idéia de “distanciamento social” adquire importância, sendo, portanto, medida oficialmente adotada como política pública de combate à pandemia.

O problema, no entanto, é que o distanciamento social trouxe consigo o fantasma da depressão, a tristeza potencializada pelo abandono e principalmente deixa evidente o pavor causado pelo medo da morte eminente. Em momentos de isolamento, esses idosos já tão vulneráveis são privados dos seus familiares e atividades rotineiras aumentando excessivamente a triste sensação de abandono.

As tecnologias digitais, no entanto, mostram a sua relevância trazendo inúmeras plataformas de interação permitindo-se por exemplo, o compartilhamento de fotos, de notícias, conhecimentos e o exercício de atividades de recreação e lazer, chamadas de vídeo, orientações com professores de educação física e fisioterapeutas para alívio de dores crônicas, a continuidade da educação com cursos à distância, estimulando à mente e levando à proteção de doenças como Alzheimer; permite o funcionamento de atividades de telerdiagnósticos, monitoramento remoto de pacientes através da internet das coisas, garantindo um cuidado adequado a cada paciente, cirurgias robóticas, reabilitação através de meios computadorizados e em um futuro próximo robôs feitos de DNA irão transportar remédios dentro do corpo humano.

Carlos Graça (2019, p.232) traz-nos ponderações de como os sistemas informáticos podem ajudar a cuidar a exemplo do sistema de teleconsulta, que pode ser realizada através de tablets, computadores portáteis ou smartphone. De fato, tal plataforma, adotada em vários países, evita para o idoso o incômodo do deslocamento frequente até um posto de saúde, notadamente em se tratando de paciente residente na zona rural ou com dificuldade de locomoção. Com a teleconsulta, o paciente tem também acesso aos especialistas localizados em grandes capitais sem precisar deslocar-se, democratizando assim a medicina.

A identificação precoce de alterações das condições de saúde pode ser mencionada como aspecto de relevante importância, asseverando Renato Veras que : “ A falta de um sistema estruturado faz com que, em geral, o primeiro atendimento ocorra em estágio avançado de uma patologia, o que aumenta os custos e reduz as possibilidades de um prognóstico melhor”. Com as máquinas, contudo, os diagnósticos são mais rápidos e aprimorados. Para o idoso é de uma relevância extraordinária, já que a idade não lhe permite esperar meses por um diagnóstico seguro.

Assim, as modernas tecnologias com o uso da inteligência artificial surgem como um modelo assistencial à saúde, obviamente, seguindo-se os protocolos para proteção dos dados pessoais.

A importância da internet na vida do ser humano é tamanha que Bustamante Donas considera as novas polis são as redes sociais, e como tais têm

um caráter não estático mas dinâmico e processual. As redes sociais virtuais são a última expressão da assimilação do ciberespaço como local da polis, pois integra novas formas de experimentar as diásporas e as migrações, novas formas de comunicação e solidariedade, de ação política e revolucionária. As cibercidades, entendidas como redes sociais virtuais, são novas formas de relação.

Ocorre que o acesso às modernidades digitais não é igualitário, especialmente entre as faixas etárias e a pandemia do Coronavírus serviu para expor os entraves e desigualdades até então adormecidas, trazendo à tona a vulnerabilidade digital desse grupo. Esta, tanto na modalidade de inexistência de rede de acesso à internet e/ou falta de condições financeiras para adquirir um dispositivo ou conhecimento insuficiente para usar as novas tecnologias.

Segundo a pesquisa TIC nos domicílios em 2019 lançada pelo Comitê Gestor da internet no Brasil (CGI.br), por meio do centro regional de estudos para o desenvolvimento da sociedade da informação (Cetic.br) o percentual de casas sem acesso às redes por custo elevado do pacote de serviços ou falta de conhecimento digital chega a 28%. Outro dado importante é que, nas áreas rurais, a não disponibilidade do serviço de acesso à Internet na área de residência representou mais de 40%.

Outra informação relevante trazida pela pesquisa diz respeito à faixa etária. A maioria dos usuários tem entre 16 e 24 anos e dentre as pessoas com 60 anos ou mais, apenas 34% tem acesso à rede. Já quando se trata de renda, entre a população mais pobre, apenas seis de cada dez brasileiros conseguem navegar pela internet.

Dado o alto índice de idosos no Brasil que não tem acesso às modernas tecnologias, resta clara a urgência em se buscar a interpretação constitucional que permita a inclusão digital para esse grupo, que já é vítima de tantas outras exclusões sociais. Admitir o contrário é exacerbar-se a invisibilidade desse grupo populacional de forma injusta.

A geração de jovens nascidos na vigência da revolução 4.0 estão naturalmente habituados a toda essa realidade e ao seu dinamismo. Os jovens já nasceram inseridos na era digital, por isso, absorvem e se adaptam mais facilmente às tecnologias. E os idosos? ficarão à margem das inovações e dos acontecimentos? A resposta é não. Eles também têm direito ao que há de melhor no mundo. Isso passa, necessariamente, pelo acesso às inovações tecnológicas, à internet, aos tratamentos mais modernos e menos agressivos, interação entre gerações, troca de conhecimentos e acesso às informações em tempo real.

É imperativo que se reconheça o direito de acesso às tecnologias digitais como um direito fundamental com todas as consequências disso decorrentes, vale dizer, a vinculação aos poderes públicos, a aplicabilidade imediata e serem parâmetro obrigatório à atuação estatal.

O Reconhecimento do Acesso às Novas Tecnologias Digitais como Direito Fundamental Implícito

O ponto crucial do presente ensaio, diz respeito à garantia de acesso às novas tecnologias digitais para as pessoas idosas como direito fundamental. Inicialmente, é importante tecer alguns comentários sobre direitos fundamentais.

Para José Afonso da Silva:

No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. (SILVA, 1999, p. 182).

Segundo Dirley da Cunha Júnior:

São todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material) (DA CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 496).

Desse modo, depende-se que direitos fundamentais representam a base do sistema jurídico nacional, positivados ou não nas constituições estatais, encontrando-se, direta ou indiretamente, ligados à noção de dignidade da pessoa humana.

Na lição de Daniel Sarmento tem-se:

O princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segunda a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, como assevera Miguel Reale, sendo a defesa e a promoção de sua dignidade, em todas as suas dimensões, a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito (SARMENTO, 2000).

Assim, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana erigida a princípio fundamental pela Constituição Federal do Brasil (art 1º, III) é critério para identificação material dos direitos fundamentais. Jorge Reis Novais afirma, no mesmo sentido: “é comum a caracterização da dignidade humana como fundamento da própria existência e indivisibilidade material dos direitos fundamentais”.

Há então que se notar:

A concepção de dignidade da pessoa humana que se expressa contemporaneamente nos textos constitucionais e nas declarações de direitos humanos resulta de uma construção racional e civilizacional que assenta no sentido de justiça dominante nas nossas sociedades e que se traduz também, para além do reconhecimento da pessoa como sujeito, no comando de respeito da igual dignidade e da igual consideração dos interesses de cada pessoa e na garantia das condições mínimas da possibilidade de desenvolvimento das potencialidades próprias (NOVAIS, 2019, p. 44).

O envelhecimento populacional é um fenómeno mundial, mas não é suficiente prolongar a expectativa de vida. Esta deve ser digna. Não há dúvidas de que as tecnologias vão proporcionar ao idoso independência, elevação da auto-estima, dignidade, já que terão a oportunidade de viver com qualidade de vida, permitindo assim o aperfeiçoamento contínuo da sua personalidade e efetivação de outros direitos fundamentais como o direito à liberdade e à saúde. Trata-se, portanto, de direito fundamental por refletir o próprio sentido da Constituição material, significando um novo direito apto a realizar o ser humano, que é o sentido maior do Estado. Segundo Miguel Reale, “não se é homem pelo simples fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência”.

Com base no art 5º, parágrafo 2º da Constituição Brasileira ressalva Sarlet (2017) a existência de duas grandes categorias de direitos fundamentais: os direitos fundamentais escritos, vale dizer, aqueles expressamente positivados seja no texto da constituição seja em tratados internacionais e os não-escritos, compreendendo esses últimos os direitos implícitos, no “sentido de posições fundamentais subentendidas das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” e os assim decorrentes do regime e dos princípios da Constituição”.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco explicitam que o propósito desta norma é afirmar que a enumeração dos direitos não significa que outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa estejam excluídas da proteção do direito nacional. De fato, limitar os direitos fundamentais ao rol catalogado nos textos constitucionais significa ignorar a evolução do ser humano, da história, do direito.

Jorge Miranda (2000, p.9) reconhece que a limitação dos direitos fundamentais seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida, a liberdade de crenças ou participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político.

J.J. Gomes Canotilho (p.379) assim sustenta:

Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional estes direitos são chamados de direitos material-

mente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma norma de fatispecie aberta, de forma a abranger, para além das positivizações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da acção humana.

O direito está em constante mutação e deve ser interpretado de acordo com a época em que se vive. Bobbio magistralmente nos ensina que os direitos não nascem todos de uma vez, nascem quando devem ou podem nascer. A atual Constituição quando promulgada não tinha como dispor expressamente sobre a inclusão digital, já que naquela época ainda engatinhava-se na prática cibernética. A internet, nos seus primórdios da década de 90, era discada e restrita a uma minoria bastante privilegiada da população brasileira. No entanto, o progresso dinâmico e gradativo trouxe à tona uma nova Era de avanços e conquistas tecnológicas: a 4ª revolução industrial.

Um turbilhão de novas possibilidades advindas da quarta revolução industrial faz surgir também novas necessidades, novas profissões, novas leis, novas regulamentações e conseqüentemente novos excluídos. Os idosos, naturalmente à margem das conquistas tecnológicas, representam o grupo onde tamanha discrepância abissal se torna ainda mais evidente.

Jorge Miranda (2000, p.47) nos revela ainda que a história vai fazendo surgir novos direitos, novas descobertas e novas realizações. Enfatiza que não basta observar passivamente a história. É preciso refletir sobre ela. Ora, o ser humano é naturalmente um agente de mudança, marcado, portanto, ao dinamismo e às conquistas. Mas não basta apenas criar novas maravilhas tecnológicas, é preciso fazer com que tais melhorias sejam acessíveis à maior parte possível da população.

O texto constitucional não apresenta, portanto, um elenco taxativo de direitos fundamentais, podendo a abertura material consagrada pelo artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição cidadã assegurar uma interpretação que garanta aos idosos o acesso às tecnológicas digitais como direito fundamental, retirando do texto o que está subentendido em outros dispositivos constitucionais, como na tutela jurídica da saúde, da dignidade humana, da proteção da integridade física e mental, esta como desdobramento do direito à vida.

Nesse ponto Miranda (2000, p.164) assevera que não se trata só de complementação ou integração do catálogo inscrito no texto contitucional. Mais do que isso, trata-se de uma manifestação do princípio da liberdade, contraposto ao princípio da competência. Liberdade das pessoas contraposta a prefixação normativa dos poderes do Estado e dos seus órgãos.

Tal possibilidade vem desde do IX aditamento à Constituição dos Estados Unidos (de 1791). O aditamento assim dispõe: “ a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo”.

A interpretação deve se orientar no tema aqui proposto dando-se a máxima efetividade à Constituição Federal e à dignidade do ser humano, pois nos

dizeres de Flávia Piovesan (2010), “o valor da dignidade humana impõe-se 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”. Em vista disso, não há que se falar em vida digna dos idosos sem respeitar a preservação da sua integridade física, psíquica e intelectual proporcionada pelas inovações tecnológicas.

O direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal como argumenta Sarlet(2012) apresenta uma dimensão defensiva que determina o dever de não afetar a saúde de alguém e uma dimensão prestacional que imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas concretas no sentido de efetivar a saúde da população. Mariana Filchiner Figueiredo(2007, p.84), por sua vez, ao citar Rolando Gialdino, explicita que o direito à saúde abarca a fruição de toda uma gama de facilidades, bens, serviços e condições, necessários para que a pessoa alcance e mantenha o mais alto nível possível de saúde, compreendendo dois elementos: o direito à conservação do “capital de saúde” herdado, por um lado, e o direito de acesso aos serviços de saúde adequados em caso de dano a esse capital, por outro. Logo, encontra-se interligado às tecnologias para se efetivar.

Assim, as modernas tecnologias, embora não expressamente previstas no catálogo dos direitos fundamentais são essenciais à sobrevivência digna dos idosos na sociedade, dando-se um novo sentido ao ato de envelhecer. Aqui, os operadores do direito possuem um novo desafio pela frente: garantir o acesso às tecnologias digitais como um direito fundamental que é.

Considerações Finais

O ordenamento jurídico pátrio em razão de inúmeras circunstâncias político-institucionais não prevê de modo expreso na Constituição Federal o direito de acesso às modernas tecnologias digitais, contudo não resta comprometido o seu reconhecimento para vários segmentos da sociedade, incluindo os idosos, haja vista o espírito constitucional permitir interpretação plausível com tal afirmação.

É possível também efetuar o reconhecimento do direito de acesso às novas tecnologias como um direito fundamental implícito a partir do estudo do direito à saúde. Tal premissa é lógica, na medida que saúde não está reduzida a simples ausência de enfermidades, nos termos do preconizado pela Organização Mundial de Saúde. Portanto, pode-se utilizar de vários dispositivos para considerar esse novo direito como fundamental.

Infere-se então que a busca por tecnologias digitais para idosos está relacionada com o reconhecimento de que o tempo desse grupo é diferente do tempo dos demais. Imprescindível, assim, políticas diferenciadas e eficazes para a pessoa idosa com a inclusão das novas tecnologias.

O caráter inovador do presente trabalho se deve ao fato de que no Brasil, uma minoria se dispôs a enfrentar o tema da abertura material dos direitos

fundamentais. Ademais, pouco se escreveu sobre a aplicação dos recursos tecnológicos como novo paradigma para a melhoria da qualidade de vida da pessoa idosa. Tratando-se de estudos voltados para o cuidado das pessoas mais velhas, a grande maioria das produções científicas acabam apenas direcionando para a importância dos trabalhos dos profissionais de saúde sem sugerir que as inovações tecnológicas compõem dever do Estado.

O desafio atual, envolve, portanto, a inclusão digital desse grupo de forma a garantir o acesso às novas tecnologias digitais como direito fundamental, com o seu inerente regime jurídico diferenciado.

Sendo assim, através deste ensaio, espero poder contribuir para fomentar a inclusão dos idosos na Era digital, caminho este sem volta, elevando assim a sua dignidade. Como defensora pública entendo que este deva ser uma preocupação para todas as defensorias no século atual e vindouro, considerando o crescente envelhecimento populacional mundial e a fragilidade dos idosos deixada evidente com a pandemia da COVID-19. Agindo assim, estaremos cumprindo atribuição expressamente prevista no artigo 134 da Constituição Federal Brasileira, qual seja: a promoção dos direitos humanos.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Notícias IBGE**. Disponível em: <<http://bvsm.s.saude.gov.br/ultimas-noticias/1600-71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Notícias IBGE**. Disponível em: <<http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28793-pns-2019-sete-em-cada-dez-pessoas-que-procuram-o-mesmo-servico-de-saude>>. Acesso em 20 nov 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 11ª edição, Salvador: Juspodivm, 2017.

CAMARANO, A. A.; PASINATO, M. T. O Envelhecimento Populacional na Agenda das Políticas Públicas. In CAMARANO, Ana Amélia. **Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 253-292

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., 20ª reimpressão. Edições Almedina.

GRAÇA, Carlos. As Práticas do Cuidar. In DOIS, Curado, MANUEL; MONTEIRO, Ana Paula(org.). **Saúde e Cyborgs: Cuidar na Era Biotecnológica**. Lisboa: Edições Esgotadas, 2019.

DE CARVALHO, Maria Irene Lopes B. Modelos de Política de Cuidados na

Velhice em Portugal e em Alguns Países Europeus. **Revista Kairós: Gerontologia**, v. 12, n. 2, 2009. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/view/4418/0>>. Acesso em: 20 set. 2020.

CETIC.BR-Centro Regional de Estudos para o desenvolvimento da Sociedade da Informação. **Principais resultados TIC Domicílios 2019**. São Paulo, SP, 2019. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso 20.11.2020

CGI.br/NIC.br. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br). **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros- TIC Domicílios 2018**. [S.l.], 2018. Disponível em: http://data.cetic.br/cetic/explore?idPesquisa=TIC_DOM&idUnidadeAnalise=Usuarios&ano=2018. Acesso em: 07 out.2020.

DE FRAGA, Luís Alves. **Metodologia da Investigação**. Lisboa, 2017. ISBN9789728973490

DE OLIVEIRA FERNANDES, Maria Teresinha; SOARES, Sônia Maria. O Desenvolvimento de Políticas Públicas de Atenção ao Idoso no Brasil. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 46, n. 6, p. 1494-1502, 2012.

DOLL Johannes; MACHADO, Letícia Rocha. CACHIONI, Meire. O Idoso e as Novas Tecnologias. In: FREITAS, E. V. et al. **Tratado de geriatria e gerontologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

DONAS, Javier Bustamante et alli. **Los Derechos Humanos en Internet**. Madrid: Cideal, 2012.

FARIA, Diana; OLIVEIRA, Madalena; SIMÕES, José Augusto. Políticas Públicas de Defesa e Promoção dos Direitos dos Idosos. **Revista Portuguesa de Bioética**/ (n. ° 16), mar. 2012.

FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedades Familiares e Política Social: Itinerário de Pesquisa em Torno do Aumento da Esperança de Vida. **Sociologia, Problemas e Práticas**, n. 36, p. 39-52, 2001. Disponível em: < http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292001000200003

FERREIRA, Ana Elisabete. A Pessoa sob o Olhar das Neurociências: O Corpo e a Conceção Naturalista de Pessoa. **Cadernos da Lex Medicinæ Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico**, Vol. I n° 4, 2019. ISBN 978-989-8891-48-8 disponível em: <https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes>

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde. Parâmetro para sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOZZO, Débora. Saúde, Novas Tecnologias e a Responsabilidade na Reprodução Humana. **Cadernos da Lex Medicinæ e Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico**, Vol. I., n° 4, 2019. ISBN 978-989-8891-48-8 disponível em: <https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes>

IBGE-INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**. Disponível: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf .

IPEA. **INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&ordering=3&limitstart=4160&limit=20.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. Rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7217-3

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui; FERREIRA, Eduardo Paz. **Constituição Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Vol. I: Dignidade e Direitos Fundamentais. 2ª Ed. Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7591-4

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Vol. II: Dignidade e Inconstitucionalidade. 2ª Ed. Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7734-5

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes de Estado de Direito**. Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7764-2

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição, Editora Saraiva, 2013.

ROSA, Maria João Valente. **O Envelhecimento da Sociedade Portuguesa**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: Na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado Editora, 2018. ISBN 978-853215030-1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª edição. Livraria do Advogado, 2012.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Samara Tomé Correa de Souza; TAVARES. Marília Matias Kesting. Os idosos e as Barreiras de Acesso às Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação. **Revista Renote** – Revista Novas Tecnologias na Educação, Porto Alegre, v. 10, n. 1, julho/2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Envelhecimento Ativo: uma política de saúde**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf. Acessado em junho de 2020.

VERAS, R. P., CALDAS. C. P. Promovendo a Saúde e a Cidadania do Idoso: O Movimento das Universidades da Terceira Idade. **Cien Saude Coletiva**. 2004; 9(2): 423-32. DOI: 10.1590/S1413-81232004000200018.

A PROTEÇÃO PATRIMONIAL DO IDOSO E O ISOLAMENTO FAMILIAR

Claudia Maria Petry de Faria

Doutora em Qualidade Ambiental (Universidade Feevale 2016). Mestre em Letras, Cultura e Regionalidade (Universidade de Caxias do Sul, 2006). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade do Vale dos Sinos, 1981). Docente na Universidade Feevale. Advogada, sócia do Escritório Petry de Faria Advogados

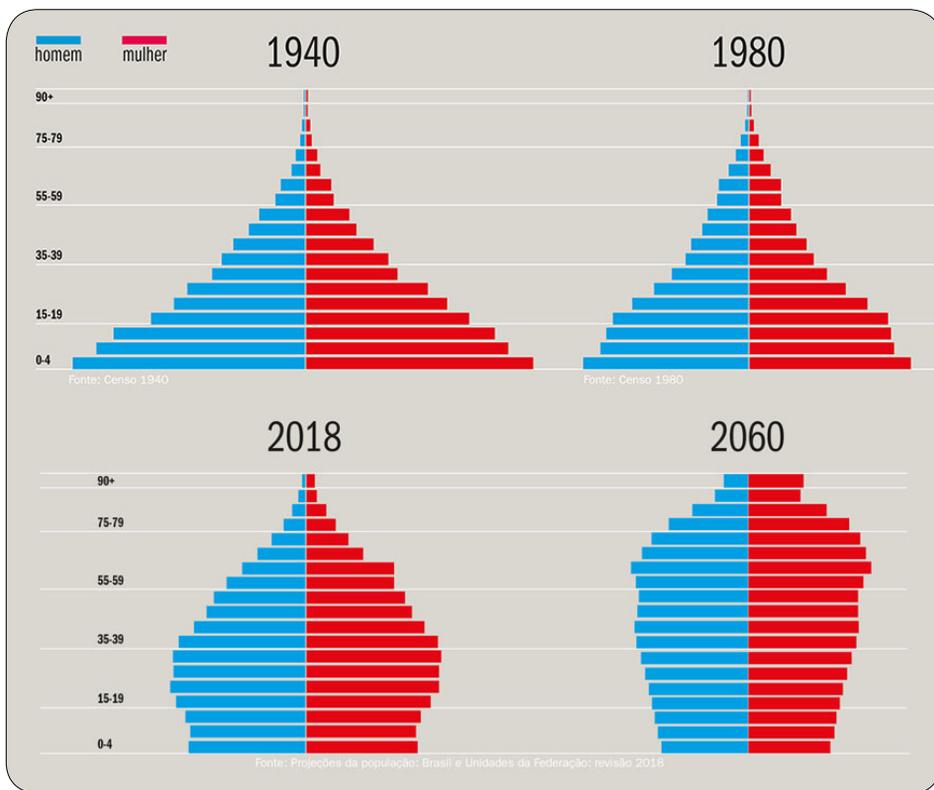
Resumo:

Os dados demográficos brasileiros demonstram o crescimento da população idosa. Diante deste novo padrão etário populacional, surge a necessidade de rever políticas públicas e a legislação constitucional e ordinária no intuito de abranger direitos e deveres em relação a este contingente de pessoas cujas características físicas, emocionais e sociais são diversas e, às vezes, adversas, ao estado atual de proteção. A codificação civil brasileira, representada pela Lei nº 10.741 de 2003, em sintonia com o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, compõe um conjunto legislativo a proteger o idoso, incluindo-o na condição de vulnerável. A proteção ao patrimônio do idoso, entretanto, assume condição expressa no Código Civil no artigo 1641, quando resta determinado que o casamento após ter completado 70 anos de idade, somente poderá ser realizado pelo regime de separação de bens. O dispositivo afronta a liberdade, a autonomia e a própria dignidade do indivíduo.

Palavras-chave: Idoso; Proteção; Isolamento; Dignidade

Introdução

A população mundial, incluindo a população brasileira está envelhecendo. Os dados mais recentes demonstram que a relação entre a porcentagem de idosos e de jovens, o denominado “índice de envelhecimento”, deve aumentar de 43,19%, em 2018, para 173,47%, em 2060. Esse processo pode ser observado graficamente pelas mudanças no formato da pirâmide etária ao longo dos anos, que segue a tendência mundial de estreitamento da base (menos crianças e jovens) e alargamento do corpo (adultos) e topo (idosos).



Fonte: <https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html> desde 1940, a expectativa já aumentou 30,5 anos.

O estabelecimento de uma Política Internacional para o Envelhecimento no Século XXI, oriunda da Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre Envelhecimento, realizada em Madrid, em 2002, culminando com a Declaração Política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, propiciou que diversos Países, entre eles, o Brasil, adotassem políticas públicas para atendimento prioritário aos idosos. O objetivo é o de preservar o envelhecimento saudável, com plena garantia da dignidade humana.

Embora o envelhecimento populacional venha sendo comemorado e reconhecido como um dos avanços da era moderna, graças a uma vasta contribuição da área médica, impõe a necessidade de criação de políticas públicas e ordenamento jurídico protetivo desta camada significativa de cidadãos. Neste sentido, o direito brasileiro reconhece a importância e a necessidade de proteção ao idoso, com disposição constitucional e ordinária. O envelhecimento é considerado um direito personalíssimo, cuja proteção constitui-se em um direito social

Através do artigo 5º, o legislador constitucional, em 1988, dispôs a igual-

dade de todos os cidadãos perante a lei, vedada qualquer distinção, assegurando, ainda no inciso VIII que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. Não bastasse tais disposições, também no Capítulo VII, o qual trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, garante expressamente, conforme Art. 230 o dever da família, da sociedade e do Estado no amparo as pessoas.¹

Art. 230. 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.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

A Lei nº 10.741 de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso vem corroborar com as disposições constitucionais. Inicialmente define que idoso é o indivíduo com idade igual ou superior a 60 anos, ao qual é assegurado o gozo dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, além da proteção integral prevista nesta norma específica. Para tanto, deverão ser oportunizados meios com o objetivo de preservar “saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” A mesma norma reconhece a condição de “super idoso”, ou seja, aquele cidadão que conta com idade superior a oitenta anos, o qual terá atendimento preferencial em relação aos atendendo-se suas necessidades aos demais idosos.

Entre as formas de prioridade a norma infraconstitucional prevê que o idoso tenha atendimento preferencial imediato e individualizado nos órgãos públicos e privados prestadores de serviço, com garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais, além de prioridade por ocasião do recebimento da restituição do Imposto de Renda. A norma ainda determina que se já dado “preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso.”

Certamente um dos aspectos mais importantes da Lei nº 10.741 de 2003 seja a relevância dada à família do idoso. Neste sentido, a norma determina que, embora a proteção deva ser realizada pela sociedade e pelo Estado, é a família a quem cabe inicialmente o dever de cuidado e atenção. É dela o atendimento prioritário ao idoso, inclusive, em prejuízo do atendimento asilar. Segundo dispõe o artigo 3º “*É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à*

1 BRASIL. Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10.10.2020

saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.²

O presente estudo avança sobre a proteção do idoso através do exame dos princípios aplicáveis a proteção do idoso, quais sejam: Dignidade da Pessoa Humana, Solidariedade Familiar, Função Social da Família, Afeto, Liberdade, Autonomia da Vontade.

Princípios Aplicáveis à Proteção do Idoso

A proteção familiar concedida pela Constituição Federal contribuiu para que novos princípios passassem a nortear o Direito das Famílias. A constitucionalização do direito de família está abrangida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Para Flavio Tartuce, este é o princípio dos princípios, posto que encontra-se já no artigo 1º da Carta Magna Brasileira. “A partir desse conceito, entendemos que a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa, na sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca. Em suma, a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade.”³ O Autor exemplifica quatro situações em que resta claro a aplicação do princípio da dignidade humana nas relações familiares: a) o reconhecimento da família unipessoal para fins de impenhorabilidade do imóvel *ie* constante da Lei 8.009/1990. B) o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial do afastamento da culpa por ocasião da ruptura conjugal; c) pagamento de indenização por abandono afetivo d) o direito a busca pela felicidade reconhecido na igualdade “entre a paternidade socioafetiva e a biológica, bem como a possibilidade de multiparentalidade, com vínculo concomitante.”⁴

Em relação ao princípio da solidariedade familiar, importante considerar que foi elevado a objetivo fundamental pela Constituição Federal através do artigo 3º, inc. I, visando a construção de uma sociedade humanitária. Por certo que o sentido de solidariedade familiar não pode ser analisado exclusivamente sob o aspecto econômico, patrimonial, mas preferencialmente pelo afeto e pelo cuidado que deve ser a preocupação principal entre os membros da família, independente da sua forma de construção. Expressa o Código Civil Brasileiro a aplicação deste princípio ao dispor no artigo 1694: *Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*⁵

2 BRASIL. Lei nº 10.741/2003 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em 10.10.2020.

3 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família** – v. 5 / – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

4 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família** – v. 5 / – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

5 BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

O Princípio da Função Social da Família vem sendo alterado de acordo com a própria mudança do conceito de família. A família não se constituiu em um fim em si mesmo. A família é a célula base para o bem estar do indivíduo. É a construção social que alavanca sonhos e realizações, razão pela qual assume a condição estruturante do indivíduo.

O princípio do afeto não está regulamentado, seja na Constituição Federal, seja nas normas infraconstitucionais, mas a jurisprudência pátria tem reconhecido como princípio basilar nas relações familiares. Tal não é outro entendimento, quando reconhecido pelos Tribunais a possibilidade de paternidade socioafetiva, mormente cumulada com a paternidade biológica.

Os Princípios da Liberdade e da Autonomia Privada acabam se entrelaçando no Direito de Família, especialmente no objeto do presente trabalho. Garantido pelo artigo 1513 do Código Civil, o direito à liberdade de escolhas está intimamente relacionado a autonomia privada. Essa é a liberdade de escolher, determinar, estipular, observada as diretrizes legais. Este princípio, entretanto, obstaculiza o direito do idoso em escolher o regime de bens para o casamento a partir de 70 anos de idade, conforme dispõe o artigo 1641 do Código Civil.

O Idoso e o Regime de Bens

A legislação codificada brasileira concede aos nubentes a liberdade de escolha do regime de bens a ser vigente a partir do casamento. Neste sentido, poderão escolher entre o regime da comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação total de bens e participação final nos aquestos.

Caso os nubentes optem pelo regime da comunhão universal de bens, pelo regime da separação total ou pelo regime da participação final nos aquestos, deverão, previamente ao casamento, realizar um pacto antenupcial, o qual somente terá eficácia ante a concretização do matrimônio, e observada a inexistência de qualquer nulidade. Na hipótese de os nubentes optarem pelo regime da comunhão parcial de bens, nada precisará ser feito, tendo em vista que este é o regime supletivo do casamento, aplicável também na hipótese de união estável.

O legislador, entretanto, trouxe ao texto civilista, a determinação de um regime obrigatório de bens a ser adotado visando a proteção de determinadas pessoas, entre elas o idoso com 70 anos que venha a contrair matrimônio. Esta é a redação do artigo 1641 do Código Civil Brasileiro de 2002, ainda vigente:⁶

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas sus-

leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 10.10.2020

6 BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 10.10.2020

pensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

O dispositivo acima mencionado limita a autonomia de vontade do idoso, pois parte de uma falácia, qual seja, a incapacidade de administrar o seu patrimônio e a sua vontade. Importante referir que, em momento, algum, a legislação nacional traz a incapacidade absoluta ou relativa do idoso. Atualmente, com base no artigo 3º do Código Civil, apenas o jovem com idade inferior a 16 anos é absolutamente incapaz, não podendo sequer contrair matrimônio (inclusive frente ao estado de gravidez). Da mesma forma, o artigo 4º do diploma civilista estipulou que são relativamente incapazes para a prática de certos atos ou à maneira de os exercer os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos. Não há, pois qualquer limitação aos idosos, salvo a disposição do Art. 1641.

A proibição de escolha do regime de bens daquele que aos 70 anos pretende casar, entretanto, é relativizada pela jurisprudência na hipótese de que tenha havido prévia união estável com a respectiva conversão em casamento. A contradição é notória: se o idoso com 69 anos e 11 meses constituir uma união estável o regime de bens será o da comunhão parcial; se, entretanto, resolver casar aos 70 anos o regime de bens a ser adotado será obrigatoriamente o da separação total, como se, por um lapso temporal no calendário fosse fator determinante para impedir a escolha do regime.

Ironicamente, seria possível afirmar que, ao realizar seu septuagésimo aniversário, o idoso perde a capacidade de discernimento quanto a disponibilidade de patrimônio que adquiriu ao longo de sua vida., surgindo, por consequência a pergunta: a proteção é do idoso ou da sua prole. Por outro lado, não há qualquer obstáculo legal para a hipótese de doação ou de venda do patrimônio.

Diante das constatações acima, a proibição de escolha do regime de bens afeta e afronta amplamente aos princípios da liberdade, da autonomia da vontade e sobremaneira ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Alienação Parental ao Idoso

A pseudo proteção patrimonial do idoso pode estar relacionada a prática da alienação parental realizada pelo cônjuge ou pelos filhos. Embora reconhecido pelo Estatuto do Idoso a necessidade de convivência em família pelo idoso, a quem cabe, inicialmente a atenção inicial, é fato incontroverso que o isolamento familiar ocorre, inclusive através do asilamento. Diversos são os fatores do isolamento, desde as questões de saúde, até as questões patrimoniais.

A legislação brasileira, de maneira exemplar, criou a Lei nº 12.318/2010,

a qual reconhece a prática da alienação parental no que tange as crianças e adolescentes. Assim dispõe no artigo 2º que⁷

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

A leitura do texto acima poderia ser transportada para a relação familiar no que tange ao idoso, pois não é incomum, que o cônjuge, ou um dos filhos, assuma o controle integral do idoso, dificultando o contato com os demais membros da família, omita deliberadamente informações pessoais relevantes, inclusive médicas, realize campanhas denegrindo a imagens dos filhos ou dos irmãos afim de que o idoso, pouco ou nenhum apreço tenha pelos demais membros alienados. O alienador aproveita-se da vulnerabilidade e da fragilidade emocional e, quiçá física do idoso, para a prática de atos de alienação parental com fins pecuniários e patrimoniais e, ainda psicológicos.

Neste sentido, a Lei nº 10.741/2003, no artigo 19, § 1º reconhece esta conduta como ato de violência: *Considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.* O reconhecimento da existência de atos de alienação parental contra o idoso, poderá ser feito através de estudo biopsicossocial, em analogia aos dispositivos da Lei nº 12.318/2010, em ação própria ou em ação cautelar, visando a indisponibilidade de patrimônio.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação nº

7 BRASIL. Lei nº 12.318/2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 10.10.2020

46/2020, reconheceu a situação de vulnerabilidade social dos idosos, relatando no Preâmbulo que o “Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos informa que dados mais recentes do canal Disque 100 apontam que os casos de violência patrimonial contra a pessoa idosa, em 2019, tiveram um aumento de 19% e que, em 2020, com o isolamento social imposto pela pandemia, a situação tornou-se cada vez mais crítica” Além de reconhecer a existência de crime na forma do artigo 102 da Lei nº10.741/2003, a apropriação ou desvio de bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, com aplicação diversa da de sua finalidade, e diante do caráter relevante e “preventivo dos serviços notariais e de registro, ao evitarem conflitos e protegerem a sociedade, garantindo publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” recomendou a máxima cautela e adoção de medidas preventivas durante o período de emergência resultante da Pandemia COVID-19.

Assim, estabeleceu que poderão ser realizadas diligências necessárias, com adoção de medidas preventivas para “evitar violência patrimonial ou financeira nos seguintes casos: I- antecipação de herança; II- movimentação indevida de contas bancárias; III- venda de imóveis; IV- tomada ilegal; V- mau uso ou ocultação de fundos, bens ou ativos; e VI- qualquer outra hipótese relacionada à exploração inapropriada ou ilegal de recursos financeiros e patrimoniais sem o devido consentimento do idoso. Caso constatado qualquer indício, deverá haver urgente comunicação ao Conselho Municipal do Idoso, Defensoria Pública, Polícia Civil ou Ministério Público.

Paulo Lobo, reconhece, com propriedade que, assim como as crianças, há outros sujeitos vulneráveis que reclamam a proteção da família, da sociedade e do Estado. Conforme o autor, os direitos, inicialmente atribuídos com exclusividade às crianças e adolescentes agora são estendidos a outros sujeitos vulneráveis e frágeis como os idosos. A relação familiar continua sendo uma relação de direito-dever.⁸

Considerações Finais

A fragilidade e a vulnerabilidade atingem os dois extremos da vida humana: a criança e o idoso. Momentos opostos que se vinculam pelo liame da vida e pelo direito. Proteção. Direitos. Igualdade. Dignidade. Palavras que representam muito mais do que simples expressões nos dicionários.

A Constituição Federal do Brasil objetiva a proteção dos nacionais, garantindo-lhes uma vida livre, justa e digna, em consonância aos diplomas internacionais. O direito de livre escolha oportunizado pela Carta Magna e pela legislação ordinária ao Idoso, merece e exige cumprimento. Não sendo considerado incapaz, deve usufruir de todas as garantias constitucionais estendidas aos demais cidadãos.

O patrimônio amealhado durante uma vida de labuta não deve ser sur-

8 LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias** / – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

rupiado como se fosse supérfluo. O direito ao envelhecimento saudável, inclusive financeiramente é dogma constitucional e deve ser protegido como a vida. A existência e a criação de Políticas Públicas em atenção aos idosos deve ser prioridade em um Brasil cada vez mais envelhecido. O direito personalíssimo ao envelhecimento é direito fundamental do qual a sociedade, incluída a família e o Estado não podem ser omissos na sua efetiva aplicação.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10.10.2020

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 10.10.2020

BRASIL. **Lei nº 10.741/2003**, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em 10.10.2020

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm

CNJ. **Recomendação nº 46/20202 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original133900202006235ef205f448e4f.pdf>. Acesso em 10.10.2020

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias** /— 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família** — v. 5 / — 15. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ASSISTÊNCIA DOMICILIAR: COBERTURA OBRIGATÓRIA PELOS PLANOS DE SAÚDE?

Anna Paula Piovesan Pinheiro

Graduanda em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

Atendimentos domiciliares aos enfermos são observados desde períodos anteriores à Era Cristã. Contudo, sua atuação organizada e institucionalizada, como ferramenta de cuidado à saúde, é conquista do século XX. No Brasil, a ascensão do segmento *home care* se liga diretamente ao envelhecimento populacional, ao aumento da expectativa de vida e à busca pela humanização das intervenções médicas. Presente tanto no Sistema Único de Saúde quanto na saúde suplementar, esta ainda apresenta resistência em oferecê-lo aos seus beneficiários e é justamente sob esta ótica que o presente estudo se baseia. Os Tribunais do país já possuem entendimento consolidado acerca da obrigatoriedade de cobertura pelas operadoras de planos de saúde da internação domiciliar, modalidade abarcada pelo tratamento *home care* ao lado da assistência domiciliar. Entretanto, o mesmo não é observado quanto à assistência domiciliar, sendo este o objetivo desta pesquisa, verificar se devem as operadoras também fornecê-lo.

Palavras-chave: Planos de saúde; *Home care*; Assistência domiciliar; Obrigatoriedade.

Introdução

A promulgação da Lei Federal nº 9.656/1998, ainda vigente, foi, inegavelmente, um marco à saúde suplementar do Brasil¹. Após anos sem regulamentação específica e intensos debates, a chamada Lei dos Planos de Saúde, conjuntamente com a medida provisória nº 1.665/1998, editada naquele mesmo ano, alteraram drasticamente o cenário experimentado à época. Através delas, direitos e deveres foram assegurados tanto aos beneficiários como às operadoras de planos de saúde, por meio dos quais prazos e obrigações fo-

¹ ANS celebra os 20 anos de regulamentação da saúde suplementar. **Agência Nacional de Saúde Suplementar: Notícias ANS**, 01 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/4466-ans-celebra-os-20-anos-de-regulamentacao-da-saude-suplementar>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

ram a elas impostos. O cumprimento das novas diretrizes passou a ser objeto de fiscalização, realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência reguladora atuante na área, criada no início dos anos 2000.

O novo modelo de contratação estabelecido, por óbvio, somente é obrigatório às negociações posteriores à promulgação da legislação supra. Aos contratos entabulados em período anterior, entretanto, foi possibilitada a adequação e a migração a este novo modelo, claramente mais benéfico ao usuário. Os que assim fizeram, passaram a se submeter à Lei nº 9.656/1998 e os mantidos, ou seja, não adequados ou não migrados, permaneceram observando tão somente as disposições contratuais.

Dentre as grandes novidades implementadas pela Lei dos Planos de Saúde está o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, conjunto básico e obrigatório de procedimentos e tratamentos previsto pela ANS e por ela periodicamente atualizado². Apesar de conhecido desde a elaboração do primeiro Rol, em 1998, o tratamento *home care*, em qualquer de suas modalidades, ainda hoje nele não está contido. Fato que desestimula, por vezes, a previsão de cobertura de tal tratamento pelos contratos de planos de saúde, já que não expressamente reconhecido como básico e obrigatório.

Entretanto, apesar das adversidades, nos últimos anos aumentos consideráveis foram observados na prescrição do tratamento e, conseqüentemente, no próprio segmento. Somente no ano de 2019, a título exemplificativo, segundo dados da Federação dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas e Demais Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de São Paulo, o segmento teve um aumento de 15,9%³. As vantagens desse tipo de tratamento são, sem dúvidas, fundamento ao crescente avanço de sua prescrição, que percorrem desde a humanização do atendimento ao paciente até a redução de custos às operadoras, em especial nos casos em que é indicado em substituição à internação hospitalar.

Torna-se, por conseguinte, diante desse cenário, frequente a judicialização da temática por beneficiários, considerando que há, quase sempre, ne-

2 Ainda em 1998, a fim de dar fiel cumprimento à Lei nº 9.656/1998, o primeiro Rol de Procedimento e Eventos em Saúde (CONSU 10/1998) foi elaborado e, em média, a cada dois anos é atualizado. A última atualização, feita este ano, 2020, foi influenciada pela situação pandêmica que assola não só o Brasil como o restante do globo. Por meio dela, a ANS ampliou o Rol, incluindo alguns procedimentos voltados ao diagnóstico e ao tratamento da COVID-19. ANS incluiu mais seis exames no Rol para auxiliar no diagnóstico e tratamento do novo Coronavírus. **Agência Nacional de Saúde Suplementar: Notícias ANS**, 28 mai. 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5546-ans-inclui-mais-seis-exames-no-rol-de-coberturas-obrigatorias-para-auxiliar-na-deteccao-do-novo-coronavirus>>. Acesso em: 14 set. 2020.

3 Boletim Econômico da FEHOESP aponta crescimento da saúde privada no Brasil. **Federação dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas e Demais Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de São Paulo**, 12 fev. 2020. Disponível em: <<https://fehoesp360.org.br/noticia/6312/boletim-economico-da-fehoesp-aponta-crescimento-da-saude-privada-no-brasil>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

gativa de cobertura pelas operadoras, mesmo com a apresentação da devida prescrição médica. Segundo levantamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entre os anos de 2012 e 2016, as decisões de primeira instância sobre o tratamento saltaram de 42 para 565 e as de segunda instância, embora não tenham acompanhado em números o enorme salto, praticamente duplicaram, passando de 347 para 651 no mesmo período⁴.

O tratamento, que abrange tanto a modalidade internação domiciliar como a assistência domiciliar, já possui entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça pela obrigatoriedade de cobertura nos casos de internação domiciliar. O mesmo não ocorre com sua outra modalidade, assistência domiciliar, estudo que se propôs, por meio deste artigo, realizar.

O tratamento *home care*: contexto histórico brasileiro

Historicamente, os atendimentos médicos domiciliares são observados desde tempos anteriores à Era Cristã, com registros no antigo Egito e, também, na Grécia Antiga⁵. Entretanto, o pioneirismo norte americano quanto ao desenvolvimento dos atendimentos de modo similar ao hoje observado, como ferramenta de cuidado, institucionalizado e profissionalizado, há de ser reconhecido, já que nele fora registrado, no século XIX, pela primeira vez⁶.

No Brasil, semelhantemente ao observado nos Estados Unidos da América, as primeiras ações de atendimento domiciliar eram dotadas de informalidade, com atuação não organizada de profissionais da saúde nas residências dos enfermos. Os primeiros registros de atuação organizada, ainda no século passado, ligaram-se às iniciativas do Poder Público, que não objetivavam, em específico, melhores resultados ou humanização no tratamento do paciente. A necessidade de desocupação de leitos no Hospital de Servidores Públicos do Estado de São Paulo, há pouco mais de cinquenta anos, foi a principal alavanca à primeira atividade de atenção domiciliar desenvolvida nacionalmente. “O objetivo deste trabalho era desospitalizar doentes crônicos estáveis para desocupar uma parte dos leitos do hospital, que estava superlotado naquela

4 COLLUCCI, Cláudia. Disparam decisões que obrigam plano de saúde a oferecer serviço home care. **Folha Digital**, 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/04/1874421-disparam-decisoes-que-obrigam-planos-de-saude-a-oferecer-servico-home-care.shtml#:~:text=%20O%20home%20care%20%C3%A9%20oferecido, seja%20coberta%2C%20diz%20a%20entidade.>>. Acesso em: 07 out. 2020.

5 TAVOLARI, Carlos Eduardo Lodovici; FERNANDES, Fernando; MEDINA, Patricia. **O desenvolvimento do “Home Health Care” no Brasil**. Revista de Administração em Saúde, v. 03, n. 09, p. 15-18, out./dez. 2000. p. 15. Disponível em: <[file:///C:/Users/Anna%20Paula/Downloads/ARTIGORAS09%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Anna%20Paula/Downloads/ARTIGORAS09%20(1).pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

6 DIECKMANN, J. Home Health Administration: An Overview. Apud MENDES, Walter. **Home care**: uma modalidade de assistência à saúde. Rio de Janeiro: UERJ, UnATI, 2001. Disponível em: <http://www.crde-unati.uerj.br/publicacoes/textos_Unati/unati4.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

época”⁷.

Pouco tempo depois, o tratamento *home care* foi expandido a diversos municípios do Estado de São Paulo e a outros hospitais de sua capital, como o Hospital das Clínicas, que iniciou seu programa em 1996⁸. A iniciativa privada, aproveitando-se da crescente popularidade do tratamento, imergiu-se no segmento, aumentando a cada ano as empresas atuantes na área. No final da década de 90, cerca de 180 empresas atuavam no ramo de atenção domiciliar⁹. Hoje, segundo dados oficiais da Secretaria de Atenção Domiciliar, pertencente ao Ministério da Saúde, o número quadruplicou, chegando a mais de 800 empresas cadastradas junto ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES)¹⁰.

Dentre os vários fatores que corroboraram à ascensão do segmento, o demográfico merece maior destaque. O envelhecimento populacional, associado ao aumento da expectativa de vida, fez surgir “(...) um novo perfil de demandas por cuidados específicos e de novas necessidades de saúde (...)”¹¹. “Assim, pessoas vivendo com doenças crônicas complexas (...) e, ainda, aqueles com doenças degenerativas avançadas, têm sido apontadas como demandantes de cuidados longitudinais, contínuos e de longa duração”¹².

Segundo a Projeção de População realizada pelo IGBE, divulgada em 2018, a porcentagem de idosos dobrará nas próximas décadas¹³. Parcela da população que, justamente em decorrência da idade, necessita de maiores cuidados, por vezes enquadrados no tratamento *home care*. Nítida, nesse sentido,

- 7 TAVOLARI, Carlos Eduardo Lodovici; FERNANDES, Fernando; MEDINA, Patricia. O desenvolvimento do “Home Health Care” no Brasil. **Revista de Administração em Saúde**, v. 03, n. 09, p. 15-18, out./dez. 2000. p. 15. Disponível em: <file:///C:/Users/Anna%20Paula/Downloads/ARTIGORAS09%20(1).pdf>. Acesso em: 16 mai. 2020.
- 8 AMARAL, Nilcéia Noli do et al. Assistência Domiciliar à Saúde (Home Health Care): sua História e sua Relevância para o Sistema de Saúde Atual. **Revista Neurociências - Unifesp**, v. 09, n. 03, p. 111/117, 2001. p. 112. Disponível em: <http://revistaneurociencias.com.br/edicoes/2001/RN%2009%2003/Pages%20from%20RN%2009%2003-5.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.
- 9 TAVOLARI, Carlos Eduardo Lodovici; FERNANDES, Fernando; MEDINA, Patricia, op. cit., p. 16.
- 10 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde. **DATASUS**. Disponível em: <http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Unidade_Listar.asp?VTipo=77&VListar=1&VEstado=00&VMun=&VSubUni=&VComp=>. Acesso em 14 mai. 2020.
- 11 BRAGA, Patrícia Pinto Braga et al. **Oferta e demanda na atenção domiciliar em saúde**. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 21, n. 03, p. 903/912, mar. 2016. p. 906. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000300903&lang=pt>. Acesso em: 16 mai. 2020.
- 12 STOLT, R.; BLOMQUIST, P.; WINDLAD, U. Privatization of social services: quality differences in Swedish elderly care. Apud BRAGA, Patrícia Pinto Braga et al. **Oferta e demanda na atenção domiciliar em saúde**. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 21, n. 03, p. 903/912, mar. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000300903&lang=pt>. Acesso em: 16 mai. 2020.
- 13 Idosos indicam caminhos para uma melhor idade. **Censo 2020**, 19 mar. 2019. Disponível em: <https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>. Acesso em: 21 set. 2020.

que a vasta demanda que o segmento possui, atrelada à busca ao lucro pelas empresas especializadas e à redução de gastos pelas operadoras de planos de saúde, foi determinante à popularização do tratamento.

***Home care*: definição e abrangência**

Consagrada na literatura norte americana, a expressão *home care* foi importada ao vocabulário nacional. Para Mendes¹⁴, ela deve ser considerada apenas como uma abreviação, sendo *home health care* nomenclatura mais adequada e precisa ao tratamento, traduzida ao idioma pátrio, o português, como assistência domiciliar em saúde. A tradução, porém, não é adequada. Isso porque o termo assistência domiciliar é utilizado atualmente para definir somente uma das modalidades pelo tratamento abrangidas.

Antes da elaboração da Resolução RDC nº 11/2006 pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), agência reguladora também atuante na área da saúde, não havia regularidade nas definições dos termos empregados quando o assunto era o tratamento *home care*, lá chamado de serviços de atenção domiciliar, considerando que pioneira na regulamentação do setor. Além de disposições de cunho regulatório, a resolução prevê, também, as terminologias adequadas para cada ação de tratamento, conceituando-as.

Segundo ela, “o termo *Home Care* refere-se aos Serviços de Atenção Domiciliar, nas modalidades de Assistência e Internação Domiciliar (...)”¹⁵. Conceituado como “termo genérico que envolve ações de promoção à saúde, prevenção, tratamento de doenças e reabilitação desenvolvidas em domicílio”¹⁶, os serviços de atenção domiciliar são prestados por “instituição pública ou privada responsável pelo gerenciamento e operacionalização de assistência e/ou internação domiciliar”¹⁷.

Extraí-se, nesse sentido, que a atenção domiciliar é o gênero do qual assistência domiciliar e internação domiciliar são espécies. Aquela, assistência domiciliar, conceituada como um “conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio”¹⁸, e esta, internação domiciliar, como “conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada”¹⁹.

14 MENDES, Walter. **Home care**: uma modalidade de assistência à saúde. Rio de Janeiro: UERJ, UnATI, 2001. p. 39. Disponível em: <http://www.crde-unati.uerj.br/publicacoes/textos_Unati/unati4.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

15 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 11, de 26 de janeiro de 2006. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Funcionamento de Serviços que prestam Atenção Domiciliar. **Diário Oficial da União**, 27 jan. 2020. Disponível em: <http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2006/res0011_26_01_2006.html>. Acesso em: 16 mai. 2020.

16 Ibidem.

17 Ibidem.

18 Ibidem.

19 Ibidem.

Em que pese a existência de termos técnicos, as ações desenvolvidas em ambiente domiciliar ainda são, independentemente de sua modalidade, corriqueiramente chamadas de *home care*.

Assistência domiciliar: uma análise acerca da obrigatoriedade de cobertura

Em busca do tratamento prescrito e diante de não raras, como já anteriormente explanado, negativas pelas operadoras de planos de saúde em fornecê-lo, socorrem-se os beneficiários, quase sempre, ao Poder Judiciário. Seja na própria esfera contenciosa judicial ou quando acionadas administrativamente, agarraram-se as operadoras à ausência de previsão do tratamento no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e à carência contratual acerca de sua cobertura como argumentos hábeis a afastar qualquer responsabilidade de fornecimento.

Duas são, portanto, as barreiras a serem enfrentadas. A primeira delas, como dito, funda-se na não classificação do tratamento *home care* como mínimo e obrigatório pela ANS. A temática é corriqueiramente colocada à prova e não só por demandas que visam a obtenção do tratamento em análise, como também por diversas outras que pleiteiam o custeio de procedimentos que pelo rol também não foram previstos. O Superior Tribunal de Justiça, instância final para o julgamento de questões em que a Lei nº 9.656/1998 é suscitada, não possui entendimento pacificado sobre o assunto, mas, por maioria, afirma que o Rol possui natureza exemplificativa e que, por conseguinte, não exclui tratamentos lá não elencados quando prescritos a critério do médico que assiste o paciente²⁰.

Prevalece na referida Corte Superior, portanto, o entendimento de que podem as operadoras de planos de saúde restringirem as doenças acobertadas. Não podem, todavia, limitar os procedimentos indicados para cura ou tratamento das enfermidades que pelo contrato não foram expressamente excluí-

²⁰ Válido destacar que em julgamento recente, realizado no último mês de 2019, a 4ª Turma do STJ novamente analisou a questão. Desta vez, o Ministro Relator, Luiz Felipe Salomão, seguido por todos os demais, entendeu que interpretar o Rol como meramente exemplificativo reduziria o acesso à saúde suplementar pelos mais vulneráveis. Isso porque, se assim fosse entendido, todos os planos de saúde seriam colocados no mesmo patamar e, por consequência, a sistemática de precificação das opções ofertadas pelas operadoras seria abalada. Nessa linha de pensamento, disse o Ministro Salomão que os valores das contratações seriam reajustados e elevados. Ressalvou, todavia, que em casos excepcionais, pode o juiz, em decisão devidamente fundamentada, deferir o fornecimento do procedimento solicitado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.733.013 – PR (2018/0074061-5). Recorrente: Victoria Teixeira Bianconi. Recorrido: Unimed de Londrina Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=103994352&num_registro=201800740615&data=20200220&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 25 ago. 2020.

das.

A segunda barreira, diferentemente da primeira, está ligada às próprias cláusulas contratuais, quando por meio delas eximem-se as operadoras de fornecer o tratamento *home care*, excluindo-o de qualquer cobertura. Tão grande é a importância do assunto que recentemente, na edição de nº 143 – Plano de Saúde III, dedicou-se o Superior Tribunal de Justiça a condensar os entendimentos por ele já exarados sobre a temática e elaborar, a partir deles, o enunciado de nº 03, que assim diz “O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula que exclui tratamento domiciliar (*home care*)”²¹.

Importante destacar que dentre os diversos acórdãos que basearam o enunciado supracitado, em quase todos a ausência de previsão do tratamento no Rol da ANS foi matéria enfrentada, sendo por eles confirmada sua natureza exemplificativa, seguindo a dita construção jurisprudencial. Ao menos ao *home care*, a controvérsia não se mostra, nesse sentido, uma tese defensiva que demande maiores esforços contra argumentativos da parte adversa. O papel desafiador ficou a cargo da carência contratual.

Durante os últimos anos, por óbvio em decorrência da crescente judicialização dos pedidos de fornecimento, o Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes analisou especificamente a obrigatoriedade de cobertura das operadoras de planos de saúde do tratamento *home care*. Em 2015, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.537.301 – RJ, foi declarada a abusividade de cláusulas contratuais ou atos das operadoras que vedassem o fornecimento da internação domiciliar em substituição à internação hospitalar. A distinção entre as modalidades de tratamento abrangidas pelo *home care* foi pelo acórdão salientada. Isso porque, para o Ministro Relator, Ricardo Villas Bôas Cueva, cada uma delas importará ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato consequências distintas²².

Quando concedida a internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, benefícios não só ao paciente são observados. A conversão sugerida, nas palavras do Ministro Relator, não afeta o equilíbrio contratual, exatamente porque acarreta vantagens às operadoras, como a otimização de leitos hospitalares e a redução de custos com profissionais, limpeza e alimentação, por exemplo. No entanto, salientou que as ações de atenção domiciliar

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**, Edição nº 143: Plano de Saúde - III. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.537.301 - RJ (2015/0048901-2). Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional S.A. Recorrido: Maria Jose Ribeiro da Silva. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 18 de agosto de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1428545&num_registro=201500489012&data=20151023&formato=P-DF>. Acesso em: 07 out. 2020.

não podem ser concedidas indiscriminadamente, considerando que não foram computadas nos cálculos atuariais, não sendo em todas as perspectivas de concessão possível manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato²³.

Outro julgado, o Recurso Especial nº 1.766.181 – PR, apreciado em 2019, também merece destaque. Nele, o Superior Tribunal de Justiça analisou a obrigatoriedade de custeio do tratamento *home care* na modalidade assistência domiciliar. Por meio de um pedido de vista, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva teve seu voto seguido pelos demais e, seguindo o entendimento já esposado anos atrás, quando do julgamento daquele Recurso Especial, afastou a pretensão recursal ao concluir pela ausência de obrigatoriedade de cobertura pelas operadoras de planos de saúde da modalidade assistência domiciliar²⁴.

A abusividade das cláusulas contratuais que excluem em abstrato a internação domiciliar foi novamente reconhecida, sendo até mesmo citada como jurisprudência da Corte. Em contrapartida, por se tratar de assistência domiciliar, a negativa da operadora foi entendida como perfeitamente possível, já que a modalidade não é, diferentemente da internação domiciliar, obrigatória. O principal fundamento para tanto ainda é o abalo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato ocasionado com a concessão.

Ao ser elencado como acórdão basilar do enunciado nº 03, da Edição nº 143 – Plano de Saúde III, o referido Recurso Especial traz à tona algumas considerações. Da leitura rápida, sem o aprofundamento necessário, o trecho não transmite o verdadeiro entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto. Isso porque as nomenclaturas por ele utilizadas, tratamento domiciliar e *home care*, foram equivocadamente empregadas. Muito embora conheça a Corte os nomes técnicos das ações de atenção domiciliar, ignorou-os quando da redação do trecho.

A desatenção quanto ao linguajar técnico leva a crer que será abusiva quaisquer negativas, independe da modalidade do tratamento *home care* solicitada. Mas, quando analisados os acórdãos basilares, em especial o dito Recurso Especial recentemente apreciado, conclui-se que a jurisprudência em tese nº 03 somente se refere à internação domiciliar.

Considerações finais

A cada ano, temas relacionados à saúde suplementar adentram cada vez mais ao judiciário brasileiro. As várias edições pelo Superior Tribunal de Justiça de jurisprudência em tese sob o enfoque dos planos de saúde é prova disso. Dentro das mais variadas pretensões ajuizadas pelos beneficiários em face

23 Ibidem.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.766.181 - PR (2018/0237223-9). Recorrente: Olinda Ramos. Recorrido: Fundo de Previdência Social dos Servidores Municipais de Londrina. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 dez. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802372239&dt_publicacao=13/12/2019>. Acesso em 07 out. 2020.

das operadoras de planos de saúde, a busca pelo custeio do tratamento *home care* representa parcela significativa, conforme mostram os dados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo disponibilizados.

Apesar de não só pela população idosa ser o tratamento prescrito e utilizado, o envelhecimento populacional, atrelado ao aumento da expectativa de vida, é uma das causas do crescente desenvolvimento do segmento. Naturalmente, seja em virtude das complicações em razão do avanço da idade ou do acometimento por alguma doença, necessitam os idosos dos cuidados pelo *home care* abrangidos. Todavia, nem sempre assim lhes são concedidos, ainda que seja o tratamento o mais recomendável ao caso.

A concessão ou não do tratamento leva em consideração a modalidade prescrita, sendo esta determinante ao deferimento do pedido formulado. Embora contempladas pelo tratamento *home care*, as modalidades ganham contornos jurisprudenciais distintos. A leitura rasa da jurisprudência em tese de nº 03, da edição nº 143 – Plano de Saúde III, sem adentar ao mérito de cada acórdão por ela condensado, é tendenciosa, faz crer que, independentemente da modalidade, se prescrito, o tratamento deve ser fornecido.

Mas, quando aprofundada, é possível concluir que a obrigatoriedade de custeio somente se refere à internação domiciliar. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é o ponto chave para a solução das controvérsias relativas ao fornecimento do tratamento *home care*, considerando que seu custeio não é incluído nos cálculos atuariais. Enquanto a internação domiciliar acarreta vantagens financeiras às operadoras de planos de saúde e, por conseguinte, quando concedida não é capaz abalar o dito equilíbrio, a assistência domiciliar não partilha da mesma lógica.

É claro, após o estudo realizado, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quando o assunto é o fornecimento do tratamento *home care*. A abusividade da negativa somente assim é reconhecida se feita em face da modalidade internação domiciliar. Completamente aceita, em contrapartida, quando formulada perante pedidos de custeio de assistência domiciliar, modalidade caracterizada por cuidados essencialmente ambulatoriais, mas não menos importantes e necessários ao paciente.

Em decorrência das barreiras, quer queira contratuais, quer queira burocráticas ou por demais fatores, há evidente afronta à integralidade de um tratamento digno aos envelhescentes e demais integrantes do grupo de necessidade. Estes personagens, ao enfrentarem dificuldades de acesso a presente assistência, passam a ser obstruídos de qualidade de vida, conforto familiar, convívio social, entre outras garantias que se vinculam ao direito humano.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Parecer Técnico nº 05/2019. Cobertura: atenção domiciliar (*home care*, assistência domiciliar, intervenção domiciliar, assistência farmacêutica domiciliar). 2019. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/parecer_tecnico/uploads/parecer_

tecnico/_parecer_2019_05.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2020.

AMARAL, Nilcéia Noli do; CUNHA, Márcia Cristina Bauer; LABRONICI, Rita Helena Duarte Dias; OLIVEIRA, Acary Souza Bulle; GABBAI, Alberto Alain. Assistência Domiciliar à Saúde (Home Health Care): sua História e sua Relevância para o Sistema de Saúde Atual. **Revista Neurociências - Unifesp**, v. 09, n. 03, p. 111-117, 2001. Disponível em: <<http://revistaneurociencias.com.br/edicoes/2001/RN%2009%2003/Pages%20from%20RN%2009%2003-5.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

ANS celebra os 20 anos de regulamentação da saúde suplementar. **Agência Nacional de Saúde Suplementar: Notícias ANS**, 01 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/4466-ans-celebra-os-20-anos-de-regulamentacao-da-saude-suplementar>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

ANS inclui mais seis exames no Rol para auxiliar no diagnóstico e tratamento do novo Coronavírus. **Agência Nacional de Saúde Suplementar: Notícias ANS**, 28 mai. 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5546-ans-inclui-mais-seis-exames-no-rol-de-coberturas-obrigatorias-para-auxiliar-na-deteccao-do-novo-coronavirus>>. Acesso em: 14 set. 2020.

Boletim Econômico da FEHOESP aponta crescimento da saúde privada no Brasil. **Federação dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas e Demais Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de São Paulo**, 12 fev. 2020. Disponível em: <<https://fehoesp360.org.br/noticia/6312/boletim-economico-da-fehoesp-aponta-crescimento-da-saude-privada-no-brasil>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRAGA, Patrícia Pinto Braga; SENA, Roseni Rosângela de; SEIXAS, Clarissa Terenzi; CASTRO, Edna Aparecida Barbosa de; ANDRADE, Angélica Mônica; SILVA, Yara Cardoso. Oferta e demanda na atenção domiciliar em saúde. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, n. 03, p. 903-912, mar. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000300903&lang=pt>. Acesso em: 16 mai. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 11, de 26 de janeiro de 2006. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Funcionamento de Serviços que prestam Atenção Domiciliar. **Diário Oficial da União**, 27 jan. 2020. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2006/res0011_26_01_2006.html>. Acesso em: 16 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**, Edição nº 143: Plano de Saúde - III. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 04 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.537.301 - RJ (2015/0048901-2). Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional S.A. Recorrido: Maria Jose Ribeiro da Silva. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 18 de agosto de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**.

Brasília, 23 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1428545&num_registro=201500489012&data=20151023&formato=PDF>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.733.013 – PR (2018/0074061-5). Recorrente: Victoria Teixeira Bianconi. Recorrido: Unimed de Londrina Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=103994352&num_registro=201800740615&data=20200220&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 25 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.766.181 - PR (2018/0237223-9). Recorrente: Olinda Ramos. Recorrido: Fundo de Previdência Social dos Servidores Municipais de Londrina. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 dez. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802372239&dt_publicacao=13/12/2019>. Acesso em 07 out. 2020.

COLLUCCI, Cláudia. Disparam decisões que obrigam plano de saúde a oferecer serviço home care. **Folha Digital**, 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/04/1874421-disparam-decisoes-que-obrigam-planos-de-saude-a-oferecer-servico-home-care.shtml#:~:text=%22O%20home%20care%20%C3%A9%20oferecido,seja%20coberta%2C%20diz%20a%20entidade.>>>. Acesso em: 07 out. 2020.

Idosos indicam caminhos para uma melhor idade. **Censo 2020**, 19 mar. 2019. Disponível em: <<https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>>. Acesso em: 21 set. 2020.

MENDES, Walter. **Home care**: uma modalidade de assistência à saúde. Rio de Janeiro: UERJ, UnATI, 2001. Disponível em: <http://www.crde-unati.uerj.br/publicacoes/textos_Unati/unati4.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde. **DATASUS**. Disponível em: <http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Unidade_Listar.asp?VTipo=77&VListar=1&VEstado=00&VMun=&VSubUni=&VComp=>>. Acesso em 14 mai. 2020.

NAZARETH, Rodrigo Trisogolino. **Home-care**: a prescrição médica como elemento norteador à solução de conflitos. Anal do VI Encontro Nacional de Pós-Graduação – Unisanta, v. 01, n. 01, p. 388-392, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unisanta.br/index.php/ENPG/article/view/1134>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

TAVOLARI, Carlos Eduardo Lodovici; FERNANDES, Fernando; MEDINA, Patricia. O desenvolvimento do “Home Health Care” no Brasil. **Revista de Administração em Saúde**, v. 03, n. 09, p. 15-18, out./dez. 2000. Disponível em: <[file:///C:/Users/Anna%20Paula/Downloads/ARTIGORAS09%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Anna%20Paula/Downloads/ARTIGORAS09%20(1).pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

A INFLUÊNCIA DA TRANSIÇÃO DEMOGRÁFICA DO ENVELHECIMENTO NO SÉCULO XXI: OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E A TUTELA DIFERENCIADA AOS IDOSOS NO BRASIL

Renata Aparecida Follone

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto; Bolsista Prosup/CAPES

Helimara Moreira Lamounier Heringer

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto; Bolsista Prosup/CAPES

Resumo:

A presente pesquisa abordou os fundamentos constitucionais e a tutela jurídica diferenciada aos idosos, adotados no Brasil, com o objetivo de garantir à pessoa idosa um envelhecimento digno. Traçamos um entendimento sobre os termos utilizados para definir as pessoas idosas (envelhecido, velho e terceira idade), com o propósito de esclarecer e minimizar o peso do termo a ser utilizado pela sociedade, que tem como base o limite da idade e o local onde reside. Consideramos as modificações psicossociais dessa fase da vida que são únicas, os direitos das pessoas idosas e as ocorrências de acontecimentos históricos internacionais que concorreram para a evolução da respectiva tutela jurídica. No Brasil, a proteção jurídica das pessoas idosas evoluiu lentamente e, causou por longo período omissão constitucional a tais direitos e garantias fundamentais e, assim, gerando uma exclusão jurídica inclusive no âmbito infraconstitucional. No entanto, foi com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 que as pessoas idosas passaram a ter tutela jurídica consagrada pelo Estado Democrático de Direito. A pesquisa analisou o tratamento do Estado para a viabilização do amparo especial às pessoas idosas e a transição demográfica única e irreversível que está ocorrendo no mundo com o aumento da população idosa segundo pesquisas da ONU e a necessidade de o Brasil adotar políticas públicas para atender as potencialidades do século XXI de acordo com o Plano de Ação da ONU.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Tutela jurídica dos idosos; Garantias fundamentais; Transição demográfica; Envelhecimento.

Introdução

O presente trabalho analisou a influência da transição demográfica do envelhecimento no mundo nas últimas décadas e, especificamente, os fundamentos constitucionais e a tutela jurídica aos brasileiros idosos, com o intuito de garantir o direito às pessoas idosas um envelhecimento digno.

Os termos envelhecimento, velhice e terceira idade são geralmente utilizados para se referir à pessoa idosa, com o viés de suavizar o peso que esses conceitos causam na sociedade. O mais comum baseia-se no limite etário, como é o caso da definição da Política Nacional do Idoso (Lei nº. 8.842/1994). Sendo que, o Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003) corrobora essa definição. Já a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera como idosas as pessoas com 60 anos ou mais, se elas residem em países em desenvolvimento, e com 65 anos e mais se residem em países desenvolvidos.

Ressaltamos a importância dessa fase da vida, ela assim como as outras fases são únicas e, traz modificações biopsicossociais que devem ser respeitadas. Ao se tratar dos direitos das pessoas idosas é importante salientarmos a ocorrência de alguns acontecimentos históricos internacionais que contribuíram para a evolução dessa tutela jurídica: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em 26 de agosto de 1789, documento este de extrema relevância na consagração dos direitos fundamentais, os quais são inerentes a todo e qualquer ser humano, inclusive aos idosos; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual já previa o amparo à velhice; e, a Primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, resultando no primeiro documento internacional específico sobre o assunto.

A consolidação da tutela jurídica do idoso no Brasil ocorreu em passos muito lentos. Dentro do contexto histórico, a omissão constitucional no que se referia aos direitos e garantias fundamentais das pessoas idosas, sujeitou-se à verdadeira exclusão, repercutindo, também, na ausência de tratamento no plano infraconstitucional. Entretanto, foi somente com o advento da Constituição da República Federativa de 1988 que ocorreu a efetivação jurídica dos direitos dos idosos. Ressaltamos que o atual texto constitucional constitui um marco jurídico no que diz respeito à proteção dos direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos brasileiros, abrangendo os idosos, bem como consagra o Estado Democrático de Direito, vedando discriminações em razão da idade e, ainda, outros fatores.

A intenção da análise considerou o tratamento do Estado para viabilizar a essencialidade de um amparo especial às pessoas idosas de maneira a eliminar os preconceitos de toda ordem existentes na sociedade e conceder-lhes um tratamento digno, possibilitando o acesso aos bens básicos da vida. E ainda, a transição do processo demográfico único e irreversível que está acontecendo no mundo, que resultará em mais populações idosas, segundo dados da ONU, que triplicará em 2050. Por isso, o Brasil, deve seguir um plano de ação com políticas e práticas públicas de todos os níveis para atender as potenciali-

dades do envelhecimento no século XXI.

No que concerne à metodologia, utilizamos a pesquisa descritiva, analisando e interpretando a Constituição da República Federativa do Brasil e legislações infraconstitucionais sobre os idosos, dados de pesquisas da ONU, bem como revisão bibliográfica em livros e artigos científicos, a análise qualitativa de forma a aclarar sobre o tema do envelhecimento da população mundial com foco nos fundamentos constitucionais e tutela jurídica no Brasil.

Pessoa Idosa: Envelhecimento, Velhice e Terceira Idade

Primeiramente, nesse tópico traçamos breves considerações, para um melhor esclarecimento aos termos atribuídos às pessoas idosas como: envelhecimento, velhice e terceira idade, são geralmente utilizados para se referir às pessoas idosas, com o propósito de suavizar o peso que os conceitos desses termos causam na sociedade.

Observamos a existência de uma variação de critérios para a determinação do que venha a ser um “idoso”. Segundo a Política Nacional do Idoso, representada pela Lei n. 8.842/1994¹, a definição “idoso” tem por base o limite da idade e pelo Estatuto do Idoso, a Lei n. 10.741/2003², corrobora o mesmo critério para a significação do respectivo termo.

Os critérios utilizados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) consideram como pessoas idosas aquelas que atingiram a faixa etária de 60 anos ou mais, se residem em países em desenvolvimento, e de 65 anos e mais se residem em países desenvolvidos.

A impressão que temos é de ser simples significar os variados conceitos utilizados para se referir às pessoas idosas, porém, não o é, porque faz-se necessário considerarmos conhecimentos multidimensionais ou multidisciplinares. Por tal razão, ressaltamos a existência de variações de diferenças nos termos envelhecimento, velhice e terceira idade³.

O termo “envelhecimento” é compreendido como um processo natural da vida nessa fase, que traz algumas modificações físicas, psíquicas e emocionais. Isso porque começamos a envelhecer no mesmo momento em que nascemos, ou seja, “se envelhece conforme se vive”⁴.

O termo de idoso se refere à pessoa com mais de 60 anos de idade e

1 BRASIL. **Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

2 BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%2C%20BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs%20de%20Art.%2060%20\(sessenta\)%20anos.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%2C%20BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs%20de%20Art.%2060%20(sessenta)%20anos.)>. Acesso: 06/11/2020.

3 MANZARO. Simone de Cássia Freitas. **Portal do Envelhecimento.** Disponível em: <<https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/envelhecimento-idoso-velhice-ou-terceira-idade/>>. Acesso em: 06/11/2020.

4 MESSY, J. **A pessoa idosa não existe:** uma abordagem Psicanalítica da Velhice. São Paulo: Aleph, 2001, p.11-13.

teve origem na França na década de 1960. E terceira idade é utilizado para descrever o período em que a pessoa se aposenta, insinuando a faixa etária intermediária entre a vida adulta e a velhice.

Os termos idoso, velhice e terceira idade são considerados para alguns como o final da vida produtiva da pessoa, já outros acreditam que a idade chega como uma experiência subjetiva e cronológica. Ao nosso ver todos os termos velhice, idoso e terceira idade, referem-se a mesma fase da vida, assim a diferenciação desses termos revela o quanto o processo de envelhecimento é difícil, doloroso e preconceituoso seja para a pessoa idosa como para a sociedade.

Em suma, diante das variações e significados dos termos, observamos uma depreciação ao envelhecimento, causando às pessoas idosas sentimentos de exclusão, sofrimento e, por vezes, isolamento familiar e social, haja vista que a sociedade atual valoriza o novo e despreza ou ignora o idoso como se esse tivesse perdido a saúde e o seu lugar de fala.

Salientamos que a relevância dessa fase da vida é única e irreversível, além de trazer modificações biopsicossociais que devem ser ressaltadas, valorizadas e respeitadas. Por isso, devemos sempre lembrar que um dia todos seremos idosos, privilégio concedido a poucos.⁵

Transição Demográfica do Envelhecimento no Século XXI

É incontroverso que o mundo está diante de uma transição do processo demográfico único e irreversível do envelhecimento que irá resultar em um aumento das populações idosas em todos os lugares do mundo. À proporção que os números de fertilidade diminuem, os números de pessoas com 60 anos ou mais devem duplicar entre 2007 e 2050, e seu número hoje deve mais que triplicar, alcançando dois bilhões de pessoas idosas em 2050. Na maioria dos países, o número de pessoas acima dos 80 anos deve quadruplicar para quase 400 milhões⁶.

A taxa global de pessoas idosas – com 60 ou mais anos de idade – estava projetado para aumentar de 962 milhões em 2017 para 1,4 bilhão em 2030 e 2,1 bilhões em 2050, quando todas as regiões do mundo, exceto a África, terão quase um quarto ou mais de suas populações com 60 anos de idade ou mais. Em 2100, o número de pessoas idosas pode alcançar 3,1 bilhões⁷. E a população com 60 anos ou mais está crescendo a uma taxa de cerca de 3% por ano. Isso significa que de forma global, a população com 60 anos ou mais

5 RODRIGUES, Elizangela M. S. **A Proteção da Pessoa Idosa no Desenvolvimento Social:** Uma análise da efetividade das políticas públicas. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-protecao-da-pessoa-idosa-no-desenvolvimento-social-uma-analise-da-efetividade-das-politicas-publicas/>>. Acesso em: 06/11/2020.

6 ONU-NEWS. Unicef/Frank Dejo. População mundial deve ter mais de 2 bilhões de pessoas nos próximos 30 anos. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/envelhecimento>>. Acesso em: 07/11/2020.

7 Ibidem.

está crescendo mais rápido que todos os grupos etários mais jovens. Atualmente, a Europa tem a maior porcentagem de população com 60 anos ou mais (25%)⁸.

As pessoas idosas têm, cada vez mais, sido vistas como contribuintes para o desenvolvimento e suas habilidades para melhorar suas vidas e suas sociedades devem ser transformadas em políticas e programas em todos os níveis. Atualmente, 64% de todas as pessoas idosas vivem em regiões menos desenvolvidas – um número que deverá aproximar-se de 80% em 2050⁹.

Portanto, o que observamos é que esses dados corroboram que o futuro do século XXI será grisalho, ou seja, o percentual de idosos no mundo e no Brasil alcançará números recordes, nunca, vistos na história da humanidade. Ainda, é incontroverso que as economias internacionais e nacionais deverão lidar com uma faixa etária desfavorável do ponto de vista da produtividade e as diferentes nações terão que se preparar para as consequências de uma alta razão de dependência demográfica¹⁰.

Essas questões começaram a ter relevância a partir da Assembleia Geral, a qual deu origem à primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento em 1982, que produziu o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento, com 62 pontos, que foram convertidos na Resolução 37/51, de 03 de dezembro de 1982. Esse documento, serviu de base para o estabelecimento dos princípios das Nações Unidas em favor das pessoas idosas: a independência, a participação, os cuidados, a autorrealização e a dignidade, vinculando os governos à sua adoção¹¹. Traz, também, plano de ação em assuntos como saúde e nutrição, proteção de consumidores idosos, habitação e meio ambiente, família, bem-estar social, segurança de renda e emprego, educação e a coleta e análise de dados de pesquisa.

Assim, o objetivo do Plano de Ação para o Envelhecimento do programa das Nações Unidas e do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais (DESA) é facilitar e promover as três áreas prioritárias do Plano de Ação Internacional de Madrid para o Envelhecimento (MIPAA): pessoas idosas e desenvolvimento; promoção da saúde e bem-estar na velhice; e criação de um ambiente de vida propício e favorável¹².

Em suma, a população mundial está a cada dia envelhecendo mais e os países estão enfrentando um crescimento no número e na proporção de

8 Ibidem.

9 ALVES, José Eustáquio Diniz. **Envelhecimento populacional continua e não há perigo de um geronticídio**. Disponível em: <[10 Ibidem.](https://www.ufjf.br/ladem/2020/06/21/envelhecimento-populacional-continua-e-nao-ha-perigo-de-um-geronticidio-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/#:~:text=Em%20termos%20relativos%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o,percentual%20de%201950%20para%202100.>. Acesso em: 07/11/2020.</p></div><div data-bbox=)

11 RULLI NETO, Antonio. **Proteção legal do idoso no Brasil**: universalização da cidadania. São Paulo: Fiuza Editores, 2003. p. 99-100.

12 ONU. Princípios das Nações Unidas para o Idoso. **Resolução 46/91**. Disponível em: <

peças idosas em sua população. E o envelhecimento populacional está há poucos passos de se tornar uma das transformações sociais mais expressivas do século XXI, com influências em quase todos os âmbitos da sociedade, incluindo os mercados de trabalho, financeiro e social como a procura por bens e serviços, habitação, saúde, transporte e proteção social, bem como proteção familiar e vínculos intergeracionais.

A Tutela Jurídica Diferenciada às Pessoas Idosas

Ao nos referirmos aos direitos das pessoas idosas no Brasil é essencial ressaltarmos que a construção da tutela jurídica diferenciada a esses cidadãos, durante muito tempo, ficou ao arbítrio do esquecimento. Mister esclarecermos que foi a ocorrência de alguns acontecimentos históricos internacionais que proporcionaram a evolução dessa tutela jurídica como: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que proclamou os direitos fundamentais a todos os cidadãos, estendendo a interpretação às pessoas idosas¹³; a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁴, que previu a proteção à velhice; a Primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, em 1982, que trouxe o primeiro documento específico sobre as pessoas idosas¹⁵; a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas sobre o Envelhecimento¹⁶; e, a segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas, em 2002, em Madrid¹⁷.

13 O artigo 1º, ao versar acerca da igualdade, declara que: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos e as distinções sociais só podem se basear na utilidade comum”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1>>. Acesso em: 04/11/2020.

14 Promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948, a qual já previa o amparo à velhice, ao determinar em seu artigo 25 que: “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, **velhice** ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle” (grifo nosso). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. p. 11. Acesso em: 04/11/2020.

15 Refere-se ao Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, transformado na Resolução 37/51, de 03 de dezembro de 1982. Tal documento, é a base para os princípios das Nações Unidas em favor das pessoas idosas: a independência, a participação, os cuidados, a autorrealização e a dignidade, vinculando os governos à sua adoção. RULLI NETO, Antonio. **Proteção legal do idoso no Brasil**: universalização da cidadania. São Paulo: Fiuza Editores, 2003. p. 99-100.

16 Foi diante do aumento da população idosa mundial que essa Assembleia reconheceu a necessidade de medidas para à promoção dos direitos dos idosos. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Proclamação sobre o Envelhecimento, 1992**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-emacao/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-pessoas-idosas/>>. Acesso em: 04/11/2020.

17 Deu origem à Declaração Política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid que tratam da promoção dos direitos das pessoas idosas e seu bem-estar, determinaram o comprometimento dos Estados na implementação de políticas públicas destinadas à sua consecução. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.

Observamos, portanto, que a preocupação com a proteção efetiva do idoso não é algo recente, persistindo, ainda, na atualidade e que deverá percorrer um longo caminho.

Os direitos das pessoas idosas no Brasil e seus fundamentos constitucionais

A estrutura da tutela jurídica das pessoas idosas no Brasil foi construída vagarosamente. A primeira constituição, conhecida como a Constituição do Império de 1824, caracterizada por um regime monárquico e pensamento liberal, não estabeleceu previsão quanto aos direitos das pessoas idosas, deixando estas à margem da lei e do esquecimento.

A Constituição brasileira de 1891, que implantou a forma de governo republicano, embora tenha introduzido um conjunto de direitos não previstos na Constituição anterior, reconheceu em seu art. 72, § 2º a igualdade de todos perante a lei. Mas, foi também omissa no que concerne aos direitos das pessoas idosas, prevendo, tão somente, a aposentaria por invalidez do funcionário público em seu art. 75 e a aposentadoria por tempo de serviço para os magistrados no art. 6º, das Disposições Transitórias¹⁸.

A terceira Constituição promulgada em 1934, diferenciou-se das anteriores por ser democrática e social com o intuito de constituir a igualdade e proibir discriminações e, impôs em seu art. 121, § 1º, alínea “a”, a proibição de diferença salarial por motivo de idade. O referido texto constitucional foi o primeiro a tratar do idoso ao fixar em seu art. 121, § 1º, alínea “h”, a previdência social do trabalhador em benefício da velhice¹⁹.

Na Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas e marcada por traços autoritários de um Estado arbitrário, prevaleceu à deficiência na tutela jurídica das pessoas idosas, uma vez que apenas estipulou-se a instituição de “seguros de velhice” em seu art. 137, alínea “m”²⁰.

Em 1946 foi promulgada a quinta Constituição brasileira, a qual conti-

Nações Unidas: principais resultados da Conferência sobre o envelhecimento. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/devagenda/ageing.shtml>>. Acesso em: 04/11/2020.

18 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 04/11/2020.

19 § 1º. A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador, à gestante, assegurado a este 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 do trabalho ou de morte. (grifo nosso). BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

20 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

nha algumas características humanitárias, porém, no tocante às pessoas idosas limitou-se a abordar somente a questão da previdência social no art. 157, inciso XVI, tal como previsto na Carta Maior de 1934, não trazendo nenhuma novidade nesse contexto.²¹

A Constituição de 1967 emergiu de um período de várias crises e, assim como a anterior, restringiu-se em seu art. 158, inciso XVI²², unicamente ao aspecto previdenciário das pessoas idosas, permanecendo, portanto, inalterável quanto ao tratamento de outros aspectos do tema. Sendo assim, nota-se nesse momento histórico, a existência apenas de previsões relativas aos direitos trabalhistas e previdenciários.

Verificamos diante desse contexto histórico a omissão constitucional no que se refere aos direitos e garantias fundamentais das pessoas idosas, sujeitando-as à verdadeira exclusão, repercutindo, também, na ausência de tratamento no plano infraconstitucional. Somente em 1974 foi aprovada a Lei n. 6.179, a qual impôs a proteção previdenciária para os maiores de setenta anos de idade e para os inválidos com incapacidade definitiva para o labor²³.

Entretanto, foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, que ocorreu a efetivação jurídica dos direitos das pessoas idosas. Ressaltamos que o atual texto constitucional constitui um marco histórico e jurídico no que diz respeito à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Flávia Piovesan afirma que

O texto de 1988 inova, ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais (ver capítulo II do título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontram-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias.²⁴

A Constituição vigente consagrou o Estado Democrático de Direito,

21 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

22 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

23 BRASIL. **Lei n. 6.179, de 11 de dezembro de 1974**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6179.htm#:~:text=LEI%20No%206.179%2C%20DE%2011%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201974.&text=Institui%20amparo%20previdenci%C3%A1rio%20para%20maiores,inv%C3%A1lidos%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&text=III%20%2D%20Tenham%20ingresso%20no%20regime,sem%20direito%20aos%20benef%C3%ADcios%20regulamentares>. Acesso em: 06/11/2020.

24 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 61-62.

também, denominado de Estado de Bem-Estar Social, adotando como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana no seu Artigo 1º²⁵. Dessa forma, extraímos do mencionado artigo o comprometimento do Estado em conceder a todos os cidadãos brasileiros, incluindo os idosos, condições para uma vida digna. E segundo Ramos *et al* “(...)somente serão assegurados os direitos fundamentais aos idosos na medida em que aos seres que envelhecem seja garantido, durante a sua existência, o direito à dignidade.”²⁶

Ainda, a Constituição Federal de 1988 confirma como base do Estado Democrático de Direito a igualdade, proibindo quaisquer discriminações em razão da idade ou de outros fatores, como assevera no seu artigo 3º.²⁷ Apesar do artigo 5º dispor que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”²⁸, garante, portanto, a qualquer pessoa, à igualdade de direitos.

Dessa feita o intuito é efetivar uma igualdade plena e necessária ao ordenamento jurídico, ou seja, o estabelecimento de tratamento diferenciado a grupos vulnerabilizados que se encontram em posição desigual em relação aos demais. E, é nesse passo que a Constituição Federal de 1988 traz dispositivos específicos tanto para tutela da criança, do adolescente como para as pessoas idosas pelo motivo da sua vulnerabilização. Maria Celina Bodin de Moraes diz que

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos (...).²⁹

Aqui trouxemos apenas alguns pontos que a Constituição brasileira (1988) observa às pessoas idosas, como já mencionado alhures todo o texto constitucional – do começo ao fim -preocupa-se com a necessidade de uma tutela especial a esse grupo diferenciado de cidadãos, com o propósito único de extinguir tratamento desigual e injusto tendo como base preconceitos de toda ordem e dar-lhes um tratamento digno, como por exemplo, refere-se aos

25 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

26 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Direito à velhice**: A proteção Constitucional da Pessoa Idosa. In: WOLKMER, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato (organizadores). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva 2003, p. 149.

27 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

28 Ibidem.

29 MORAES, Maria Celina de Bodin. **O conceito de dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 116.

direitos sociais, aos direitos políticos especiais, à previdência social, à prestação de assistência social e proteção do Estado, da família e da sociedade.

Portanto, a tutela constitucional às pessoas idosas tem como objetivo atender as necessidades vitais básicas do idoso para lhe proporcionar e garantir uma condição de vida digna na sua velhice.

A tutela jurídica das pessoas idosas e o seu Estatuto Protetivo

O Estatuto do Idoso, instituído pela Lei 10.741/2003³⁰, é a legislação que visa tutelar, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos assegurados a pessoas com idade igual ou maior a 60 anos e seu objetivo é assegurar direitos e garantias às pessoas idosas. Trata, também, de outros temas, como a família, a saúde, a discriminação e a violência em face das pessoas idosas

A Lei n. 10.741/2003 persegue os princípios e os direitos fundamentais à vida humana, dentre eles a garantia da dignidade da pessoa humana, princípio consubstanciado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III. E, conseqüentemente, assegura no seu art. 2. a existência de uma vida digna às pessoas idosas.

Outra persecução do Estatuto do Idoso é instituir o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar referidos direitos às pessoas idosas. Com isso, imputa-se como prioridade social, como dispõe o art. 3º, do Estatuto, a efetividade do direito à vida, do direito à saúde, do direito à alimentação, do direito à educação, do direito à cultura, do direito ao esporte, do direito ao lazer, do direito ao trabalho, do direito à cidadania, do direito à liberdade, do direito à dignidade, do direito ao respeito, do direito à convivência familiar e comunitária³¹. Ainda, é preciso ressaltarmos que, entre as pessoas idosas, possuem prioridade aqueles com mais de 80 anos.

Dentre as medidas dispostas no Estatuto do Idoso com o objetivo de se atingir a efetividade dos direitos dos maiores de 60 anos, deparamo-nos com a previsão de sanções àqueles que pratiquem atos que impeçam a concretização dos preceitos contidos na respectiva legislação.

Em concordância com o art. 95, do Estatuto do Idoso, os crimes previstos na lei acarretam ação penal pública incondicionada que independem de representação da vítima ou de seu representante. Isso se justifica pelo dever da família, da sociedade e do Estado em garantir os direitos fundamentais às pessoas idosas em razão desses cidadãos serem vulnerabilizados.

30 BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1., de outubro de 2003.** Disponível em: <[31 Ibidem.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&text=Art.,a%2060%20(sessenta)%20anos.>. Acesso em: 06/11/2020.</p></div><div data-bbox=)

A Título de Conclusão

O tema do presente trabalho não se esgota aqui, muito ainda há de se discutir e realizar. Isso porque o tema do envelhecimento vem despertando a preocupação e o interesse, não apenas de ordem jurídica como de outros setores da sociedade que necessitam se integrar para um enfrentamento multidisciplinar do envelhecimento da população mundial.

Como observamos no desenvolvimento de nossa abordagem a influência da transição demográfica do envelhecimento não só no Brasil, mas no mundo, há algum tempo traz novos desafios tanto para garantir às pessoas idosas um envelhecimento digno como novas perspectivas de vida dentro da sociedade e da própria família.

O fenômeno do envelhecimento é único e irreversível que já traz e trará para as próximas décadas influências relevantes nas estruturas jurídicas, familiares, sociais, econômicas e culturais, as quais não podem mais serem omitidas, é imprescindível que o Estado, a sociedade e a família mudem de conduta e pensamento quanto às pessoas idosas. Pois, não cabe que esses grupos vulnerabilizados continuem a serem tratados com discriminação e estigmatizados à incapacidade biopsicossocial.

Ainda, que exista uma tutela jurídica para as pessoas idosas no Brasil, como vimos, a realidade é que o tratamento do Estado para com as pessoas idosas deve ter como objetivo viabilizar a essencialidade de um amparo efetivo a elas de maneira a eliminar os preconceitos de toda e qualquer ordem existentes na sociedade e conceder-lhes um tratamento digno, possibilitando o acesso aos bens básicos da vida por meio de políticas e práticas públicas eficazes. Pois, mesmo diante dos fundamentos constitucionais e da tutela jurídica existentes, as pessoas idosas são excluídas, desvalorizadas e desrespeitadas pela sociedade, a qual se esquece que o futuro do mundo é grisalho.

E a transição do processo demográfico que está acontecendo no mundo, resultará em mais populações idosas, segundo dados da ONU, que triplicará em 2050. Por isso, o Brasil, deve seguir um plano de ação com políticas e práticas públicas de todos os níveis para atender as potencialidades do envelhecimento no século XXI.

Referências

ALVES, José Eustáquio Diniz. Envelhecimento populacional continua e não há perigo de um geronticídio. Disponível em: <<https://www.ufjf.br/ladem/2020/06/21/envelhecimento-populacional-continua-e-nao-ha-perigo-de-um-geronticidio-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/#:~:text=Em%20termos%20relativos%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o,percentual%20de%201950%20para%202100>>. Acesso em: 07/11/2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 04/11/2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de**

1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/onstituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 06/11/2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

_____. **Lei n. 6.179, de 11 de dezembro de 1974.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6179.htm#:~:text=LEI%20No%206.179%2C%20DE%2011%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201974.&text=Institui%20amparo%20previdenci%C3%A1rio%20para%20maiores,inv%C3%A1lid-os%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.&text=III%20%2D%20Tenham%20ingressado%20no%20regime,sem%20direito%20aos%20benef%C3%ADcios%20regulamentares>. Acesso em: 06/11/2020.

_____. **Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm>. Acesso em: 06/11/2020.

_____. **Lei n. 10.741, de 1, de outubro de 2003.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.&text=Art.,a%2060%20\(sessenta\)%20anos.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.&text=Art.,a%2060%20(sessenta)%20anos.)>. Acesso em: 06/11/2020.

MANZARO, Simone de Cássia Freitas. **Portal do Envelhecimento.** Disponível em: <<https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/envelhecimento-idoso-velhice-ou-terceira-idade/>>. Acesso em: 06/11/2020.

MESSY, J. **A pessoa idosa não existe:** uma abordagem Psicanalítica da Velhice. São Paulo: Aleph, 2001.

MORAES, Maria Celina de Bodin. **O conceito de dignidade humana:** substrato axiológico e conteúdo normativo. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ONU-NEWS. **Envelhecimento.** Disponível em: <<https://news.un.org/pt/tags/envelhecimento>>. Acesso em: 04/11/2020.

_____. Unicef/Frank Dejo. **População mundial deve ter mais de 2 bilhões de pessoas nos próximos 30 anos.** 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/envelhecimento>>. Acesso em: 07/11/2020.

ONU. Princípios das Nações Unidas para o Idoso. **Resolução 46/91**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/onuido.htm>>. Acesso em: 07/11/2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e--do-cidadao-1>>. Acesso em: 04/11/2020.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 04/11/2020.

_____. **Nações Unidas: principais resultados da Conferência sobre o envelhecimento**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/devagenda/ageing.shtml>>. Acesso em: 04/11/2020.

_____. **Proclamação sobre o Envelhecimento, 1992**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-emacao/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-pessoas-idosas/>>. Acesso em: 04/11/2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 2ª. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: A proteção Constitucional da Pessoa Idosa. In: WOLKMER, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato (organizadores). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva 2003, p. 149.

RODRIGUES, Elizangela M. S. **A Proteção da Pessoa Idosa no Desenvolvimento Social: Uma análise da efetividade das políticas públicas**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-protecao-da-pessoa-idosa-no-desenvolvimento-social-uma-analise-da-efetividade-das-politicas-publicas/>>. Acesso em: 06/11/2020.

RULLI NETO, Antonio. **Proteção legal do idoso no Brasil: universalização da cidadania**. São Paulo: Fiuza Editores, 2003.

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA E SEUS EFEITOS NA APOSENTADORIA POR IDADE

Carla Machi Pucci

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Curitiba – Paraná. Doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professora de Direito Tributário e Direito Previdenciário do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Coordenadora do Curso de Especialização em Direito e Processo Tributário Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Advogada

Eduardo Iwamoto

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Curitiba – Paraná. Doutorando em Direito de Energia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, professor de Direito de Energia, Direito Administrativo e Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, coordenador adjunto do grupo de pesquisa ambiente institucional, novas tendências do Setor Elétrico Brasileiro, energias renováveis e atividade empresarial no Brasil (PPGD-ENERGIA) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, membro da Comissão de Direito de Energia e da Comissão de Infraestrutura ambas da OAB/PR, advogado

Resumo:

A seguridade social, compreende, segundo a Constituição Federal de 1988, a previdência social, a assistência social e a saúde. A previdência social traz um rol de benefícios previdenciários que precedem de qualidade de segurado e carência, ou seja, vínculo com o sistema e um número mínimo de contribuições. Antes da reforma para que os idosos se aposentassem por idade, deveriam ter no mínimo 15 anos de contribuição e 65 anos se homem e 60 anos se mulher. Com a reforma, houve alteração do tempo de contribuição e da idade. A pesquisa é necessária em razão do envelhecimento da população e a necessidade de políticas públicas capazes de garantir a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Os objetivos consistem na apresentação do benefício de aposentadoria, seus requisitos antes e depois da reforma, bem como, suas regras de transição. O resultado final, será demonstrar que a reforma foi prejudicial ao idoso.

Palavras-chave: Seguro; Benefício; Previdenciário; Idoso; Prejuízo

A seguridade social, no Estado Brasileiro, está prevista no artigo 194 da Constituição Federal, o qual dispõe que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações e de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”¹.

Já a previdência social, que faz parte da Seguridade Social, visa atender a cobertura dos seguintes eventos: incapacidade temporária ou permanente para o trabalho; idade avançada; proteção a maternidade; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família, auxílio-reclusão e; pensão por morte². O sistema de previdência social no Estado brasileiro adota a ideia de troca de gerações, em que as gerações futuras financiarão os benefícios dos trabalhadores atuais e assim, sucessivamente, tratando-se de “*um pacto intergeracional*”, baseado no princípio da solidariedade e que tem um baixo custo administrativo.³

Dentre os benefícios previdenciários previstos na Constituição Federal, tem-se antes da reforma de introduzida pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, reforma está vigente a um ano e onze dias, o benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição e benefício previdenciário de aposentadoria por idade.

O benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição é concedido para o homem que preencher 35 anos de contribuição e a mulher que preencher 30 anos de contribuição, independente de idade⁴.

Requisitos para concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por Tempo de Contribuição	Homem	Mulher
Tempo de Contribuição	35 anos de contribuição	30 anos de contribuição

1 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (...) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23/11/2020.

2 Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23/11/2020.

3 BRAGANÇA, Kerly Huback. Direito Previdenciário. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 43 p.

4 § 7º - É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em 23/11/2020.

Este benefício previdenciário possui previsão constitucional em seu artigo 201, parágrafo 7º, em que, “é assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher”⁵.

Infraconstitucionalmente, tem-se a lei nº. 8.213 de 1991, a qual de acordo com a Constituição Federal, relata que um dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é a aposentadoria por tempo de contribuição: “art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: c) aposentadoria por tempo de contribuição”⁶. O regulamento deste benefício, o decreto nº 3.048 de 1999 relata que: “Art. 56. A aposentadoria por tempo de contribuição será devida ao segurado após trinta e cinco anos de contribuição, se homem, ou trinta anos, se mulher, observado o disposto no art. 199-A”⁷.

Portanto, esse benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição é devido ao segurado que preencher o requisito de tempo de contribuição, independentemente da idade.

Ocorre que, muitos homens não conseguem contribuir os trinta e cinco anos de contribuição e muitas mulheres não conseguem cumprir os trinta anos de contribuição, em razão, do trabalho informal, de acúmulo de riqueza na juventude e na fase adulta, dentre outros fatores, mas que na velhice não possuem nenhuma renda. O Estado Brasileiro, consagrou na Constituição Federal, o direito do idoso e da idosa ao benefício previdenciário de aposentadoria por idade se tiver cumprido um tempo mínimo de contribuição de 15 anos de contribuição possuir 65 anos de idade completos se homem e 15 anos de contribuição e 60 anos de idade completos se mulher. Vejamos:

Trabalhador Urbano		
Requisitos	Homem	MULHER
Idade	65 anos completos	60 anos completos
Tempo de Contribuição	15 anos de contribuição	15 anos de contribuição
Trabalhador Rural		
Requisitos	Homem	MULHER
Idade	60 anos completos	55 anos completos
Tempo de Contribuição	15 anos de contribuição	15 anos de contribuição

5 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm#art1. Acesso em 23/11/2020

6 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em 23/11/2020.

7 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6042.htm#art1. Acesso em 23/11/2020.

Portanto, o benefício previdenciário de aposentadoria por idade serve para aqueles que preencheram o requisito da idade, mas que não atingiram o tempo mínimo de contribuição de 35 anos de contribuição para homem e 30 anos de contribuição para mulher, ou seja, não, possuem o requisito para aposentadoria por tempo de contribuição.

Para a concessão deste benefício o idoso ou idosa deverá possuir 65 anos e possuir os 15 anos de contribuição⁸.

Infraconstitucionalmente, este benefício está previsto no artigo 48 da lei nº 8.213 de 1991 “Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher”⁹. Já o regulamento previsto no decreto 3.048 de 1999 ressalta que cumprida a carência será devido o benefício previdenciário¹⁰.

8 A aposentadoria por idade, criada pela Lei Orgânica da Previdência Social – Lei n. 3.807/60 – e hoje mantida pela Lei n. 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprida a carência exigida, completar 65 anos de idade, se homem, ou 60 anos de idade, se mulher. Esses limites são reduzidos em cinco anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro, o pescador artesanal (art. 201, § 7º inciso II, da Constituição de 1988, com a redação da Emenda n. 20/98). CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 8ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 486.

9 Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. § 1º Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea *a* do inciso I, na alínea *g* do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei. § 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher. § 4º Para efeito do § 3º deste artigo, o cálculo da renda mensal do benefício será apurado de acordo com o disposto no inciso II do *caput* do art. 29 desta Lei, considerando-se como salário-de-contribuição mensal do período como segurado especial o limite mínimo de salário-de-contribuição da Previdência Social. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em 23/11/2020.

10 Art. 51. A aposentadoria por idade, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado que completar sessenta e cinco anos de idade, se homem, ou sessenta, se mulher, reduzidos esses limites para sessenta e cinquenta e cinco anos de idade para os trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea “a” do inciso I, na alínea “j” do inciso V e nos incisos VI e VII do *caput* do art. 9º, bem como para os segurados garimpeiros que trabalhem, comprovadamente, em regime de economia familiar, conforme definido no § 5º do art. 9º. Parágrafo único. A comprovação do efetivo exercício de atividade rural será feita em relação aos meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, mesmo que de forma descontínua, durante período igual ao da carência exigida para a concessão do benefício, observado o disposto no art. 182. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3265.htm#art1. Acesso em

O preenchimento destes requisitos, carência e idade, para a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade não precisa ocorrer simultaneamente, podendo, primeiro preencher a carência de 15 anos de contribuição e posteriormente a idade de 65 anos, se homem e, 60 anos, se mulher, sendo esta interpretação e entendimento já pacificada em nossos tribunais pela Súmula nº 02, qual seja, “para a concessão de aposentadoria por idade, não é necessário que os requisitos da idade e da carência sejam preenchidos simultaneamente”¹¹.

Portanto, os idosos e idosas, de 65 anos e 60 anos respectivamente desde que preenchidos os requisitos, carência e idade, antes da reforma da previdência, introduzida pela Emenda Constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019, terão direito adquirido e poderão solicitar este benefício.

No entanto, com a reforma da previdência não há mais aposentadoria por tempo de contribuição apenas, a aposentadoria prevista pela reforma envolve o tempo de contribuição e idade, segundo a Constituição Federal após a reforma, o artigo 201, parágrafo 7, “é assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição”¹². Até que seja definida infraconstitucionalmente, o tempo de contribuição a ser cumprido pelo homem e pela mulher, a Emenda a Constituição nº 103 de 2019, em seu artigo 19, traz o tempo mínimo de 15 anos de tempo de contribuição se mulher e 20 anos de contribuição se homem¹³.

Portanto, pela regra nova da aposentadoria o homem deverá ter preenchido a idade de 65 anos e ter completos 20 anos de contribuição e a mulher deverá ter preenchido a idade de 62 anos e ter completos 15 anos de contribuição.

Requisitos	Homem	MULHER
Idade	65 anos completos	62 anos completos
Tempo de Contribuição	20 anos de contribuição	15 anos de contribuição

Com a reforma da previdência social no Estado Brasileiro o idoso e a idosa que preencheram os requisitos (idade e carência) do benefício previden-

23/11/2020.

11 https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=cojef_sumulas_TRU. Acesso em 23/11/2020.

12 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23/11/2020.

13 Art. 19. Até que lei disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional será aposentado aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20 (vinte) anos de tempo de contribuição, se homem. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm. Acesso em 23/11/2020.

ciário da aposentadoria por idade antes da reforma poderá solicitar perante o INSS - Instituto Nacional de Seguro Social¹⁴. Deve-se ressaltar que o salário-mínimo brasileiro atual é de R\$ 1.045,00¹⁵ – novecentos e noventa e oito reais – o correspondente a € 164,2591¹⁶.

Segundo o **último** Boletim Estatístico da Previdência Social, volume 25, nº 08, no mês de agosto de 2020, foram concedidos um total de 60.275 benefício de aposentadoria por idade, com um gasto total no valor de R\$ 74.767,686, sendo o valor médio deste benefício é de R\$ 1.403,80 reais (€ 220,6574)¹⁷ para o trabalhador urbano e R\$ 1.046,00 (€ 164,4163)¹⁸ para o trabalhador rural. Representando 13,01% entre as espécies e 13,10% em relação a valor de benefícios concedidos por grupos de espécies.¹⁹

Antes da Reforma da Previdência, o Boletim Estatístico da Previdência Social, volume 24, nº 08, agosto de 2019, traz um total de concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade de 81.327, com um gato total no valor de R\$ 97.310,969, sendo o valor médio deste benefício foi de R\$ 1.292,72 (€ 203,1972)²⁰ para o trabalhador urbano e R\$ 1.003,55 (€ 157,7438)²¹ para o trabalhador rural. Representando 16,06% entre as espécies e 12,97% em relação a valor de benefícios concedidos por grupos de espécies.²²

Nos boletins seguintes apenas para demonstrar o cenário atual tem-se²³:

14 <https://www.inss.gov.br/>. Acesso em 24/11/2019.

15 <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-14013-10-junho-2020-790307-publicacaooriginal-160866-pl.html>. Acesso em 23/11/2020.

16 <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Acesso em 23/11/2020.

17 <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Acesso em 23/11/2020.

18 <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Acesso em 23/11/2020.

19 https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps082020_final.pdf. Acesso em 23/11/2020.

20 <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Acesso em 23/11/2020.

21 <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Acesso em 23/11/2020.

22 https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/arquivos/beps082019_trab_final_portal.pdf. Acesso em 23/11/2020.

23 https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/arquivos/beps092019_trab_final_portal.pdf; https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/2019/12/Beps102019a_traba_Finala_PORTALa_atualizado.pdf; https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/2019/12/Beps1112019a_traba_Final1a_portal.pdf; https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/arquivos/beps122019_trab_final.pdf; https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/arquivos/beps012020_publicacao.pdf; https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/arquivos/beps022020_trab_final_portal.pdf; https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/arquivos/beps032020_trab_final_portal-1.pdf; https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/Beps042020_trab_Final_sem_TMC.pdf; https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps052020_final.pdf; <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps062020-final.pdf>; <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps072020-final.pdf>. Acesso em 23/11/2020.

Mês Ano	Setembro 2019	Outubro 2019	No- vembro 2019	Dezem- bro 2019	Janeiro 2020	Fevereiro 2020	Março 2020	Abril 2020	Maió 2020	Junho 2020	Julho 2020
Total de benefícios concedi- dos	88.174	91.430	71.828	67.585	52.246	47.759	34.503	70.009	55.924	54.357	43.211

Evidente está a partir destes dados que a reforma da previdência social brasileira prejudicou muitos idosos. Nota-se que houve redução na concessão dos benefícios para os idosos, esta razão está no fato de que aqueles que estavam próximos a preencher os requisitos de idade e tempo de contribuição, mas não preencheram até a data da promulgação da Emenda à Constituição, tiveram que entrar nas regras de transição e, conseqüentemente tiveram que aguardar mais um tempo para alcançar o seu benefício.²⁴ Esta previsão esta especificamente, no artigo 18 da Emenda Constitucional, vejamos: “art. 18. O segurado de que trata o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor

24 Art. 15. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, fica assegurado o direito à aposentadoria quando forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e II - somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 1º e 2º. § 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação a que se refere o inciso II do **caput** será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem. § 2º A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se referem o inciso II do **caput** e o § 1º. § 3º Para o professor que comprovar exclusivamente 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, e 30 (trinta) anos de contribuição, se homem, em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, será equivalente a 81 (oitenta e um) pontos, se mulher, e 91 (noventa e um) pontos, se homem, aos quais serão acrescidos, a partir de 1º de janeiro de 2020, 1 (um) ponto a cada ano para o homem e para a mulher, até atingir o limite de 92 (noventa e dois) pontos, se mulher, e 100 (cem) pontos, se homem. (...) Art. 16. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional fica assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e II - idade de 56 (cinquenta e seis) anos, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos, se homem. § 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade a que se refere o inciso II do **caput** será acrescida de 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem. (...) Art. 17. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional e que na referida data contar com mais de 28 (vinte e oito) anos de contribuição, se mulher, e 33 (trinta e três) anos de contribuição, se homem, fica assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e II - cumprimento de período adicional correspondente a 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem. (...) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm. Acesso em 23/11/2020.

desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem; e II - 15 (quinze) anos de contribuição, para ambos os sexos. § 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade de 60 (sessenta) anos da mulher, prevista no inciso I do **caput**, será acrescida em 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade.” Neste caso uma idosa que já preencheu os 15 anos de contribuição no ano de 2015 e estava aguardando apenas o requisito da idade e como ela iria adquirir 60 anos de idade em fevereiro de 2020, terá que esperar mais 6 meses para alcançar a sua aposentadoria. E para aqueles que não entram na regra de transição terão direito a aposentadoria com 62 de idade e 15 anos de contribuição se mulher e 65 anos de idade e 20 anos de contribuição se homem.

Deve-se ressaltar, que pela análise do presente artigo, o benefício previdenciário de aposentadoria por idade historicamente é concedido ao idoso e a idosa no valor do salário mínimo brasileiro, salário este que não consegue atender aos preceitos constitucionais de uma vida digna, uma vez que, não consegue cumprir com o artigo 5º, referente aos direitos e deveres individuais e artigo 6º, referente aos direitos sociais, como moradia, alimentação e saúde²⁵, bem como, o fato de que a reforma diminui a concessão deste benefício em razão da necessidade de cumprimento da regra de transição e consequentemente, muitos idosos estão sofrendo em razão da política pública implantada pela reforma, política esta de exclusão do idoso, com o objetivo retórico de acabar com o déficit da previdência social. Segundo a ANFIP os benefícios assistenciais e os da aposentadoria por idade urbana e rural são responsáveis pela diminuição da pobreza em idade avançada e pelo sustento de um grande número de famílias que têm nesses idosos uma importante e estável fonte de renda²⁶. Embora se destaque o crescimento do total de idosos, a decomposição das projeções de evolução da população por grupos etários até 2060 revela um forte crescimento do total de idosos com 65 anos ou mais, o qual parte de cerca de 19,2 milhões, em 2018, e deve atingir a marca de cerca de 58,2 milhões em 2060, ou seja, praticamente se multiplica por 3. No caso das pessoas com 80 anos ou mais, esse total deve crescer de 4,1 para 19,1 milhões entre 2018 e 2060, ou seja, praticamente será multiplicado por 5. Neste mesmo período, a população de 90 anos ou mais será multiplicada por 7 (de 0,7 para 5,1 milhões)²⁷. Evidente está o prejuízo dos idosos.

25 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23/11/2020.

26 <file:///C:/Users/Carla/Downloads/Ana%CC%81lise%20Seguridade%202018-r.pdf>. Acesso em 24/11/2019.

27 [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047#:~:text=Em%202060%2C%20o%20percentual%20da,%2C5%20milh%C3%B5es\)%20em%202018](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047#:~:text=Em%202060%2C%20o%20percentual%20da,%2C5%20milh%C3%B5es)%20em%202018). Acesso em 30/11/2020.

Referências

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 8ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Direito previdenciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

GÊNERO, SEXUALIDADES E FAMÍLIAS

Helena Vicentini Julião

Universidade Estadual Paulista. Mestranda em Serviço Social. Bolsista CAPES.
Especialista em Direito das Famílias e Sucessões

Resumo:

“*Gênero, sexualidades e famílias*”, tem como objetivo compreender como se estabelecem as relações de gênero e sexualidade das mulheres nas famílias contemporâneas. Assim, se desenvolve em meio a conjuntura política, social e econômica do Brasil hodierno, estruturado pelos pilares do capital, da opressão, da violência e da desigualdade. Em termos teórico e metodológicos, em uma perspectiva interdisciplinar entre o Serviço Social e o Direito, foi realizado um estudo exploratório, pelo método dialético, com uma abordagem exclusivamente qualitativa, por meio da pesquisa bibliográfica. Ao final, percebemos como a valorização diferenciada e desigual dos afetos, da sexualidade e dos arranjos práticos nos leva ao debate sobre a conformação de padrões familiares excludentes que, como consequência, marcam presença nas leis e nas políticas públicas.

Palavras-chave: Gênero; Sexualidades; Famílias.

Introdução

São tempos de barbárie, vivenciamos um momento de plenos desafios, em meio a conjuntura política, social e econômica da sociedade brasileira, que além de sua história colonial e escravista, estruturada pelos pilares do capital, da violência e da desigualdade, enfrenta, na contemporaneidade, uma forte ascensão do conservadorismo. Sobre gênero, sexualidades e famílias são inúmeras as discussões que acompanham as mais variadas vertentes e correntes, seja pelo senso comum, pelo ativismo ou no âmbito acadêmico.

A falácia da “ideologia de gênero”, em “defesa da família”, não só marcou as eleições presidenciais de 2018 no Brasil, como, também, elevou ao poder o Governo Bolsonaro, o que permitiu colocar em prática, ao lado do esvaziamento de mecanismos democráticos, uma agenda conservadora. Isadora Lins França (2019, p.47) destaca que esses discursos estão relacionados a um novo ativismo conservador, particularmente a partir da Igreja Católica na defesa do que considera o papel “natural” de homens e mulheres na família e

na reprodução. Em total oposição, portanto, ao reconhecimento de direitos relativos a gênero e a diversidade sexual conquistados nos últimos anos, em decorrência do sucesso da luta dos movimentos feministas e LGBT.

Por esse caminho, marcado por grandes retrocessos, em 2020 a Ministra de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Damares Alves – no uso de suas atribuições instituiu duas novas portarias: a Portaria 1.643 - Observatório Nacional da Família – e, a Portaria 1.756, a qual cria o Programa Município Amigo da Família – PMAF. Ocorre que, nessas portarias “existe uma escancarada inconstitucionalidade nessas normativas, uma vez que falam em família no singular, e o conceito de família, atualmente, é plural”. Ademais, evidenciam o fortalecimento das famílias formadas por vínculos conjugais – decorrentes do casamento - e intergeracionais, ou seja, entre gerações. No entanto, esse é um conceito restrito, enquanto o atual conceito de parentalidade não corresponde ao fato de serem gerações diversas, mas a outros arranjos. (BRASIL, 2020)

É nesse cenário, em oposição e resistência as forças conservadoras, que, a partir dos resultados preliminares realizados para a construção da Dissertação de Mestrado, objetivamos, com a presente pesquisa, compreender como se estabelecem as relações de gênero e sexualidade das mulheres nas famílias contemporâneas. Assim, em termos teóricos e metodológicos, realizaremos um estudo interdisciplinar entre o Serviço Social e o Direito; diante a intenção de responder questões particulares, de natureza subjetiva, atrelada diretamente às ciências sociais, adotaremos uma abordagem exclusivamente qualitativa e nos valeremos da pesquisa bibliográfica, pautada na compreensão crítica e na análise profunda dos significados contidos nos textos e documentos selecionados.

Sobretudo, no sentido de nos proporcionar as bases lógicas para a investigação, orientando em todo o processo de investigação e análise, nos valeremos do método dialético, que nos fornecerá subsídios para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade. Contudo, à vista do extenso quadro teórico e político que envolve as discussões de gênero e sexualidades, será inevitável pensar aproximações possíveis entre correntes teóricas que, por vezes, podem ser interpretadas como divergentes. Refletir e debater sobre temáticas que vão ao encontro das exigências de uma sociedade hegemônica e historicamente estruturada nos pilares do conservadorismo é vital em defesa de nossa luta. Dessa forma, pretendemos obter respostas e diretrizes capazes de nortear os profissionais responsáveis a fim de proporcionar a inclusão social e minimizar o preconceito, a opressão e a violência.

A “Família Tradicional Brasileira”: o Modelo Predominante ou o Ideal Dominante?

De nenhuma maneira temos a pretensão de generalizar ou categorizar todas as mulheres em uma única classe homogênea, as afastando de seus re-

cortes de classe, raça, sexualidade, identidade de gênero, entre outros. Assim, no presente estudo, fazemos, de maneira consciente, a escolha de utilizar o plural da palavra – mulheres –, a fim de destacar a multiplicidade e a pluralidade de identidades nessa categoria. Sobretudo, é importante também termos consciência que não devemos falar em família, no singular, mas sim em famílias, haja vista que não há como considerar a existência de uma única composição familiar ou, tão pouco, uma composição que seja considerada ideal. Entre mulheres e famílias, há diversidade, pluralidade.

De maneira sintética, ao se discutir família no Brasil existe uma ideia de que no passado colonial de nosso país predominava a família patriarcal. Essa ideia que é, até hoje, constantemente reproduzida pelo senso comum, foi alimentada por clássicos de Gilberto Freyre, como por exemplo Casa Grande e Senzala. Dessa forma, criou-se a impressão de que só havia esse tipo de família, na qual o pai, proprietário das terras, exercia poder sobre todos e que, além disso, era “marcada por uma inegável desigualdade entre gerações e entre homens e mulheres, além da violência entre brancos e negros”. (ALMEIDA, 2004, p.2) Entretanto, essa perspectiva não corresponde com a realidade histórica, haja vista que esse não era a composição compartilhada pela maioria da população, mas sim o modelo considerado ideal dominante. (CORRÊA, 1981)

Nesse contexto, o conceito de família patriarcal pode ser compreendido, como explana Mariza Corrêa (1981, p.6), como “um tipo fixo” de composição familiar, na qual “os personagens são uma vez definidos, apenas se substituem no decorrer das gerações, nada ameaçando sua hegemonia, e um tronco de onde brotam todas as outras relações sociais.” Assim, ainda que, atualmente, a concepção de famílias tenha dessa se distanciado, ainda são mantidas as mesmas expectativas sobre o seu papel e suas responsabilidades (MIOTTO; CAMPOS e CARLOTTO, 2015, p. 08), não só como um todo, mas também sobre cada um de seus membros, em decorrência da naturalização de papéis de gênero.

Em meio a esse debate, é imperioso destacar a dimensão de controle que as famílias incidem sobre a vida dos indivíduos, haja vista que “definem fronteiras entre, de um lado, formas de vida aceitáveis e valorizadas e, de outro, formas que, por serem estigmatizadas, são alvo de violência e privações”, ressaltando as conexões entre famílias e normalização. Por esse caminho são criados ideais associados ao sucesso das relações que, ao lado da heteronormatividade, estabelecem perspectivas para julgar aquelas vidas concretas que não correspondam aos códigos sociais. (BIROLI, 2018, p. 92)

Sobretudo, é mister destacarmos a conjuntura brasileira que, há algum tempo, enfrenta uma forte ascensão do pensamento conservador. Assim, não podemos perder de vista que tal movimento não é espontâneo, pelo contrário, advém de um modo de vida anterior, resgatado para possibilitar a interpretação de uma maneira viável para capitalismo hodierno. Através da ideologia da harmonia e da coesão social, o conservadorismo se encontra com a sociedade

capitalista, contribuindo para ofuscar as diferenças de classe e legitimando as desigualdades. (IAMAMOTTO, 2007, p. 23)

É por esse caminho que - em uma das estratégias da classe dominante a fim de se distinguir dos outros estratos sociais e a eles impor valores - nas sociedades capitalistas, através de um processo histórico e político, houve a separação entre as esferas públicas – como o âmbito da universalidade – e a privada – como âmbito da particularidade e dos afetos. Produzindo, por conseguinte, identidades de gênero como papéis e comportamentos limites (BIROLI, 2018, p. 94), marcados por uma concepção binária, na qual o feminino, em uma condição de subalternidade, complementa o masculino. É por esse motivo, portanto, que em todas as sociedades contemporâneas, marcadas por uma cultura ocidental, sobre as que se tem estatísticas, as mulheres realizam a maioria das tarefas domésticas, ou seja, o trabalho não remunerado e associado “a definição de mulheres como pessoas cuidadoras, gentis, diligentes, estando sempre prontas para se sacrificarem pelos outros, por exemplo, como ‘boas mães’.” (CONNELL; PEARSE, 2015, p.33)

Dessa maneira, as leis, as políticas públicas e o Direito brasileiro, de forma geral, corroboram com o padrão cis-hetero-patriarcal imposto ao indivíduo e a suas relações. Nosso sexo, gênero e sexualidade são controlados pela estrutura social em que estamos inseridos: somos induzidos, manipulados, condicionados ao casamento.

O Direito das Famílias no Brasil: uma Trajetória Limites e Possibilidades

No decorrer dos anos foram inúmeras as mudanças sociais e culturais, impactando tanto nas relações de gênero e sexualidade, como, também, nas configurações familiares. Percebemos, por esse caminho, uma relação direta entre as transformações nos papéis sociais de gênero, na legislação e nas famílias brasileiras nos últimos anos. Isso decorre do fato que “a dinâmica social constitui a legislação, que por sua vez informa e incide sobre novas cenas conjugais, afetivas e sexuais.” (BIROLI, 2019, p. 119)

A primeira vez que a legislação brasileira tratou de famílias foi em meados de 1891, ao reconhecer o casamento civil; em 1916, com o Código Civil de 1916, o casamento se tornou parte central do direito de família, pois, o Estado só viria dar proteção às famílias constituídas por meio desse, cujo era indissolúvel. Nesse momento, portanto, o casamento era o único meio legal para se constituir uma família legítima; além do mais, foi somente em meados de 1962 que as mulheres casadas conquistaram o direito à capacidade civil plena (Lei n. 4.121 – Estatuto da Mulher Casada). Quase uma década mais tarde (1977), no mesmo momento em que as mulheres conquistaram direitos iguais de propriedade, a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515) foi aprovada, regulamentando a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, o qual poderia ser desfeito morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casa-

mento, pela separação judicial ou pelo divórcio.

A expressiva mudança na realidade do país, o surgimento de novos paradigmas e a evolução dos costumes resultaram em uma mudança na própria estrutura social. Após a superação de obstáculos como a luta política contra a ditadura e a revolução social a constituição de 1988 foi promulgada. Nesse contexto, a preconizada isonomia familiar foi uma das maiores conquistas sociais do Direito brasileiro da época. Em seu artigo 226¹ é possível notar grande parte das mudanças, que visavam amparar a diversidade, ainda que de maneira limitada e positivista, das composições familiares. Vejamos que embora tenha sido reconhecida a união estável, como entidade familiar, essa seria apenas entre o homem e a mulher.

Em meio a muita luta e resistência, com a atuação constante do Movimento LGBT, há alguns anos, as relações homossexuais passaram a ser consideradas “famílias” pelo Direito brasileiro. Embora esse devesse ser um direito universal, para todas as pessoas, seja pelo vínculo do casamento ou não, por muitos anos foi um direito exclusivo dos casais heterossexuais. A primeira vez que os direitos dos casais homossexuais foram regulamentados, foi no âmbito da previdência, com a Instrução Normativa n. 25/2000 do Instituto Nacional de Previdência Social (INSS), a partir da análise pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADI 3300, em 2006. (CARDINALI, 2018, p.125). Ao analisar o pedido, embora o Ministro Celso de Melo tenha entendido pela perda do objeto da ação arquivando-a, haja vista que se tornou inviável uma vez que o dispositivo impugnado – Lei n° 9.278/96, revogada pelo Código Civil de 2002 - já não estava em vigor, assinalou que a importância jurídico-social da matéria.

Alguns anos mais tarde a matéria volta a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, resultando no reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a família homoafetiva². Em 2013 se tornou possível converter tais uniões em

1 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1.º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. §3.º **Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.** § 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8.º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988) (*grifo nosso*)

2 Ainda que discorde do termo “uniões homoafetivas”, assim como em Cardinali (2018, p. 125), sua utilização visará retratar um “certo vocabulário nativo”, haja vista que é a forma utilizada tanto pelo que o Direito Brasileiro, de maneira geral, com a preferência dos ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos.

casamento, por determinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na Resolução n. 175. Todavia, é preciso ter em mente o cenário totalmente contraditório e ambíguo em que se deram tais conquistas, destacando que, como esses não são Direitos resguardados por Leis, ainda resta uma grande lacuna, a qual permite, desta forma, debates, críticas e, até mesmo, supressão de direitos.

Além disso, tal reconhecimento pode se apresentar como uma “domesticação” de comportamentos, haja vista que, de alguma maneira, age tanto destacando o apagamento das diferenças, como também em um caráter excludente, na medida que o acordão reconhece como válidos apenas “relacionamentos higienizados”. Isso porque, além de emular, necessariamente, o modelo tradicional heterossexual (CARDINALI, 2018, p. 40), a ideia de homoafetividade, impõe um determinado tipo de afeto a essas relações. No mais, nem todos as identidades e demandas do movimento são, de igual maneira, assimiláveis e reconhecíveis pelo Poder Judiciário, haja vista que considerando-as em sua diversidade, é possível afirmar estão submetidas a níveis de estigma social distintos.

Por fim, ao considerarmos o casamento e a união estável, como um tipo de contrato social e jurídico, *intuitu personae* - aquele que é “celebrado em especial consideração da pessoa com quem se obriga” -, o sexo, a orientação sexual e a identidade de gênero das partes, assim como a presença ou não de vínculo afetivo-emocional, não deveria ter relevância para o Estado ou, tão pouco, ser condição para aquisição de um direito. (BORRILLO; RIOS, 2018, p.61-63)

Nesse interim, à luz do Direito comparado, o Código Civil Português, desde 2010, em seu artigo 1.577, preceitua que o “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida.”³ (PORTUGAL, 1966) A legislação canadense, desde 2005, também, sobre o casamento, considera um sujeito de direito matrimonial que não possui seu sexo, ou tão pouco seu gênero, identificado: “*Part 1 - Marriage — certain aspects of capacity - 2 Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.*” (CANADIAN, 2005)⁴

Essa percepção nos leva ao questionamento sobre a possibilidade de um Direito das Famílias emancipado da categoria gênero-identidade, preservando a categoria gênero-proteção, para que esse deixasse de ser o principal obstáculo à igualdade formal de pessoas LGBT. (BORRILLO; RIOS, 2018)

Conclusão

Como demonstrado ao longo do presente estudo, a defesa dos valores tradicionais, por meio da concepção de uma família considerada ideal, a qual

3 Alterado pelo/a Artigo 2.º do/a Lei n.º 9/2010 - Diário da República n.º 105/2010, Série I de 2010-05-31, em vigor a partir de 2010-06-05

4 Parte 1 - Casamento - certos aspectos da capacidade - 2 Casamento, para fins civis, é a união legal de duas pessoas com exclusão de todas as outras

se responsabiliza pelas falhas do capitalismo, não é um mero acaso, mas sim um caminho para garantia de interesses materiais e concretos, em prol da ordem do capital. É, portanto, ao longo dessa discussão, que se torna nítido o porquê a ideia de uma única família ideal – conjugal e entre uma mulher e um homem – emergiu, com tanta força, no cenário político brasileiro dos últimos anos. Dito isso, é imperioso destacar a dimensão de controle que as famílias incidem sobre a vida dos indivíduos, assim, ao passo que definem quais seriam as formas de vida aceitáveis e valorizadas, colocam à margem aquelas que, por serem estigmatizadas, são alvo de violências e privações.

Esse caminho, todavia, também nos leva a percepção sobre como as metamorfoses sociais e culturais impactam não só nas relações de gênero e sexualidade, mas também, nas configurações familiares. Assim, uma vez que a dinâmica social constitui a legislação, essa incide sobre as cenas conjugais, afetivas e sexuais, tanto na vida prática, como nas leis. No entanto, no âmbito Jurídico nacional, ao pautarmos gênero, sexualidades e famílias é imprescindível tecermos um olhar crítico sobre o cenário no qual os direitos foram conquistados, analisando o contexto histórico e social a fim de identificar as inúmeras lacunas e controvérsias que, de alguma maneira, corroboram com o ideal conservador.

Até os dias atuais, no Brasil, o Direito, ao lado do Estado, atua com a naturalização de estereótipos que, de alguma maneira, acaba por envolver a falácia da “família tradicional brasileira”. Logo, há uma ruptura apenas parcial em relação à moral estruturalmente imposta pelo sistema vigente, perpetuando um padrão de famílias e identidades legítimas. A valorização diferenciada e desigual dos afetos, da sexualidade e dos arranjos práticos nos leva ao debate sobre a conformação de padrões familiares excludentes que, como consequência, marcam presença nas leis e nas políticas públicas. Diante a esse debate, no decorrer do estudo emerge, como uma alternativa viável à igualdade formal de pessoas LGBT, questionamentos que envolvem o binômio possibilidade e necessidade de um Direito das Famílias emancipado tanto da categoria gênero-identidade – preservando a categoria gênero-proteção -, como do afeto como condição para a constituição, ou não, de famílias plurais.

Referências

ALMEIDA, Heloisa Buarque de. Família e Relações de Parentesco – Contribuições Antropológicas. In: CARVALHO, José Sergio (Org.): **Direitos Humanos e Educação para a Democracia**. Vozes: 2004.

ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Novos arranjos nos lares brasileiros: Pesquisa identifica processo de emancipação das mulheres no núcleo familiar a partir da década de 1970 no Brasil. **Revista Pesquisa FAPESP**, 2018. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/novos-arranjos-nos-lares-brasileiros/>. Acesso em 16. ago. 2020.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BORRILLO, Daniel. **Direitos Sexuais e direito de família em perspectiva queer**. Porto Alegre: 2018. *E-book*.

BRASIL. **Assessoria de Comunicação IBDFAM**. Novas portarias da ministra Damares Alves repercutem no Direito das Famílias. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7411/Novas+portarias+da+ministra+Damares+Alves+repercutem+no+Direito+das+Fam%C3%ADlias>. Acesso em: 04. Ago. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 16. Ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Poder Executivo, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015. Brasília. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_ge_nero_raca.pdf. Acesso em: 16. Ago. 2020.

CANADIAN. **Civil Marriage Act**. S.C. 2005, c. 33. Assented to 2005-07-20. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.5/page-1.html>. Acesso em: 12. Out. 2020.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos Direitos LGBT no STF: Limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CHAUÍ, Marilena. Manifestações Ideológicas do autoritarismo brasileiro; ROCHA, Andre (Org). **Belo Horizonte: Autêntica**; São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013. (Escritos de Marilena Chauí, 2)

CISNE, Mirla; SANTOS, Silvana Mara Morais dos. **Feminismo, diversidade sexual e serviço social**. São Paulo: Cortez, 2018.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: Uma perspectiva Global**. Tradução Marília Moschkovich. São Paulo: Nversos. 2015.

CORRÊA, Mariza. Repensando a Família Patriarcal Brasileira. **Cadernos de Pesquisa Fundação Carlos Chagas**, São Paulo, n. 37, 1981. p. 5-16. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/1590/1580>. Acesso em: 16. Ago. 2020

ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 12. Out. 2020.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Diversidade Sexual e de Gênero e o Serviço Social Sociojurídico**. São Paulo: Cortez, 2018.

FRANÇA, Isadora Lins. Gênero e Sexualidade: ascensão conservadora e fantasias masculinas de poder no Brasil. **Margem Esquerda: Revista da Boitempo n. 33**. São Paulo: Boitempo, 2019. p. 45 - 53.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6 ed. São Paulo:

Atlas, 2009.

IAMAMOTO, Marilda Villela. **O serviço social na contemporaneidade**: trabalho e formação. 22 ed. São Paulo: Cortez, 2018.

IAMAMOTO, Marilda Villela. **Renovação e Conservadorismo no Serviço Social**: Ensaio Críticos. 12 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

LIMA, Telma Cristiane Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamaso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. **Rev. Katálysis**, v. 10, p. 37-45, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802007000300004>. Acesso em: 16. Ago. 2020.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Ciência, técnica e arte: o desafio da Pesquisa Social. In: MINAYO, M. C (Org.) **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2001.

MIOTO, Regina Célia Tamaso. Família e Serviço Social: contribuições para o debate. In: **Serviço Social e Sociedade**, n. 55. São Paulo, Cortez, 1997.

MIOTO, Regina Célia Tamaso. Família, trabalho com família e serviço social. **Serviço Social e Sociedade**, n. 02. Londrina, 2010.

MIOTO, Regina Célia; CAMPOS, Marta Silva; CARLOTO, Cássia Maria (Orgs.). **Familismo, direito e cidadania**: contradições da política social. São Paulo: Cortez, 2015.

MOSCHKOVICH, Marília. Poliamor: desvio liberal ou resistência à família burguesa?. **Blog da Boitempo**, 2019. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2019/09/13/poliamor-desvio-liberal-ou-resistencia-a-familia-burguesa/>. Acesso em: 16. ago. 2020.

MOSCHKOVICH, Marília. Posfácio à edição brasileira: Entre marxismo, feminismo e antropologia. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Boitempo, 2018.

PALHA, Amanda. Transfeminismos e construção revolucinária. **Margem Esquerda**: Revista da Boitempo n. 33. São Paulo: Boitempo, 2019. p.38 – 44.

PORTUGAL. Decreto Lei n. 47344. **Código Civil**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202010121600/73748905/diplomaPagination/diploma/79?did=34509075&filter=Filtrar>. Acesso em: 12. Out. 2020.

TOITIO, Rafael. Apontados sobre sexualidade e a consubstancialidade das relações de poder. In: **Seminário Internacional Fazendo Gênero 10** (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da Colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

OS ASSÉDIOS MORAL E SEXUAL CONTRA AS MULHERES COMO FORMA DE MANUTENÇÃO DA SOBREPOSIÇÃO MASCULINA NAS RELAÇÕES LABORAIS

Sílvio Beltramelli Neto

Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito, integrante da Linha de Pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos” e do Grupo de Pesquisa “Direito num Mundo Globalizado”. Membro do Ministério Público do Trabalho de Campinas, Estado de São Paulo (MTP)

Maria Eduarda Viva Pires de Campos

Graduanda na Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

Por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo e dos métodos de procedimento histórico, comparativo, estatístico e bibliográfico, buscou-se analisar se os assédios moral e sexual podem ser usados pelos homens contra as mulheres para afastá-las do ambiente de trabalho. A mulher, durante a maior parte da história, teve um papel secundário na busca de recursos financeiros para a subsistência da família. Todavia, após a Segunda Guerra Mundial, as mulheres começam avançar na inclusão ao mercado de trabalho, intervindo nos poderes quase que ilimitados dos homens na sociedade e na submissão da mulher nos mais diversos âmbitos. Assim, os assédios são usados em uma evidente violência de gênero, como forma de manter as mulheres longe do ambiente de trabalho e a posição masculina de superioridade no contexto social. Ainda, o ambiente competitivo das empresas contribui para a perpetuação dos assédios, interferindo negativamente na saúde dos empregados e na produtividade das empresas.

Palavras-chave: Assédio moral; Assédio sexual; Relações de trabalho; Violência de gênero.

Introdução

O presente trabalho busca analisar se as práticas de assédio moral e

sexual dos homens contra as mulheres no ambiente de trabalho podem ser utilizadas para afastar as mulheres desse ambiente. No entanto, não exclui a possibilidade desses abusos caracterizarem violência de gênero e discriminação, bem como violação do direito ao meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado e à dignidade da pessoa humana.

Para isso, o método de abordagem a ser utilizado será o hipotético-dedutivo. Como métodos de procedimento serão utilizados os métodos histórico, comparativo, estatístico e bibliográfico, com o propósito de investigar os abusos sexual e moral como forma de violência de gênero, bem como a influência do patriarcado na história da inserção da mulher no trabalho.

A proposta de estudar sobre o tema surgiu diante da pertinência do assunto haja vista a necessidade de inclusão das mulheres, no ambiente de trabalho, de maneira mais igualitária. Faz-se necessário investigar a relação do patriarcado com a história de inserção da mulher no ambiente laboral e os assédios moral e sexual como formas de manter a desigualdade no trabalho.

Sendo assim, começaremos o estudo por meio de uma investigação histórica dos papéis atribuídos aos homens e às mulheres. Passaremos, então, a analisar por meio de uma visão crítica se os assédios no ambiente laboral podem ser usados para afastar as mulheres do mercado de trabalho. Depois apresentaremos os conceitos e implicações dos assédios moral e sexual dentro do ambiente laboral. Por fim, serão trazidos diplomas internacionais que auxiliam na busca pela inclusão mais igualitária da mulher no ambiente de trabalho e a defesa da necessidade de uma mudança estrutural na sociedade para que essa inclusão aconteça.

A inserção da mulher no mercado de trabalho e as relações patriarcais de poder

No início da história da humanidade não havia hierarquia entre a divisão sexual do trabalho realizado por homens e mulheres. As mulheres eram respeitadas e valorizadas pelo papel que exerciam na realização das atividades domésticas, visto que a importância atribuída a essas atividades era igual a das realizadas pelos homens.¹

No entanto, por volta dos anos de 1830, o sistema fabril passou a absorver muitas das tarefas desempenhadas pelas mulheres: a produção de alimentos (como manteiga e pão), tecidos, velas e produtos de limpeza (principalmente sabão), todos fabricados em massa. Assim, a produção econômica foi sendo transferida das casas para as fábricas, fazendo com que os trabalhos realizados pelas mulheres no ambiente familiar perdessem a importância, sofrendo um desgaste ascendente enquanto as fábricas se expandiam.²

1 DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 215. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4248256/mod_resource/content/0/Angela%20Davis_Mulheres%2C%20raca%20e%20classe.pdf. Acesso em: 26 mai. 2020.

2 DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo:

Com isso, as mulheres perderam o prestígio que era baseado no seu caráter produtivo dentro das atividades domésticas e passaram a não ter um papel econômico significativo dentro de um capitalismo industrial. O espaço reservado para as mulheres era o ambiente familiar, seu lugar era em casa, longe das atividades que faziam o capitalismo girar.³ E, uma vez fora da economia de mercado, criou-se a ideia de que o feminino era caracterizado pelos papéis de esposa e mãe.⁴

Em paralelo a isso, com a industrialização a diferença da força física entre homens e mulheres, que caracterizava uma marca de impotência feminina para serviços braçais, foi, em grande parte, anulada, consequência da “modernidade” das novas máquinas que acabou contribuindo para a crescente inserção das mulheres nos trabalhos fabris.⁵

No entanto, com a ideia de que as mulheres eram “donas de casa” natas, guardiãs do lar, responsáveis pelos cuidados com os filhos e maridos, aquelas que trabalhavam no ambiente que não aquele tido como o natural, ou seja, em casa, eram consideradas estranhas ao ambiente industrial, tratadas como visitantes e não trabalhadoras assalariadas como os homens. Com isso, sofriam uma exploração ainda maior do que os homens, cumpriam longas jornadas, condições precárias de trabalho e recebiam salários baixos.⁶

Assim, a inserção das mulheres no ambiente de trabalho foi marcada pela diferença salarial, pela concentração das mulheres em trabalhos que não exigiam qualificação profissional elevada, em setores ligados ao comércio e serviços, áreas de serviços sociais, trabalho doméstico e setores mais vulneráveis.⁷

Boitempo, 2016, p. 218. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4248256/mod_resource/content/0/Angela%20Davis_Mulheres%2C%20raca%20e%20classe.pdf. Acesso em: 26 mai. 2020.

3 DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 50. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4248256/mod_resource/content/0/Angela%20Davis_Mulheres%2C%20raca%20e%20classe.pdf. Acesso em: 26 mai. 2020.

4 DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 50. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4248256/mod_resource/content/0/Angela%20Davis_Mulheres%2C%20raca%20e%20classe.pdf. Acesso em: 26 mai. 2020.

5 BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: 1. fatos e mitos**. 4. ed. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. Disponível em: <https://materialfeminista.milharal.org/files/2012/08/O-Segundo-Sexo-vol1-Fatos-e-Mitos-Simone-de-Beauvoir1.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

6 DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 218. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4248256/mod_resource/content/0/Angela%20Davis_Mulheres%2C%20raca%20e%20classe.pdf. Acesso em: 26 mai. 2020.

7 Instituto de Economia, UNICAMP. CEST. **Cadernos de Formação, caderno nº 03, II**. As mulheres e o mercado de trabalho. Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

A estrutura social de dominação masculina trazida para o ambiente laboral

Os homens, desde crianças, são estimulados a desenvolver um aspecto de agressividade e uma imposição que faça com que os outros reconheçam sua dominação e poder. Além disso, são cobrados pela manutenção da segurança da família, das irmãs e da casa, especialmente quando outra figura masculina não é ou não está presente. Enquanto isso a mulher é estimulada a ser doce, gentil, cuidar dos afazeres domésticos, aprender a cozinhar e desenvolver seu “instinto maternal”, muitas vezes sendo a responsável por cuidar efetivamente dos irmãos mais novos.⁸

Assim, criam-se estereótipos de gênero que reservam à mulher o ambiente familiar, de afetuosidade, cuidado e fragilidade, enquanto reservam ao homem a imagem de provedor, trabalhador, etc. que sustenta a figura de dominação e hierarquia atribuída a ele.⁹

Essa ideia culturalmente aceita de que a mulher é a responsável pelos cuidados com os filhos e com a casa afeta direta e indiretamente a inserção delas no ambiente laboral. Contribui para a diferença salarial existente entre os gêneros, uma vez que pode-se pagar menos para a mulher porque ela não é vista como provedora do lar e para a preferência em empregar homens, visto que é mais garantido que eles não precisem se afastar do trabalho para cuidar dos filhos presencialmente possibilitando maior dedicação à profissão.¹⁰

Apesar disso, a precária inserção da mulher no ambiente de trabalho ameaça a estrutura hierarquizada de poder dos homens. Essa inserção possibilita às mulheres uma maior integração social, independência financeira, visibilidade, conhecimento e o que vem atrelado a tudo isso: poder. Poder de ser quem ela quiser, de escolher entre ter um trabalho fora de casa ou ficar em casa cuidando da família em tempo integral, de escolher uma profissão, de estudar, de poder comprar as suas coisas, de escolher se vai ou não ter filhos, de ser dona da sua própria vida.

Assim, a inserção das mulheres no trabalho perturbou a configuração das relações familiares e de trabalho. Possibilitou às mulheres, ainda que não de maneira justa e igualitária, a inserção nas relações sociopolíticas. Com isso,

8 NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. BÓAS, Regina Vera Villas. Direitos humanos da mulher: reflexões sobre violência e trabalho no Brasil. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Maranhão, vol. 03, nº 02, p. 74-87, jul./dez. 2017, p. 76. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2451-11218-1-PB.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

9 ÁVILA. Ana Paula Oliveira; SOUZA, Paula Vilela Machado. Contexto da discriminação feminina no Brasil e legitimação das medidas afirmativas de gênero. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, nº 03, p. 1610-1632, jul./set. 2017, p.1623. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/27347-98094-1-PB.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

10 ÁVILA. Ana Paula Oliveira; SOUZA, Paula Vilela Machado. Contexto da discriminação feminina no Brasil e legitimação das medidas afirmativas de gênero. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, nº 03, p. 1610-1632, jul./set. 2017, p. 1624. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/27347-98094-1-PB.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

a intimidação, seja ela moral ou sexual, foi uma maneira encontrada pelos homens de manter o posto de soberania e dominação e afastar a ameaça feminina do ambiente laboral.¹¹

No entanto, por meio de condutas de discriminação e violência de gênero cria-se um ambiente hostil e indesejado não só para a mulher, com a ideia de que ela não é bem vinda e deveria ter ficado no ambiente privado de seu domicílio, mas para todos os empregados.¹² Assim, os assédios sexual e moral impedem a equidade e o ambiente sadio de trabalho, perpetuam a violência sexual e de gênero e trazem efeitos negativos para a produtividade e o bom funcionamento das empresas.¹³

Os assédios moral e sexual no trabalho: caracterização e desenvolvimento

O assédio moral começa de maneira sutil, com condutas indiretas e discretas e que, muitas vezes, no início, passam despercebidas pela vítima e pelas pessoas que presenciam. Pode começar com um olhar irônico, com condutas de menosprezo, ocultação de informações importantes para a realização do trabalho da vítima, entre tantas outras condutas que vão causando tristeza, vergonha e dor no assediado, conforme a intensidade e periodicidade das ações aumentam.¹⁴

O assédio moral caracteriza-se pela intencionalidade do agente, bem como pela reiteração de condutas que desqualificam a vítima, tornando-a vulnerável para que possa passar a exercer poder sobre ela. Muitas vezes o assediador enxerga a pessoa assediada como uma ameaça e, para se sentir seguro, precisa controlar a vítima e neutralizá-la anulando suas vontades. Por isso, começa com condutas de baixa intensidade e, constantemente, propaga um número crescente de insinuações e humilhações sobre a pessoa.¹⁵

Ainda, a forma como as organizações são estruturadas favorecem não

11 HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda? **Revista Direito FGV**, São Paulo, vol. 12, nº 2, p. 484-515, mai./ago. 2016, p. 506. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200484&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 11 abr. 2020.

12 HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda? **Revista Direito FGV**, São Paulo, vol. 12, nº 2, p. 484-515, mai./ago. 2016, p. 494. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200484&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 11 abr. 2020.

13 CRUZ PÉREZ, María del Pilar. Hostigamiento sexual, un problema de salud laboral e inequidad de género. **Revista GénEros**, Universidad de Colima México, ano 13, n. 36, p. 97-104, feb. 2007, p. 101. Disponível em <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/art%204.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

14 BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Assédio moral: a violência sutil. Análise epidemiológica e psicossocial no trabalho no Brasil.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/17370/1/Margarida%20Maria%20Silveira%20Barreto.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2020.

15 HELOANI, Roberto. Violência Invisível. **GV – Executivo**. São Paulo, vol. 02, nº 03, p. 57-61, ago./out. 2003, p. 59. Disponível em: <https://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/2066.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2020.

só o aparecimento dos abusos como sua perpetuação e invisibilidade. O ambiente altamente competitivo e individualizado, no qual até mesmo quando os profissionais estão reunidos em grupos há uma corrida para se destacar e conseguir a promessa de uma promoção, aliado à busca pelo “ter” impulsionado pelo capitalismo e o desprezo pelo outro, criam um ambiente no qual o outro se torna uma ameaça e um rival na consolidação dos objetivos de vida do possível assediador.¹⁶

Além disso, dentro desse sistema organizacional, o ambiente de rivalidade torna-se uma busca pelo poder dentro das empresas, por estar acima do outro, por ser melhor que o outro e não estar sujeito a uma possível demissão. Essa situação causa desconfiança entre os trabalhadores, um bloqueio das relações amigáveis e afetivas e um ambiente extremamente hostil.¹⁷

Ademias, como o trabalho é uma forma de relação social, traz para o ambiente laboral as relações vividas também fora dele, ou seja, as desigualdades, as relações de poder, de dominação.¹⁸

Com isso, é possível observar que o patriarcado dificultou e ainda dificulta muito a inserção das mulheres no ambiente laboral. Assim que as mulheres começaram a disputar as longas jornadas de trabalho com os homens, as primeiras reações masculinas de necessidade de manutenção da dominação surgiram e a primeira forma dessa imposição foi feita por meio do assédio sexual. Tal servia para mostrar que as mulheres não seriam recebidas como sujeito de direitos, e, sim, como objetos, além de deixar evidente que o lugar delas era outro.¹⁹

Sendo assim, é preciso olhar para os assédios sexual e moral no trabalho no contexto social em que estamos inseridos. Nesse sentido, é preciso reconhecer que ambos os assédios — mas, principalmente, o assédio sexual — são formas de violência de gênero, praticados, muitas vezes, com o intuito de manter as mulheres à margem do ambiente de trabalho, refletindo os papéis atribuídos aos homens e às mulheres na sociedade.²⁰

16 DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. **Revista Produção**, São Paulo, vol. 14, nº 03, p. 27-34, set./dez. 2004, 33-34. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/prod/v14n3/v14n3a03.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2020.

17 HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Trad. Regane Janowitz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, p. 67, 2015. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/19707225/livro-mal-estar-no-trabalho-redefinindo-o-assedio-moral-marie-france-hirigoyen>. Acesso em: 09 jun. 2020.

18 DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. **Revista Produção**, São Paulo, vol. 14, nº 03, p. 27-31, set./dez. 2004, p. 31. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/prod/v14n3/v14n3a03.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2020.

19 Assédio sexual no trabalho: perguntas e respostas. **Ministério Público do Trabalho, Apoio: Organização Internacional do Trabalho**, Brasília, p. 01-24, mai. 2017, p. 05. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/wcms_559572.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

20 DAVID, Natacha. Sexual harassment: prevention versus power relations. **Violence at work**, International Labour Organization (ILO), nº 133, p. 07, Labour Education 2003/2004. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_111456.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

Aspectos mais recentes sobre o olhar para os assédios contra as mulheres no trabalho: responsabilidade e prevenção

Os assédios moral e sexual podem ser considerados como problemas de saúde e segurança pública, além de possuírem caráter discriminatório. Também podem ser considerados como violência de gênero quando direcionados à mulher.²¹ Em relação ao assédio sexual, a maioria das vítimas são mulheres. Isso ocorre por conta da ligação dos assédios com as relações sociais e econômicas de poder e o local que homens e mulheres ocupam no mercado de trabalho. Dessa forma, mesmo os homens também sofrendo esses tipos de abuso (principalmente os homossexuais), a maioria do público atingido são mulheres, enquanto a maior parte dos assediadores são homens.²²

Por isso, diante dos assédios moral e sexual no ambiente de trabalho, principalmente relacionado às mulheres, e das causas e consequências da inclusão de maneira tão desigual entre homens e mulheres no mercado de trabalho, foram criados diversos instrumentos que buscaram e ainda buscam eliminar ou, pelo menos, diminuir as diferenças de tratamento, direitos e oportunidades garantidas para ambos.

O mais recente desses instrumentos, a Convenção nº 190, foi aprovada em junho de 2019, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ela trata da eliminação da violência e do assédio no ambiente de trabalho. A tutela da Convenção abrange todos aqueles envolvidos no âmbito laboral, incluindo aprendizes, estagiários e trabalhadores voluntários. Abrange todos os atos praticados no trabalho e também aqueles que tenham relação ou resultem do ambiente laboral. Em relação aos tipos de assédios dispostos na Convenção, há previsão sobre assédios moral, sexual, virtual, entre outros. No entanto, cumpre ressaltar a questão da violência de gênero e do assédio em razão de gênero. A Convenção confere tratamento especial à violência e assédio em razão de gênero, que compreende vários tipos de violência como a física, sexual ou psicológica, principalmente perpetuado contra as mulheres, em virtude das relações de poder, dominação e opressão que os homens exercem sobre elas, resultando na discriminação e perpetuação dos assédios.²³

Ainda, por mais que existam instrumentos que buscam proteger as vítimas de assédios moral e sexual no trabalho, é importante ressaltar que o em-

21 DAVID, Natacha. Sexual harassment: prevention versus power relations. *Violence at work*, International Labour Organization (ILO), Labour Education 2003/2004, p. 08-09, n. 133. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_111456.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

22 DAVID, Natacha. Sexual harassment: prevention versus power relations. *Violence at work*, International Labour Organization (ILO), Labour Education 2003/2004, p. 07, n. 133. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_111456.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

23 SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça; FILHO, Rodolfo Pamplona. Convenção 190 da OIT. Violência e assédio no mundo do trabalho. *Academia Brasileira de Direito de Trabalho*. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/Conven%C3%A7%C3%A3o%20190%20da%20OIT.04.09.2019%20-%20Rodolfo.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

pregador é responsável por manter o ambiente de trabalho sustentável e por zelar pela saúde física e mental de seus funcionários, podendo sofrer pedido de indenização caso contrário. Ademais, o empregador é responsável pelos atos de seus colaboradores em relação uns aos outros dentro da empresa e pelo assédio praticado por terceiros (como é o caso dos clientes) quando não toma providências para que essas práticas sejam evitadas ou interrompidas, mesmo que não possua dolo na sua abstenção.²⁴

No entanto, apesar da imensurável importância da prevenção e repressão dos assédios no ambiente de trabalho, a verdadeira igualdade de oportunidades e direitos entre mulheres e homens só será possível quando a estrutura social baseada na cultura patriarcal for quebrada. Apenas quando a mulher passar a ser vista como um ser humano dissociado de suas responsabilidades como mãe e cuidadora do lar no ambiente laboral ou passar a ser tão responsável quanto os homens por essas tarefas será possível incluí-las no mercado de trabalho de maneira igualitária.

Conclusão

Durante a pesquisa realizada foi possível perceber que o papel da mulher na busca de recursos financeiros durante a história da humanidade foi secundário e a mulher ficou incumbida de realizar as atividades domésticas e cuidar dos filhos. No entanto, essas tarefas atribuídas às mulheres não agregam de maneira visível para a produção capitalista que dita o poder na sociedade. Com isso, os homens garantiram poder econômico, político e social passando a dominar os papéis de maior prestígio em todos os campos da sociedade como a propriedade de grandes empresas ou empregos de gerência e cargos políticos.

Todavia, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, as mulheres começaram a avançar no aspecto da inclusão no mercado de trabalho. Essa inclusão interveio nos poderes praticamente ilimitados dos homens na sociedade e na submissão da mulher nos mais diversos âmbitos.

Assim, os assédios moral e sexual são usados pelos homens contra as mulheres em uma evidente violência de gênero, como forma de mantê-las longe do ambiente de trabalho, podendo, assim, manter a posição de superioridade atribuída a eles durante a construção histórica de uma sociedade patriarcal, machista e capitalista. Com a busca constante de capital e as políticas competitivas das empresas a situação se intensifica e pode trazer sérios danos psicológicos e físicos para as pessoas.

Nesse aspecto conclui-se que é papel do empregador manter um ambiente sadio, conformável e seguro no trabalho, contando com o auxílio dos sindicatos, ministério público do trabalho, equipe de médicos dentro das em-

24 HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda? **Revista Direito FGV**, São Paulo, vol. 12, nº 2, p. 484-515, mai./ago. 2016, p. 499, 500 e 503. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200484&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 11 abr. 2020.

presas, organizações e etc. Ainda, há necessidade de uma mudança na estrutura da sociedade para que as situações dos assédios e da inclusão mais igualitária das mulheres no ambiente de trabalho mudem. As mulheres, apesar dos avanços conquistados, ainda são as que mais sofrem abuso entre os funcionários e as reais responsáveis pelos cuidados com a casa e com os filhos, o que prejudica a inserção delas no ambiente de trabalho e as limitam a empregos parciais, vulneráveis, com menos qualificação e menores salários.

Referências

Assédio sexual no trabalho: perguntas e respostas. **Ministério Público do Trabalho, Apoio:** Organização Internacional do Trabalho, Brasília, p. 01-24, mai. 2017, p. 05. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/publication/wcms_559572.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; SOUZA, Paula Vilela Machado. Contexto da discriminação feminina no Brasil e legitimação das medidas afirmativas de gênero. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, nº 03, p. 1610-1632, jul./set. 2017, p.1623. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/27347-98094-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Assédio moral:** a violência sutil. Análise epidemiológica e psicossocial no trabalho no Brasil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/17370/1/Margarida%20Maria%20Silveira%20Barreto.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo:** 1. fatos e mitos. 4. ed. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. Disponível em: <https://materialfeminista.milharal.org/files/2012/08/O-Segundo-Sexo-vol1-Fatos-e-Mitos-Simone-de-Beauvoir1.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

CRUZ PÉREZ, María del Pilar. Hostigamiento sexual, un problema de salud laboral e inequidad de género. **Revista GénEros**, Universidad de Colima México, ano 13, n. 36, p. 97-104, feb. 2007, p. 101. Disponível em <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/art%204.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

DAVID, Natacha. Sexual harassment: prevention versus power relations. **Violence at work**, International Labour Organization (ILO), nº 133, p. 07, Labour Education 2003/2004. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_111456.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe.** Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 215. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4248256/mod_resource/content/0/Angela%20Davis_Mulheres%2C%20raca%20e%20classe.pdf. Acesso em: 26 mai. 2020.

DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. **Revista Produção**, São Paulo, vol. 14, nº 03, p. 27-34, set./dez. 2004, 33-34. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/prod/v14n3/v14n3a03.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2020.

HELOANI, Roberto. Violência Invisível. **GV – Executivo**. São Paulo, vol. 02, nº 03, p. 57-61, ago./out. 2003, p. 59. Disponível em: <https://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/2066.pdf> . Acesso em: 01 mai. 2020.

HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda? **Revista Direito FGV**, São Paulo, vol. 12, nº 2, p. 484-515, mai./ago. 2016, p. 506. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200484&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 11 abr. 2020.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Trad. Regane Janowitz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, p. 67, 2015. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/19707225/livro-mal-estar-no-trabalho-redefinindo-o-assedio-moral-marie-france-hirigoyen>. Acesso em: 09 jun. 2020.

Instituto de Economia, UNICAMP. CESIT. **Cadernos de Formatação, caderno nº 03, II**. As mulheres e o mercado de trabalho. Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. BÔAS, Regina Vera Villas. Direitos humanos da mulher: reflexões sobre violência e trabalho no Brasil. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Maranhão, vol. 03, nº 02, p. 74-87, jul./dez. 2017, p. 76. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2451-11218-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça; FILHO, Rodolfo Pamplona. Convenção 190 da OIT. Violência e assédio no mundo do trabalho. **Academia Brasileira de Direito de Trabalho**. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/Conven%C3%A7%C3%A3o%20190%20da%20OIT.04.09.2019%20-%20Rodolfo.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL: AS SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS ADOTADAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Roberta Salomone

Jornalista e Mestranda em Análise e Gestão de Políticas Internacionais pela PUC-Rio. Pós-graduada em Comunicação Jornalística pela Universidade Cândido Mendes e em Marketing (MBA) pela PUC-Rio com especialização em Digital Media Marketing pela New York University

Resumo:

Com a propagação da Covid-19 em todo mundo no ano de 2020, medidas de isolamento social foram adotadas como uma estratégia importante para a redução do número de infectados pelo vírus. Ficar em casa, no entanto, virou sinônimo de insegurança para muitas mulheres. No mês de abril, o relatório “Covid-19 e o Combate à Violência Contra Mulheres e Meninas” (ONU Mulheres) já mostrava que o número de casos de violência doméstica tinha aumentado em vários países. No Brasil, que é considerado um dos países mais violentos do mundo para as mulheres (Organização Mundial da Saúde), não foi diferente: a taxa de feminicídios cresceu mais de 20% entre março e abril (Fórum Brasileiro de Segurança). Este estudo pretende apresentar os principais dados sobre violência doméstica durante os seis primeiros meses da pandemia do novo coronavírus e as lições aprendidas com as soluções tecnológicas que foram desenvolvidas e/ou adotadas para ajudar as vítimas no Brasil.

Palavras-chave: Violência Contra a Mulher; Covid-19; Coronavírus; Aplicativos; Tecnologia.

Introdução

No dia 31 dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) emitiu um alerta depois que autoridades chinesas notificaram casos de uma pneumonia de “causa desconhecida” na cidade de Wuhan. Onze dias depois, a China anunciava a primeira morte causada pelo vírus Sars-Cov-2. Logo, Wuhan se tornava o epicentro da pandemia do novo coronavírus e, no fim daquele mês, os primeiros casos já eram confirmados na Europa. No começo de fevereiro, o número de mortos pela Covid-19 na China ultrapassava o número de vítimas, entre os anos de 2002 e 2003, da Síndrome Respiratória

Aguda Grave (Sars), também causada por um coronavírus. No dia 14 daquele mês, a França divulgava a primeira morte na Europa e, apenas doze dias depois, o Governo Brasileiro confirmava o primeiro caso no país, na cidade de São Paulo.

O vírus se espalhou rapidamente por vários países e a disseminação da Covid-19 foi declarada pandemia pela World Health Organization (WHO) em 11 de março. Os casos na China tinham multiplicado por 13, o número de países afetados triplicado em duas semanas e, logo, o presidente americano Donald Trump proibia a entrada de europeus nos Estados Unidos com a intenção de evitar a propagação do vírus. No fim de abril já eram mais de três milhões de casos confirmados em todo mundo e os EUA já registravam um terço das infecções (Johns Hopkins Coronavirus Resource Center). No dia 22 de maio, o Brasil passou a Rússia e alcançou o segundo lugar no ranking dos países com mais infectados – atrás apenas dos Estados Unidos. Seis dias depois, um único estado brasileiro, o Rio de Janeiro, ultrapassava a China em número de mortes pelo novo coronavírus (Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro).

A pandemia da Covid-19 causou impactos sociais, políticos e econômicos sem precedentes em todo o mundo. Nos Estados Unidos, o número de desempregados atingiu recorde e na Europa, o alerta é que os países com maior número de mortes absolutas enfrentarão maior recessão (Estudos da Comissão Europeia, 2020). A estimativa é que a economia global encolha 3% este ano – o pior declínio desde a Grande Depressão, na década de 1930 (Fundo Monetário Internacional).

Nos Estados Unidos, mais de 42 milhões de pessoas tinham sido demitidas desde o final do mês de março de acordo com relatório divulgado pelo U.S. Department of Labour divulgado em 4 de junho. Somente entre os dias 24 e 30 de maio quase 1,9 milhão de pessoas solicitaram o auxílio desemprego no país. O recorde, no entanto, foi na semana entre 22 e 28 de março quando 6,8 milhões de americanos solicitaram o benefício. Em abril, a taxa de desemprego nos EUA chegou a 14,7%, o maior patamar pós Segunda Guerra. No mesmo período no Brasil, o índice foi de 12,6% (IBGE). Em apenas três meses após o início da pandemia, 4,9 milhões de brasileiros perderam seus empregos. Deste total, 3,7 milhões eram trabalhadores informais.

O impacto é ainda maior entre as mulheres. Em vários setores da economia informal, elas representam a maioria, e mais de 220 milhões estão empregadas nos setores mais vulneráveis a cortes (Citigroup, 2020). No final do mês de março, a ONU divulgou o relatório “Mulheres no centro da luta contra a crise Covid-19” que mostrava que elas seriam as mais afetadas pela crise provocada pela pandemia. O documento apresenta alguns fatores que contribuem para essa situação, entre eles, o fato de que elas correm mais risco de serem infectadas pelo coronavírus, já que representam 70% dos trabalhadores de saúde em todo o mundo. No Brasil, as mulheres correspondem a 80% da força de trabalho na área de enfermagem (Conselho Nacional de Secretarias

Municipais de Saúde) e 78,9% da força de trabalho total na área de saúde (Atlas do Estado Brasileiro, IPEA).

Maioria entre os profissionais de saúde, as mulheres estão na linha de frente do combate à Covid-19, mais expostas à contaminação e sofrem com a inadequação dos equipamentos de proteção individual (EPIs). Também estão mais sujeitas a outros riscos ocupacionais, que incluem excesso de horas trabalhadas, fadiga, *burnout* e violência psicológica (OMS). Na Espanha e Itália, a maioria dos profissionais da área que foram infectados pelo coronavírus em abril eram do sexo feminino: 72% e 66% (ONU).

Isolamento social e o aumento da violência doméstica

Com o isolamento social, as mulheres que já viviam em situação de violência doméstica foram obrigadas a permanecer mais tempo em casa com os maridos e companheiros. Em muitos dos casos, elas pertencem a famílias que vivem em condições precárias e que tiveram redução drástica na renda mensal logo no início da pandemia. A situação complexa levou ao aumento de casos de violência e, ao mesmo tempo, à redução no número de denúncias pela impossibilidade dessas mulheres saírem da própria casa, buscarem ajuda ou buscarem medidas de proteção.

No dia 27 de abril, o Fundo de População das Nações Unidas previu 31 milhões de casos de violência doméstica no mundo se o isolamento continuasse pelos seis meses seguintes. Os números até ali já eram impressionantes: 243 milhões de mulheres e meninas, entre 15 e 49 anos, tinham sofrido algum tipo de violência psicológica ou sexual de seu companheiro ou marido nos 12 meses anteriores (ONU Mulheres). Entre os fatores de risco no contexto da pandemia, podemos destacar o aumento das tensões em casa com o confinamento e problemas econômicos, maior vulnerabilidade com a renda reduzida e a sobrecarga de tarefas, além do acesso limitado aos serviços de saúde e justiça.

Na China, primeiro epicentro do coronavírus, ativistas de direitos humanos afirmaram que as denúncias de agressão a mulheres no ambiente familiar triplicaram durante o período do confinamento. Na Europa, os serviços de emergência registraram um aumento de até 60% nas denúncias de vítimas de violência doméstica (WHO/Europe) e durante o *lockdown* na Itália, houve um aumento de 73% no número de chamadas para a maior linha telefônica de apoio à violência contra as mulheres do país, em comparação ao mesmo período no ano anterior. Das vítimas que entraram em contato com o telefone 1522, 45,3% disseram ter receio da sua própria segurança ou de morrer. Ao mesmo tempo que as chamadas aumentaram, houve uma queda de 43% nas denúncias das agressões por conta das limitações de mobilidade. (Instituto Nazionale di Statistica). Ou seja, as mulheres passaram a ser mais agredidas e, concomitantemente, tiveram maior dificuldade de recorrer às autoridades.

A violência contra a mulher também virou uma questão generalizada

e igualmente preocupante em outros países. A Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e Empoderamento da Mulher noticiou no dia 7 de abril que autoridades, ativistas e membros da sociedade civil do Canadá, Alemanha, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos reportaram aumento na demanda por abrigos de emergência e nas denúncias de agressões. Países como Singapura e Chipre tiveram um crescimento de 33% e 30%, respectivamente, em chamadas na linha de apoio às vítimas e na França o número de casos de violência doméstica subiu 30%.

Na América Latina, o cenário não foi diferente. A procura pelo serviço de emergência 137 para vítimas de abuso teve um aumento de 67% no mês de abril em comparação ao ano anterior na Argentina. Na Colômbia, os atendimentos no disque-denúncia nacional aumentaram cerca de 130% durante os 18 primeiros dias da quarentena. Já no México, as queixas de violência doméstica à polícia aumentaram cerca de um quarto (mês de março, em relação a 2019) e o aumento dos crimes contra as mulheres foi de 60% em relação ao mês anterior (Organização México Evalúa).

Considerado um dos países mais violentos do mundo para as mulheres e quinto no ranking dos países com as maiores taxas de feminicídios (Organização Mundial da Saúde), o Brasil viu o número de casos explodir já no início da pandemia: o aumento foi de 22,2% entre março e abril de 2020 (Fórum Brasileiro de Segurança, FBSP). Cinco anos antes, a lei 13.104/2015 tinha alterado o código penal e qualificava o feminicídios, crime praticado contra mulheres em razão da condição de ser do sexo feminino, como hediondo, além de aumentar as penas para entre 12 e 30 anos.

Quando a quarentena já vigorava em todos os estados do Brasil, a Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência teve aumento na procura do serviço no mês de abril em 37,6% em comparação ao mesmo período do ano anterior. Criado em 2005, o atendimento telefônico que funciona pelo número 180 tem como objetivo orientar as mulheres sobre seus direitos e em casos de denúncias ou relatos de violência.

Entre os dias 20 de março e 13 de abril, os pedidos de socorro vindo de dentro de casa aumentaram 20% em São Paulo (FBSP). No Rio de Janeiro, houve um crescimento de 50% no número de casos registrados no plantão judiciário da cidade no primeiro fim de semana de isolamento. No entanto, uma análise com dados de 12 estados mostrou que os registros de ocorrência relacionados a violência sexual (incluindo crimes de estupro e estupro de vulnerável) tiveram redução média de 28,2%, o que pode estar relacionado à dificuldade das vítimas em registrar as ocorrências (FBSP). No primeiro semestre de 2020, o número de registros de violência doméstica feitos nas delegacias caiu 9,9% em relação ao mesmo período no ano anterior (Anuário Brasileiro de Segurança Pública).

Por conta do isolamento social, as delegacias de alguns estados brasileiros, como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo, implementaram e/ou ampliaram seus serviços online. Registros de ocorrências em

casos de violência doméstica e pedidos de medida protetiva de urgência passaram a ser feitos, pela primeira vez, também através da internet.

Maria da Penha e os avanços nas leis durante a pandemia

País considerado um dos mais violentos do mundo e onde uma em cada quatro mulheres enfrentou algum tipo de violência no ano de 2018 (Fórum Brasileiro de Segurança), o Brasil tem uma lei que é considerada um dos marcos legislativos mais avançados do mundo. A Lei Maria da Penha (nº 11.340/2006) recebeu este nome em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que sobreviveu a duas tentativas de assassinato pelo então marido. Uma delas, um tiro à queima roupa pelas costas enquanto dormia, a deixou paraplégica, em 1983. Maria da Penha passou 20 anos buscando Justiça. O colombiano Marco Antonio Heredia Viveros foi julgado e condenado duas vezes, mas nunca preso. O caso então foi abraçado por duas organizações internacionais de direitos humanos (Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional e Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher) e chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. Ao condenar o Brasil, em abril de 2001, a Corte determinou que o país prendesse Viveros.

A Lei Maria da Penha, que tem o objetivo de punir com mais rigor os agressores contra as mulheres, foi sancionada no dia 7 de agosto de 2006 pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Ela trouxe importantes inovações, como as medidas protetivas de urgência para as vítimas e a tipificação e a definição da violência doméstica e familiar contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. A pena para esse crime que era de, no máximo, um ano passou para três anos. Além disso, determinou o encaminhamento das vítimas e seus dependentes para programas de serviços de proteção e de assistência social. A violência contra a mulher passou a ser responsabilidade então do Estado – e não mais uma questão familiar.

Serviram de base para a lei no Brasil documentos de importantes conferências internacionais, como a Conferência de Viena, de 1993, e a Convenção de Belém do Pará, de 1994. Em 2011, o relatório da ONU Progresso das Mulheres do Mundo citou a lei como uma das pioneiras no mundo na defesa dos direitos das mulheres, que foi considerada uma das três mais avançadas do mundo.

Desde a sua criação, a Lei Maria da Penha teve algumas alterações importantes. Em 2017, a Lei 13.505 estabeleceu que as vítimas deveriam ser, preferencialmente, atendidas por policiais e peritos do sexo feminino. No ano seguinte, uma nova lei tipificou o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (13.641/2018) e outra (13.772/2018) reconheceu que o registro (fotos, vídeos) não autorizado de conteúdo de caráter íntimo e privado da mulher configura violência doméstica.

Em 2019, novas alterações foram feitas: a autorização, em alguns ca-

sos específicos, da aplicação de medida protetiva de urgência (13.827/2019); ressarcimento financeiro pelos danos causados dos agressores às vítimas (13.871/2019); a previsão de apreensão de arma de fogo sob posse do agressor em casos de violência doméstica (13.880/2019); garantia de matrícula dos dependentes da vítima em instituição básica mais próxima do seu domicílio (13.882/2019) e previsão da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher para ação de separação, divórcio, anulação ou dissolução da união estável (13.894/2019).

No ano de 2020, em plena pandemia do novo coronavírus e no ano que a lei completa 14 anos, foram duas as alterações. A primeira (13.984/2020) tornou obrigatório que os agressores frequentem centros de educação e de reabilitação, assim como o acompanhamento psicossocial. A segunda (14.022/2020) garante o funcionamento das redes de proteção e de assistência às vítimas durante a pandemia e inclui no grupo crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência. Além disso, assegura que o registro de ocorrência nesses casos possa ser feito também por meio eletrônico ou por um número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública.

A tecnologia como aliada na luta contra a violência contra a mulher

Nos últimos anos, o Brasil vem desenvolvendo soluções tecnológicas com o objetivo de ajudar no combate à violência doméstica. São inovações como botões do pânico, aplicativos para celular e outras ferramentas digitais que podem acionar diretamente à polícia ou redes de proteção, prestar a primeira assistência e indicar atendimento especializados próximo ao local onde a vítima se encontra.

Em 2013, o estado do Espírito Santo implementou, de forma pioneira, o “botão do pânico”. Ao ser acionado pela vítima, o dispositivo permite que a polícia saiba onde o chamado foi feito e possa fazer o atendimento em minutos. O equipamento, fruto de um projeto do Tribunal de Justiça do Estado em parceria com a Prefeitura, também grava áudios que podem ser usados como provas contra o agressor. No mesmo ano, o dispositivo foi adotado na cidade de Londrina, no estado do Paraná. O botão tinha o formato de um *pager* com um chip de uma operadora telefônica e sensor de GPS. A tecnologia foi ampliada para outros estados brasileiros, como Goiás, Maranhão, Bahia, Santa Catarina e Mato Grosso.

Dados assustadores de violência doméstica também levaram o Piauí a adotar o botão do pânico, que foi implementado, inicialmente, em três cidades. O estado inaugurou a primeira delegacia de feminicídios do Brasil antes mesmo da tipificação do crime em lei (13.104/2015), em março de 2015. No mesmo ano, foi implementado o Núcleo de Estudo e Pesquisa em Violência de Gênero da Polícia Civil e teve início um mapeamento dos índices de criminalidade, já considerando o feminicídio.

Sendo o aparelho celular acessível as mais diferentes classes sociais, os aplicativos tornaram-se importantes ferramentas no combate à violência

contra a mulher. Dados divulgados em abril de 2020 mostravam que 79,3% dos brasileiros com 10 anos ou mais tinham aparelhos celular para uso pessoal. Destes, 88,5% tinham acesso à internet por meio deles (PNAD Contínua TIC). Em 2019, o mercado oficial de celulares registrou a venda de 48,6 milhões de aparelhos, uma alta de 3,3% em relação ao ano anterior.

O Salve Maria, *app* com três botões (pânico, denúncia e informação) foi lançado no Piauí em 2017. A sua criação se deu depois de um estudo, a partir dos inquéritos de feminicídios do estado, que mostrou que a maioria dos casos acontecia em casa e durante a noite e madrugada dos finais de semana, quando as Delegacias da Mulher estavam fechadas. Em junho de 2019, o aplicativo já tinha sido baixado 26 mil vezes e foram feitas cerca de 1 mil denúncias – a maior parte de casos de violência física.

Em 2018, Secretaria de Segurança Pública do Amazonas (SSP-AM), em parceria com a Secretaria de Estado e Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (Sejusc), lançou o Alerta Mulher, *app* que funciona como um botão do pânico e permite um primeiro contato com a vítima por meio do *chat*. No Amapá, o SOS Mulher foi desenvolvido e apresentado no mesmo ano pelo Departamento de Tecnologia da Informação do Ministério Público em parceria com a Prefeitura de Macapá. Em 2019, foi a vez do SOS Mulher Paraíba, que encaminha as informações registradas pelas usuárias para o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, que fica encarregado de providenciar as investigações.

Com o aumento de casos de violência durante o ano 2020, outras ferramentas tecnológicas foram desenvolvidas e/ou adaptadas para ajudar as vítimas durante a pandemia da Covid-19. Entre os destaques estão:

Justiceiras

O Justiceiras foi lançado em abril e reúne voluntárias com formações interdisciplinares (advogadas, médicas, assistentes sociais, psicólogas, entre outras profissões) que dão orientações gratuitas a mulheres em situação de violência doméstica. O primeiro contato é feito por meio de um número de WhatsApp. O link para um formulário é enviado e, depois de preenchido, cada caso é encaminhado para que as voluntárias entrem em contato com quem procurou ajuda.

Até o dia 24 de maio foram atendidas 605 mulheres de diferentes partes do país. Destes contatos, 59% vieram do estado de São Paulo, 40% tinham entre 31 e 40 anos, 15% consideravam seus casos emergenciais, mas 49% nunca tinham denunciado o agressor antes. Oito em cada dez relataram que as agressões aconteceram em casa e um quarto afirmou que a violência acontecia também por meios digitais (WhatsApp e redes sociais). Um quarto das mulheres que procuram ajuda revelou que tinham dificuldades para realizar o pedido de ajuda porque os seus companheiros ou maridos têm acesso ao celular delas. A violência psicológica atinge a grande maioria das mulheres

(86%), seguido de ameaça (41%), violência física (39%), patrimonial (28%) e sexual (10%).

Um mês após o seu lançamento, o serviço foi ampliado com o “Botão Justiceiras”, que foi adicionado ao aplicativo de *delivery* Rappi. No mês seguinte já eram 2.400 vítimas atendidas e 3.840 voluntárias cadastradas.

Chatbox do Instituto Avon e Uber

O Instituto Avon, também por meio de um número de WhatsApp, lançou em abril um serviço de *chatbox* em parceria com o aplicativo Uber. Por meio dessa “caixa de diálogo”, é feito um atendimento através de uma assistente virtual e o rastreamento das necessidades da vítima, assim como o nível de risco a que ela está exposta. São passadas orientações gerais e informações sobre centros de atendimento, abrigos, hospitais e delegacias da mulher. Caso precise, o Uber oferece uma corrida gratuita à vítima até o destino do socorro.

A ação integra o Você Não Está Sozinha, um plano de ações coordenadas em parceria com mais de dez instituições da iniciativa privada, sociedade civil e setor público, como rede de apoio psicológico e jurídico, mapeamento online de serviços públicos que contribuam para o enfrentamento à violência de gênero e um fundo de emergência para abrigos provisórios para as vítimas.

SOS Mulher Paraíba

Lançado em 2019, o SOS Mulher Paraíba teve um aumento considerável de acessos durante os primeiros meses da pandemia: as denúncias no estado cresceram em 105,6% no primeiro mês de isolamento social em relação ao mês anterior. O período analisado pelo aplicativo SOS Mulher PB é de fevereiro a 21 de abril. No primeiro mês de análise (21 de fevereiro a 21 de março) foram 142 denúncias. No seguinte (21 de março a 21 de abril), já com o isolamento social em vigência, foram 292 denúncias. O aplicativo também registra queixas de violência física, sexual e patrimonial. A violência física sofreu um aumento de 53,3% durante o isolamento social enquanto a sexual aumentou 54,5% e a patrimonial 97%.

Em setembro de 2020 foi aprovado pela Assembleia Legislativa da Paraíba o projeto que institui o serviço de denúncia de violência contra a mulher via número do aplicativo WhatsApp. Através do aplicativo de mensagens a vítima enviar vídeos e fotos referentes à denúncia.

Isa.bot

Isa.bot é o nome do robô virtual criado para ajudar as vítimas de violência na internet e que pode ser acionado pelo Messenger do Facebook. No fim de abril de 2020, a ferramenta ganhou uma atualização com informações e recursos para mulheres em situação de violência doméstica. Além do Facebook, é possível usar o Google Assistente dizendo ou escrevendo: “OK Google, fa-

lar com Robô Isa”. A partir daí, a Isa.bot pode dar informações importantes, como os números da Polícia outras linhas telefônicas de apoio. Em abril de 2020, 69 mil mulheres já tinham sido atendidas pela ferramenta, que foi criada pelas ONGs Think Olga, Mapa do Acolhimento e Nossas.Org, e com apoio do Facebook, Google e ONU Mulheres.

Direitos Humanos Brasil

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos ampliou os seus canais para denúncias em abril. Além do Disque 100 e do telefone 180, lançou o aplicativo Direitos Humanos Brasil. Pelo *app*, disponível para IOS e Android, é possível fazer uma denúncia depois de um rápido cadastramento com e-mail e CPF. Além do relato por escrito, a vítima pode também adicionar fotos, vídeos e documentos. Em outubro, denúncias sobre violações de direitos humanos e de violência contra a mulher passaram a ser feitas também por um número de WhatsApp. Analisadas, elas são encaminhadas para os órgãos de proteção e defesa.

Magazine Luiza

No Dia Internacional da Mulher em 2019, a empresa Magazine Luiza, uma das maiores varejistas do Brasil, anunciou a criação de um novo botão em seu aplicativo com a finalidade de denunciar casos de violência contra a mulher. Ao clicar no botão, é possível escolher entre ligar para o 180 Central de Atendimento à Mulher, para o 190 (casos de emergência) ou abrir um *chat* para o atendimento via Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Durante a pandemia, a empresa divulgou o botão em todas as suas redes sociais, que tem milhões de seguidores (em outubro, mais de 4 milhões no Instagram e 13 milhões no Facebook). Em maio, o aplicativo Magalu registrou um aumento de 400% de acessos no botão de denúncia em relação ao mesmo mês no ano anterior.

Mete a Colher

Lançado em 2017 com a ajuda de um financiamento coletivo que arrecadou R\$ 47 mil em 45 dias, a *startup* Mete a Colher tem o propósito de conectar mulheres que estejam sofrendo com um relacionamento abusivo, seja através de apoio psicológico, orientação jurídica ou ajuda na inserção no mercado de trabalho. Em um ano e meio, a rede, que funciona através de plataformas e redes sociais digitais, reuniu 14 mil usuárias e 2 mil pedidos de ajuda. Com o intuito de ampliar a sua atuação, a *startup* criou um produto específico para empresas chamado Tina, que oferece atendimento online para colaboradoras que sofrem violência doméstica, sexual ou laboral. Estudo de 2019 mostrou que as vítimas de agressões faltam, em média, 18 dias de trabalho por ano, o que gera uma perda anual de R\$ 1 bilhão ao Brasil (Universidade

Todas Por Uma

O aplicativo Todas Por Uma foi lançado em setembro de 2020 e começou a ser desenvolvido como trabalho de conclusão de um estudante do curso técnico de Desenvolvimento de Sistemas. Mateus de Lima Diniz cresceu vendo o pai agredir a mãe, que só rompeu o ciclo de violência depois de 30 anos de casamento. Em dois meses, o *app* já tinha cerca de 5 mil usuárias do Brasil e de outros doze países, como Colômbia, Alemanha e Irlanda. Elas podem cadastrar o número de telefone de um anjo – uma pessoa de confiança que vai receber um pedido de socorro com o endereço onde a vítima está – e também marcar os locais onde foram agredidas ou assediadas, criando um mapa acessível para as outras mulheres. Além disso, o usuário pode consultar informações como quais são os tipos de violência contra a mulher e onde ficam são as delegacias mais próximas.

Considerações finais

Não há dúvidas de que, desde a criação da Lei Maria da Penha e com todas as suas alterações ao longo dos anos, foram muitos os avanços em relação as políticas públicas e o enfrentamento à violência doméstica no Brasil. A lei é considerada uma das pioneiras e mais avançadas no mundo na defesa dos direitos das mulheres e inspira iniciativas públicas e privadas em todo o país. No entanto, em um cenário de pandemia tão preocupante como a da Covid-19, em que as mulheres se encontram em posição extremamente desfavorável, é de fundamental que decisões sejam tomadas com rapidez e iniciativas sejam apoiadas para reduzir tamanhas desigualdades.

No Brasil, temos inúmeros desafios à frente. Ferramentas como botões do pânico e aplicativos para celular que permitam o acionamento das redes de proteção ou polícia e outras informações importantes são recursos valiosos, mas que deveriam funcionar também em formatos *off-line*. Dados divulgados em abril de 2020 mostraram que uma em cada quatro pessoas no Brasil ainda não tem acesso à internet – em áreas rurais o índice chega a 53,5% (PNAD Contínua TIC). É importante também que as ferramentas sejam realmente seguras para as usuárias e não deixem rastros, já que um quarto das vítimas afirma que os agressores têm acesso aos seus celulares (Justicieras, 2020).

Se comprovadamente eficazes, as iniciativas públicas poderiam ser sempre atualizadas e continuadas a despeito de mudanças de gestão. No Espírito Santo, por exemplo, quando em 2019 eram 1.299 prisões em flagrante, cerca de 14 mil boletins de ocorrência e mais de 7,3 mil medidas protetivas de urgência (Secretaria Estadual de Segurança Pública), apenas 14 mulheres usaram o botão do pânico citado anteriormente, que tinha sido criado 6 anos antes, em 2013. A explicação do secretário de Cidadania, Direitos Humanos e Trabalho da capital naquele momento foi que a capacidade de atendimento máxima era de 40 mulheres e que o uso não poderia ser aplicado em todos os casos.

Como afirmou Phumzile Mlambo-Ngcuka, vice-secretária da ONU e diretora da ONU Mulheres no início da pandemia, são as mulheres as mais vulneráveis aos impactos causados pela Covid-19. Elas representam a maioria entre os profissionais de saúde, desempenham papéis múltiplos, mal remunerados e são as que mais sofrem com a violência doméstica e o abuso sexual. Segundo ela ainda, são necessárias estratégias de mitigação que foquem nos impactos econômicos e na saúde das mulheres, que devem “ser beneficiárias prioritárias da ajuda e parceiras nas construções de soluções a longo prazo”. Enfim, há um longo caminho a ser percorrido, onde é preciso ainda avançar nas garantias de proteção, direitos e onde é fundamental lutar pelo cumprimento das leis já existentes no Brasil e em todo mundo.

Referências

A lei na íntegra e comentada. Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/lei-maria-da-penha-na-integra-e-comentada.html>. Acesso em 1 de novembro de 2020.

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 1 de novembro de 2020.

ARRUDA, Isabella. Proteção limitada: apenas 14 mulheres usam o Botão do Pânico no ES. A Gazeta, 6 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/gv/protecao-limitada-apenas-14-mulheres-usam-o-botao-do-panico-no-es-0819>. Acesso em 1 de novembro de 2020.

Com o apoio da ONU Mulheres, Isa Bot ganha novos conteúdos para enfrentamento da violência doméstica na pandemia Covid-19. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/com-apoio-da-onu-mulheres-isa-bot-ganha-novos-conteudos-para-enfrentamento-da-violencia-domestica-na-pandemia-covid-19/>. Acesso em 2 de maio de 2020.

Cuarentena por coronavirus dispara violencia contra las mujeres en América Latina. DW, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/es/cuarentena-por-coronavirus-dispara-violencia-contra-las-mujeres-en-america-latina/a-53261868>. Acesso em 1 de novembro de 2020.

De janeiro a novembro, ES teve 29 vítimas de feminicídio; pesquisa da Ufes analisa o tema. G1, 2 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2019/12/02/de-janeiro-a-novembro-es-teve-29-vitimas-de-feminicidio-pesquisa-da-ufes-analisa-o-tema.ghtml>. Acesso em: 2 de maio de 2020.

EVANS, David. **How Will Covid-19 Affect Women and Girls in Low-and Middle-Income Countries?**. Center for Global Development, 16 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cgdev.org/blog/how-will-covid-19-affect-women-and-girls-low-and-middle-income-countries>. Acesso em 26 de abril de 2020.

FECHINE, Dani. Número de denúncias de violência contra a mulher aumenta mais de 100% no isolamento social, na PB. G1, 24 de abril de 2020. Disponível: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2020/04/24/numero-de-denuncias-de-violencia-contra-a-mulher-aumenta-mais-de-100percent-no-isolamento-social-na>

pb.ghml. Acesso em 7 de junho de 2020.

JONES, Lora et al. Coronavirus: a visual guide to the economic impact. **BBC News**, 30 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/business-51706225>. Acesso em: 2 de maio de 2020.

LINS, Beatriz Accioly. **Relatórios Justiceiras, 2020**. Disponível em: https://justiceiras.org.br/wp-content/uploads/2020/06/Justiceiras_24_05.pdf. Acesso em 1 de novembro de 2020.

Novo epicentro da pandemia de Covid-19, América Latina vê números de violência doméstica e feminicídios dispararem. *O Globo*, 12 de junho de 2020. Disponível: <https://glo.bo/3kQzAhE>. Acesso em 1 de novembro de 2020.

PETERMAN, Amber et al. COVID-19 and Violence against Women and Children: A Second Research Round Up. Center for Global Development, Setembro, 2020. Disponível em: https://www.cgdev.org/publication/covid-19-and-violence-against-women-and-children-second-research-round?utm_source=200929&utm_medium=cgd_email&utm_campaign=cgd_weekly. Acesso em 1 de novembro de 2020.

PETERMAN, Amber et al. **Pandemics and Violence Against Women and Children**. Center for Global Development, Abril, 2020. Disponível em: <https://www.cgdev.org/sites/default/files/pandemics-and-vawg-april2.pdf>. Acesso em 7 de junho de 2020.

Speciale Emergenza Covid-19. **Istituto Nazionale di Statistica**. Disponível em: <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/speciale-covid-19>. Acesso em 7 de junho de 2020.

TAUB, Amanda. A New Covid-19 Crisis: Domestic Abuse Rises Worldwide. **New York Times**, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html?action=click&module=Spotlight&pgtype=Homepage>. Acesso em 26 de abril de 2020.

Timeline of WHO's response to COVID-19. World Health Organization, 29 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline>. Acesso em: 1 de novembro de 2020.

TOKARNIA, Mariana. Celular é o principal meio de acesso à internet no país. **Agência Brasil**, 29 de abril 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 7 de junho de 2020.

UCHOA, Pablo. Como sobrevivi a duas tentativas de assassinato pelo marido e mudei as leis do Brasil. *BBC Brasil*, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37428515>. Acesso em 1 de novembro de 2020.

UNFPA. Impact of the COVID-19 Pandemic on Family Planning and Ending Gender-based Violence, Female Genital Mutilation and Child Marriage. 27 de abril de 2020. Disponível em: https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_impact_brief_for_UNFPA_24_April_2020_1.pdf. Acesso em 1 de junho de 2020.

UN backs global action to end violence against women and girls amid COVID-19 crisis. UN News, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/04/1061132>. Acesso em 2 de maio de 2020.

UN chief calls for domestic violence ‘ceasefire’ amid ‘horrifying global surge’. UN News, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/04/1061052>. Acesso em 2 de maio de 2020.

UN Women. Covid-19 and Ending Violence Against Women and Girls. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/issue-brief-covid-19-and-ending-violence-against-women-and-girls-en.pdf?la=en&vs=5006>. Acesso em 6 de junho de 2020.

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. **Aplicativo “Salve Maria”**: etnografia e perspectivas. Piauí. Secretaria de Segurança Pública do Governo do Estado do Piauí, 2018.

Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19. 29 de maio de 2020. Disponível em: <http://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em 1 de junho de 2020.

Violenza di genere al tempo del Covid-19: Le chiamate al numero verde 1522. Disponível em: <https://www.istat.it/it/archivio/242841>. Acesso em 7 de junho de 2020.

WENHAM, Clare et al. Covid-19: the gendered impacts of the outbreak. **The Lancet**, 6 de março de 2020. Disponível em [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30526-2/fulltext#.XmLyVilQoCY.twitter](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30526-2/fulltext#.XmLyVilQoCY.twitter). Acesso em: 6 de junho de 2020.

MULHERES NA POLÍTICA: DESIGUALDADE DE GÊNERO NA REPRESENTAÇÃO PARLAMENTÁRIA BRASILEIRA E ARGENTINA

Gabriela Soares Balestero

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires, Doutoranda em História Social pela Universidade Federal de Uberlândia, Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestranda em Educação pela Must University, especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogada graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Licenciada em Sociologia pela Unip. Professora da Faculdade Pitágoras/Unopar de Pouso Alegre/MG, Professora na SEE/MG de Sociologia

Resumo:

O artigo questiona a discriminação da mulher no cenário político brasileiro diante da ausência de equiparação, de fato, no tange à igualdade de chances e a acesso a cargos públicos. Isso viola o disposto no artigo 5º, inc. I da Constituição Federal, que prevê a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações. É necessária uma mudança da mentalidade para que realmente haja a quebra dos estereótipos de identidade de gênero ainda existentes.

Palavras-chave: Discriminação; Equiparação; Igualdade de gênero; Acesso.

Introdução

A presente pesquisa tem como objeto analisar criticamente o problema da desigualdade de gênero na representação política brasileira. Possui como justificativa da relevância temática o problema da representação política parlamentar das mulheres no cenário político brasileiro, pois é notório que mulheres e homens acessam posições de poder político de diferentes maneiras.

Com a pesquisa pudemos constatar que enquanto os últimos ocupam cargos de gerência ou de tomada de decisão, as mulheres continuam sendo relegadas a cargos inferiores. Isso é evidente na política brasileira, especialmente no parlamento, onde os níveis de representação feminina são os mais baixos da região, mas também é um desafio em países como a Argentina, apesar das mais recentes reformas estabelecidas no sistema de cotas e paridade.

Como metodologia, esta pesquisa combinará análise teórica com o estu-

do e avaliação crítica de dados estatísticos e legislação. Assim, juntará a análise estritamente teórica da bibliografia específica sobre o assunto e a bibliografia geral sobre gênero e representação, elementos de análise da ciência política e sociologia política sobre sistemas e cotas eleitorais.

As hipóteses levantadas são: a) a baixa representação das mulheres nos poderes do governo indica uma forma de desigualdade incorporada no sistema político; b) que a construção da desigualdade de gênero na política, principalmente nos parlamentos, ocorre tanto nos aparatos estatais (ainda sexistas) quanto nas relações sociais e subjetivas (no imaginário), na vida material das pessoas, sendo necessário o debate sobre o assunto; c) que a maior presença feminina nos espaços de poder fará com que o grupo de tomadores de decisão se torne mais diversificado e, portanto, semelhante ao corpo social.

Mulheres e a cota partidária

Inicialmente, vale destacar que a denominação minorias não está relacionada com a qualquer quantidade numérica e sim com um grupo de pessoas que se diferenciam da maioria, seja em virtude de algumas particularidades religiosas, étnicas ou grupos de pessoas com desejos em oposição aos da maior quantidade numérica. Ademais, o termo minorias também pode se referir a determinados grupos que não estão no poder ou que não possuem mecanismos democráticos de acesso ao poder ou de serem ouvidos por aqueles que detêm o poder.

A existência de um grupo minoritário na população de um país evidencia-se exatamente mediante a verificação de diferenciais nos atributos fundamentais de homogeneidade que se reúnem para a constituição de um povo – conforme a concepção clássica que o assume como o “conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente”. Portanto, é na manifestação de características discrepantes em quesitos tão primordiais à identidade e à virtual unidade de um povo – sua origem étnica, sua orientação religiosa e sua uniformidade linguística; elementos que o constituem como ente singular em relação aos demais povos do mundo –, que uma minoria destaca-se e torna-se visível dentre a totalidade da população (Cláudia Giovannetti Pereira dos ANJOS, 2009, p. 331-332).

Ademais, o conceito de minorias está diretamente relacionado com a subjugação, ou seja, sempre que houver exclusão ou subjugação¹ de um grupo

¹ “Um grupo numericamente inferior, possuidor de características étnicas, religiosas ou linguísticas peculiares, as quais deseja preservar – essa combinação de elementos encontra na ideia de subjugação o complemento necessário à definição de minorias. De fato, é a constatação de que uma parcela étnica, religiosa ou linguisticamente diferenciada da população de um país está submetida a algum tipo de dominação política por parte do grupo majoritário o dado que aperfeiçoa a conceituação de minoria, dando-lhe um significado mais socialmente relevante, uma vez que é o que estabelece a real problemática do assunto. Exatamente: a importância da atenção ao tema das minorias não decorre da simples manifestação da diversidade representada

em face da sociedade. De igual modo, vincula-se também ao critério numérico e às particularidades e diferenças na sociedade a que pertencem.

A expressão grupos vulneráveis estaria ligada à questão de poder perante a sociedade e à exclusão social como a que ocorre com os idosos, os deficientes, as crianças, os homoafetivos e as mulheres.

Nesse sentido, as mulheres podem ser consideradas um grupo minoritário diante da relação de subjugação, sendo submetidas à dominação política predominantemente masculina e, ao mesmo tempo, um grupo vulnerável, sujeito à exclusão social.

Inicialmente, o modelo neoliberal tentou impor uma igualdade formal² para tentar garantir à mulher iguais chances e acesso ao mercado de trabalho, ao prestígio social e ao poder político.

Contudo, tal igualdade, pregada de modo formal, infelizmente ainda não ocorre. Tal situação pode ser percebida pelo grande número de mulheres nas faixas salariais mais baixas, gerando uma nova forma de discriminação, ou seja, a existência de obstáculos à figura feminina no acesso a melhores salários e cargos. Portanto, é necessária uma mudança na compreensão paradigmática do direito (HABERMAS, 2007, p. 304).

A proteção contra a obstrução não basta; a correção das desigualdades devidas à diferença de peso social é exigida pela regra de justiça. A tolerância assume então um sentido positivo: à abstenção acrescenta-se o reconhecimento do direito de existência das diferenças e do direito às condições materiais de exercício de sua livre expressão (RICOEUR, 1995, p. 180).

Em relação à ocupação de cargos públicos, verifica-se que as mulheres brasileiras, embora representem 52% da população, ocupam apenas 9% das cadeiras no Parlamento e nos ministérios apenas 11% dos cargos de chefia e comando (Maria NEVES, 2007). Também nunca houve a participação de deputadas ou de senadoras nas Mesas Diretoras do Senado e nem da Câmara. Até 2010, nenhuma mulher havia ocupado a Presidência da República².

Nos Estados Unidos, Ruth Bader Ginsburg, a primeira candidata proposta pelo presidente Clinton para a Corte Suprema, desenvolveu a sua car-

pelas minorias existentes numa população; essa importância reside precisamente na ênfase conferida pelos estudiosos à situação de submissão dos integrantes do grupo minoritário aos desígnios da maioria. Neste contexto, é precisamente por se evidenciar a posição não dominante das minorias que se oferece a motivação para que se procure garantir a proteção das mesmas” (Cláudia Giovannetti Pereira dos ANJOS, 2009, p. 332).

- 2 “Paradoxalmente, em situações de vulnerabilidade, e durante os processos de reformas, as mulheres conseguiram o reconhecimento jurídico e a igualdade formal em todos os países da região. A maioria dos Estados ratificou os principais tratados de direitos humanos, com a posterior adequação dos marcos jurídicos nacionais aos instrumentos internacionais. Houve também a implementação de medidas de ações afirmativas, o reconhecimento de direitos reprodutivos, a criação generalizada de mecanismos jurisdicionais para impulsionar políticas equitativas. As organizações de mulheres com suas antigas lutas interferiram para instalar uma agenda de gênero, buscando consolidar estratégias e políticas-chave na promoção da igualdade e estabelecer o debate da cidadania para homens e mulheres.” (Laura PAUTASSI, 2007, p. 71).

reira lutando pelos direitos das mulheres. Da mesma maneira, as batalhas por acordos entre dois candidatos republicanos, Clarence Thomas e Robert Bork, tiveram em seu bojo temas feministas.

Quando o Chile elegeu sua presidente, Michelle Bachelet, pensamos: isso dificilmente ocorrerá no Brasil, pelo menos nos próximos anos. Ainda mais porque ela, Bachelet, além de mulher, é divorciada e socialista. Tudo isso já a tornava improvável em seu próprio País, católico de tipo mais conservador que o Brasil. E então, em 2010 eis que o Brasil elege sua primeira ‘Presidente’, também com orientação de esquerda e também divorciada. Por mais que sua eleição tenha laços com os êxitos econômicos e sociais do Governo de que ela fazia parte e ainda, por mais carismático que o Presidente que lhe indicou tenha sido, a vitória de uma mulher para o cargo mais alto da República é um fato que merece algumas considerações” (BAHIA, 2010, p. 5).

No outono de 1991, aquele país estava tomado por denúncias de abuso sexual apresentadas por Anita Hill contra o juiz Clarence Thomas. A derrota de Robert Bork em 1987, um dos feitos mais importantes na história constitucional contemporânea, foi motivada por sua posição a respeito de dois casos que são fundamentais para o feminismo: o caso *Griswold vs Connecticut*³ e *Roe vs Wade*.

Las feministas recorrieron un camino teórico paralelo al del movimiento de los derechos civiles en su interpretación de la igualdad. El feminismo comenzó con un ataque a la discriminación; condeno aquellas políticas y prácticas por las cuales un hombre es elegido para un trabajo o un cargo en la universidad simplemente porque es un hombre. Los feministas proclamaron una regla unívoca para ambos sexos y demandaron que las personas no fueran juzgadas o discriminadas en base a su sexo. Esta era la posición dominante del feminismo en los años setenta y es conocida como <feminismo liberal>. Pero a medida que el movimiento maduro, un objetivo más ambicioso se hizo evidente – terminar con la subordinación de las mujeres como grupo – y éste es el objetivo que define hoy al movimiento. (FISS, 1992, p. 323).

O movimento feminista está preocupado com a questão da igualdade das mulheres, da discriminação e, principalmente, com as hierarquias, pois a subordinação das mulheres a um grupo tende a criar e a perpetuar uma hierarquia de gênero.

A competição entre candidatos que pleiteiam a eleição a um cargo público deve ocorrer de forma equilibrada entre os sexos, para não haver o domínio de somente uma identidade de gênero.

Vale destacar que o Brasil está na 86ª posição no ranking mundial e na 67ª posição na classificação geral no que se refere ao acesso feminino a cargos públicos do Poder Executivo, como em ministérios e cadeiras no Parlamento,

3 O caso *Griswold* estabeleceu um direito à privacidade e o utilizou para permitir o acesso a meios de controle de natalidade.

abaixo de países como Sri Lanka, Argentina, Jamaica e Paraguai (cf. Maria NEVES, 2007). A Argentina recentemente aprovou a lei da paridade de gênero, o que representou um importante passo para a equidade de gênero naquele país.

Como já referido, entrou em vigor a Lei 9.504/97, que obriga os partidos a reservar às mulheres pelo menos 30% de suas candidaturas aos legislativos federal, estadual e municipal. Contudo, a lei obriga os partidos a ter candidatas, mas não os obriga a repassar recursos para as campanhas delas, ou seja, não obriga que haja o apoio financeiro às candidatas femininas e nem prevê nenhuma sanção no caso do não cumprimento da norma.

As dificuldades de acesso das mulheres ao poder também se devem ao fato de o Brasil ainda ser um país sexista⁴, em que a participação feminina na vida pública é recente, destacando o fato de que o direito ao voto feminino, por exemplo, só foi conquistado em 1932, com o Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que instituiu o Código Eleitoral Brasileiro cujo artigo segundo disciplinava que era eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma do código.

Consoante Iris Marion Young, “homens e mulheres que não são diretamente responsáveis, por meio de deliberações em comum, decisões em comum e ações em comum, pelas políticas que determinam suas vidas em comum não são realmente livres de modo algum” (Iris Marion YOUNG, 2006, p. 146-147).

A busca pela garantia e proteção de seus direitos e uma efetiva igualdade de gênero é uma luta constante das mulheres, baseada no reconhecimento da garantia de direitos em prol do respeito, princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação.

A Constituição Federal de 1988 é clara no sentido de que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, fornecendo aos cidadãos garantias visando à proteção desses direitos, de forma que a igualdade de gênero é não é uma mera concessão e sim uma exigência pública (cf. BAHIA e NUNES, 2009, p. 58).

Portanto, nada justifica a omissão do legislativo brasileiro em relação a criação de ações afirmativas bem como de sanções efetivas aos partidos políticos por violarem a cota legal de reserva às mulheres de, pelo menos, 30% de suas candidaturas aos legislativos em todos os níveis.

4 “Qual a razão de tudo isso que apresentamos acima? Em pleno século XXI, o Brasil ainda convive com valores machistas e sexistas próprios de uma sociedade social darwinista: boa parte do ‘circulo’ feito pela imprensa e por internautas contra a candidata está diretamente relacionada com o fato de se tratar de uma mulher: a diferença de tratamento que ela recebeu e o (então) candidato Lula é considerável. A mencionada questão do aborto, por exemplo: por que não foi colocada da mesma forma quando das duas candidaturas de Lula (se é público e notório que ele é favorável à descriminalização)? Pela mesma razão, podemos explicar a reunião de setores religiosos conservadores atirando suas “pedras” contra a candidata de forma jamais vista em eleições no Brasil.” (BAHIA, 2010, p. 5).

O incentivo a práticas representativas femininas é uma ação afirmativa que propicia a inclusão política e uma identidade maior dos representantes com os representados do grupo feminino, sendo necessária uma maior mobilização do legislador no sentido de proporcionar amplitude de acesso das mulheres a cargos públicos.

A experiência argentina

A experiência argentina é altamente significativa em termos de equalização de oportunidades no campo da representação política, com uma das maiores proporções de representação feminina nos campos legislativos do mundo. O exercício pleno e pleno dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais pelas mulheres representa um dos grandes desafios da Argentina.

A luta das feministas na Argentina remonta ao final do século 19, quando as mulheres anarquistas começaram a debater práticas sexistas e reivindicar direitos. No século XX, o movimento sufragista ganhou força e em 1947 a lei do voto feminino foi aprovada com o apoio decisivo da então primeira-dama, Eva Duarte de Perón.

Na década de 1960, tanto o Brasil quanto a Argentina viveram ditaduras sangrentas, com a extinção da liberdade partidária, a intervenção nos sindicatos e a censura de jornais e outras mídias. Além disso, a resistência se organizou de forma diferente em grupos políticos armados, em universidades, em vários movimentos de mulheres.

Durante as décadas de 1960 e 1970, milhares de mulheres, especialmente mulheres jovens, se voltaram para o ativismo político nestes tempos difíceis em todo o mundo e localmente. Quanto à presença de mulheres na presidência na América Latina, a primeira presidente foi Isabel Perón, que governou a Argentina desde 1974. Ela foi a primeira mulher presidente do mundo, sucedendo seu marido Juan Domingo Perón após sua morte. Portanto, ela não foi eleita por voto direto.

Com a reabertura democrática em 1983, após sete anos de ditadura, iniciou-se um novo processo que teve entre suas referências uma das organizações de direitos humanos mais emblemáticas do mundo: as Mães e Avós da Plaza de Mayo. Mas talvez o ponto de inflexão tenha sido o primeiro Encontro Nacional de Mulheres (ENM) em 1986, em Buenos Aires. Esta primeira edição contou com a presença de mil mulheres. Desde então, acontece todos os anos em diferentes cidades e o número de participantes tem aumentado, ultrapassando sempre os 50.000 nas últimas edições.

Os ENMs são espaços que desde o início funcionaram em comitês de debate democrático, onde qualquer pessoa poderia comentar. Da mesma forma, as iniciativas aí surgidas foram tomadas por consenso. Desse espaço, várias leis aprovadas ao longo dos anos foram promovidas: cota feminina, poder familiar, divórcio. A batalha atual, aprovada em dezembro de 2020, é a busca pelo direito ao aborto legal, seguro e gratuito. Embora a legalização

tenha sido rejeitada pelo Congresso, o assunto foi debatido publicamente pela primeira vez. Nos últimos tempos, esse slogan passou a fazer parte de todas as reuniões e mobilizações do movimento feminista.

Em novembro de 1991, a Argentina foi pioneira no mundo ao sancionar a lei de Cotas Femininas para cargos legislativos nacionais. Naquele ano, antes da sanção da norma, a Câmara de Deputados renovou 130 vagas. Apenas seis mulheres foram eleitas. Na primeira eleição em que a lei de cotas passou a valer, em 1993, dos 127 parlamentares escolhidos pelo voto, 33 eram mulheres.

Em 1991, na Câmara de Deputados havia 5% de mulheres. Esse número aumenta progressivamente, mas até hoje nunca superou 40% na Casa. As leis obrigam os partidos a incorporar mulheres no momento da oferta eleitoral, isto é, as mulheres têm que aparecer nas listas. A lei de cotas opera para gerar equilíbrio nas condições de acesso (BOUERI, 2019).

Os partidos interpretaram esse mínimo de 30% da lei de cotas como um máximo. O que se observa é que em todas as legendas, independente da ideologia, a configuração de gênero era minimalista, burocrática, porque a intenção era cumprir a lei em sua expressão mínima. Isso fez com que o crescimento da participação de mulheres em espaços de representação estancasse (BOUERI, 2019).

No Senado, a lei de cotas passou a ser aplicada somente em 2001, quando toda a Casa foi renovada e, pela primeira vez, seus integrantes foram eleitos por voto direto. Até então, senadores e senadoras eram eleitos pelas assembleias legislativas estaduais. Mas, já naquele ano, as listas para o Senado passaram a ser paritárias, já que cada partido ou aliança apresenta, obrigatoriamente, uma lista com dois candidatos: uma mulher e um homem (cada província elege três representantes, dois da lista que conquistar o maior número de votos e um da segunda lista mais votada). No entanto, ao não ocupar a cabeça da maioria das listas, mulheres nunca conquistaram a mesma quantidade de cargos que homens em eleições. Se em 1983 as mulheres eram apenas três dos 48 integrantes do Senado, em 2001 elas conquistaram 26 dos 72 cargos em disputa, isto é, 36% das vagas. Hoje, o Senado argentino tem 30 senadoras, ou seja, 42% da Casa (BOUERI, 2019).

Os principais fatores que determinam a oferta de candidatos são os recursos e a motivação para a campanha eleitoral, muitas vezes divergentes. Em geral, as mulheres têm menos recursos privados (econômicos, humanos, entre outros) para investir em uma campanha política. Quanto mais alto o padrão de gastos da campanha, mais afetados os candidatos serão (BOUERI, 2019).

Entretanto, mesmo com todos os obstáculos na efetividade das leis, a Argentina se destaca no continente, pois ocupa a 18ª posição no ranking, com um percentual de 38,8% das cadeiras ocupadas por mulheres. Lá, como aqui, a Lei de Cotas (Lei de Cotas ou Lei nº 24012), introduzida em 1991, estabelece um mínimo de 30% dos candidatos. Porém, tendo em vista o sistema de lista fechada proporcional adotado no país, a lei, ao prever o respeito à ordem na lista, garante que as mulheres representem pelo menos 30% dos eleitos

(BOUERI, 2019).

Na Argentina atualmente as mulheres são 42% do Senado e 39% da Câmara dos Deputados; nova lei pode impulsionar maior representatividade, mas depende também do bom posicionamento das candidatas no sistema nominal argentino.

A lei de paridade de gênero em âmbitos de representação política foi aprovada em dezembro de 2017 pelo Congresso e regulamentada em março de 2019. Na lista de candidatos de cada partido (ou aliança) para cargos legislativos nacionais, homens e de mulheres devem aparecer de maneira intercalada e sequencial até completar o total de cargos em disputa – se uma província elege 35 deputados, como a província de Buenos Aires, a lista deve ter 35 candidatos. Na Câmara de Deputados, a quantidade de representantes é proporcional à população de cada província. No Senado, são três parlamentares por província.

Entretanto, enquanto as leis de cotas e paridade ampliaram a participação de mulheres em espaços de representação institucional do Legislativo, os homens ainda dominam nos Executivos. Atualmente, eles governam 20 das 24 províncias. Como o calendário eleitoral das unidades federativas não precisa coincidir com o pleito nacional, 14 governadores já foram eleitos em 2019, antes das eleições presidenciais e legislativas marcadas para outubro. Até o presente, 13 homens foram eleitos para governos estaduais, enquanto Rio Negro foi a única província que elegeu uma mulher.

Considerações finais

Por fim, é importante ressaltar que as lutas das mulheres são pela JUSTIÇA, LIBERDADE e IGUALDADE ENTRE TODAS E TODOS, pois, além da condição de gênero, outros marcadores sociais também se convertem rapidamente no Brasil em expressões de desigualdade, discriminação, violências e opressão: raça, etnia, classe social, geração, território, deficiências, entre outros, atravessam a condição de mulher no Brasil, produzindo experiências duríssimas de SER MULHER.

A estrutura patriarcal de dominação é refletida na participação feminina na política Brasileira. É notório que mulheres e homens possuem diferentes acessos a posições de poder. Enquanto os homens se ocupam de cargos de gestão ou de tomada de decisões, as mulheres seguem relegadas a cargos de menor importância.

Portanto, baseado nos resultados parciais alcançados entende-se que, além das modificações legislativas, é necessária a adoção de estratégias para a inclusão e o reconhecimento político do papel das mulheres, combinando a proibição de discriminação e a adoção de políticas públicas para incentivar as candidaturas femininas, que seriam ações positivas afirmativas voltadas para garantir a representação feminina além das cadeiras parlamentares, garantindo condições de trabalho e influência nas esferas parlamentares de tomada de

decisão.

Referências

AGÊNCIA CÂMARA. **PEC cria vagas para mulheres nas Mesas da Câmara e do Senado**. 09/01/2009. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/132997.html>; Acesso em: 23. nov. 2010.

ANJOS, Cláudia Giovannetti Pereira dos. O Supremo Tribunal Federal e a proteção às minorias. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Uma mulher presidente do Brasil. In: **A Tribuna Pousoalergrense**: Pouso Alegre, MG, ano V, v. 258, 06 nov. 2010, p. 5.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, NUNES, Dierle José Coelho. O potencial trans- formador dos direitos “privados” no constitucionalismo pós- 88: igualdade, feminismo e risco. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 882, 2009, p. 45-60.

FISS, Owen M. **Qué es el feminismo? Congreso del Consejo General del Poder Judicial**. Madrid, diciembre, 1992.

BOUERI, Aline Gatto. **Pioneira no mundo em adotar cotas femininas para o Congresso, Argentina terá eleições com paridade de gênero daqui a um mês**. 2019. Disponível em: <http://www.generonumero.media/paridade-genero-cotas-argentina/>. Acesso em: 28.jan.2021.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. **A nova intransparência: a crise do Estado de Bem Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas**. In: **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, n.18, set. 87, p.77-102.

_____. Entrevista de Jürgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels. In: **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, n. 47, março 1997, p. 85-102.

NEVES, Maria. **Mulheres têm pouco acesso a cargos públicos no Brasil**. Distrito Federal: Agência Câmara, 08.03.2007. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/99088.html>, acesso em 30 mai 2012.

PAUTASSI, Laura C. Há igualdade na desigualdade? Abrangência e limites das ações afirmativas. In: **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 4, n. 6, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 mai 2012.

RICOCEUR, Paul. **Leituras 1: em torno ao político. Tolerância, intolerância, intolerável**. São Paulo: Brasil, 1995.

YOUNG, Iris Marion. **Representação política, identidade e minorias**. São Paulo: Lua Nova, 67, 2006, p. 139-190.

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: UMA ANÁLISE DA ADPF 442 NO BRASIL

Carolina Baricalla Brandão

Pós-graduanda em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC/ Centro de Direitos Humanos, Universidade de Coimbra, Portugal (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – Faculdade de Direito “Laudo de Camargo” – Campus de Ribeirão Preto/SP (2018). Advogada inscrita na OAB/SP nº426.267

Resumo:

O objetivo do presente trabalho é realizar um estudo comparado sobre a descriminalização do aborto na legislação brasileira e portuguesa, elucidando o direito constitucional da mulher de decidir sobre o próprio corpo, conforme seu livre arbítrio, não cabendo ao Estado interferir na liberdade reprodutiva e no livre planejamento familiar da mulher. A partir desta análise, abordaremos as consequências no âmbito dos Direitos Humanos e como a referida proteção é garantida em cada ordenamento jurídico. Analisaremos a ADPF 442 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que visa descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez até a 12^o semana de gestação por opção da mulher, bem como abordaremos a Lei nº 16/2007, de 17 de abril, que previu tal direito em Portugal até a 10^o semana de gestação. Logo, trabalharemos no sentido de aferir quais das legislações destina-se à maior proteção e implementação dos Direitos Humanos das mulheres.

Palavras-chave: Descriminalização do aborto; Direitos Humanos das mulheres; ADPF 442; Lei nº 16/2007; Autonomia reprodutiva.

Introdução

O presente trabalho enfoca a questão da ilegalidade do aborto no Brasil e sua descriminalização em Portugal, em como o Estado brasileiro vem interferindo na liberdade individual das mulheres, impossibilitando que as mesmas tenham acesso ao aborto legal, seguro e gratuito através da rede pública de saúde, mantendo uma Lei Federal que não possui mais total aplicabilidade na sociedade brasileira, necessitando ser reformada.

Tem como premissa maior a descriminalização do aborto, por opção da

mulher, até a 12º semana de gestação, conforme proposta da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 442), interposta pelo partido político PSOL e em análise no Supremo Tribunal Federal brasileiro e como a Lei 16/2007 foi benéfica para a sociedade portuguesa, ao descriminalizar o aborto até a 10º semana de gravidez, atendendo as necessidades da geração atual.

Ao longo do artigo serão analisadas passagens pertinentes do Código Penal, da Constituição Federal, da ADPF 442, bem como a legislação referente ao aborto em Portugal, como o Código Penal português e a Lei 16/2007. Serão tratados também o contexto histórico sobre o tema, como o aborto foi abordado ao longo do tempo no Brasil e em Portugal, com o intuito de demonstrar que tanto a sociedade brasileira, como a portuguesa, sempre praticara o aborto, seja legalmente com o apoio estatal, seja ilegalmente e totalmente desamparadas.

Destaca-se que desde a antiguidade as mulheres já praticavam o aborto, por meios naturais, como chás e ervas abortivas, ou até mesmo manualmente, por introdução de objetos em seus colos uterinos, com o intuito de remover o feto, não sendo uma prática exclusiva da sociedade atual.

É de suma importância a questão da descriminalização do aborto, por opção da mulher, até a 12º semana gestacional, com a devida regulamentação jurídica, bem como com o apoio de uma equipe interdisciplinar, proporcionando à mulher todo o amparo necessário para a tomada da decisão, através de um modelo de prazos com aconselhamento não dissuasivo, como também garantindo que, optando por seguir com a gravidez, receba do governo todo o apoio necessário, protegendo a vida intrauterina e a autonomia reprodutiva das mulheres, assim como já ocorre em Portugal.

O importante é que o Estado dê às mulheres este poder de escolha, oferecendo opções e soluções e, principalmente apoio e compreensão, cumprindo, assim, com o seu dever social. O aborto é uma questão de saúde pública e não uma questão criminal, não devendo tratar como delito aquilo que é um grave cenário da precariedade da saúde pública no Brasil.

O Tratamento Conferido ao Aborto na Legislação de Portugal e Histórico de Evolução

Em toda a Europa, o tema do aborto sempre foi bastante discutido e controverso, sofrendo grandes influências do Direito Penal Alemão, que tentou influenciar os demais países a criminalizar a conduta. Contudo, na década de 60 surge um movimento transnacional de mulheres, coincidindo com o feminismo da segunda onda, visando melhores condições, bem como direitos, para a cidadania das mulheres. Tais ideias revolucionárias somavam-se às preocupações com o crescente número de abortos inseguros realizados, que em sua grande maioria resultavam na morte da gestante, incentivando as lutas

pela descriminalização da interrupção voluntária da gravidez na legislação.¹

Em Portugal, o seu Tribunal validou no total de cinco decisões a despeito do tema, sendo a primeira promulgada na década de 80, em todos os casos proferindo reformas cada vez mais progressistas, conferindo cada vez mais direitos às mulheres no que diz respeito ao tema.

O primeiro conjunto de decisões surgiu entre os anos de 1984 e 1985, no qual o Tribunal Constitucional validou algumas mudanças no Código Penal, aprovando reformas baseadas no modelo de indicações em contraposição à criminalização completa. O segundo conjunto de decisões veio entre 1998 e 2006, onde reiterou-se a constitucionalidade da reforma progressista, trazendo à tona uma alteração legislativa através de um modelo de prazos, convocando-se um referendo nacional para a discussão de tais alterações.

Cumprir destacar que até 1984 o aborto era completamente proibido em Portugal, passando a ser permitido com o advento da Lei 6/84, quando houvesse risco para a vida da mulher, perigo de lesão grave e duradoura para a saúde física e psíquica da mulher, em caso de malformação do feto ou quando a gravidez resultasse de estupro. Em 1998 foi realizado o primeiro referendo para a descriminalização do aborto por opção da mulher até a 10^o semana de gestação, contudo tal proposta não foi aprovada pela maioria.²

Foi no ano de 2007 com o advento da Lei 16/2007 que se teve o direito ao aborto efetivamente garantido em Portugal, pois a referida lei modificou o artigo 142 do Código Penal Português, permitindo a interrupção voluntária da gravidez, por opção da mulher, até a 10^o semana de gestação, através de um segundo referendo que foi realizado para novamente se discutir o tema.

Um dos principais argumentos para a descriminalização do aborto em Portugal era de que somente pessoas podiam ter direitos fundamentais, não reconhecendo o feto como detentor de direitos, reconhecendo a proteção estatal à vida intrauterina como um “valor objetivo”. Desta forma, afastou-se da absoluta proteção estatal, afirmando que, diante de um conflito de direitos fundamentais das mulheres (como o direito à vida, a saúde, à reputação, à dignidade e a maternidade consciente), poder-se-ia sacrificar o valor objetivo da vida do feto, em favor da gestante.

Essa mudança veio em abril de 2007, em que a legislação alterou o artigo 142 do Código Penal, permitindo que as mulheres tivessem acesso ao aborto legal não-punível nas primeiras dez semanas de gestação, sendo obrigatório a realização de um aconselhamento não dissuasivo, com a finalidade de fornecer à mulher informações para apoiar sua decisão de uma forma “li-

1 RUBIO-MARÍN, RUTH. Aborto em Portugal: Novas tendências no constitucionalismo europeu. *Revista Direito GV*. São Paulo: 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n1/1808-2432-rdgv-13-01-0356.pdf> acesso em: 11, Nov. 2020.

2 MONTEIRO, Rosa. **A descriminalização do aborto em Portugal**: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos. Scielo. Portugal: 2012. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732012000300004. Acesso em: 18, Nov. 2020.

vre, consciente e responsável”, devendo também transcorrer um período de reflexão de três dias.

Determinou-se que na referida sessão de aconselhamento, a gestante deveria ser informada no que tange às circunstâncias em que a interrupção voluntária da gravidez poderia ser realizada e os possíveis efeitos sobre a saúde, como também deveria tomar conhecimento das assistências prestadas pelo Estado, tanto para o aborto quanto para o prosseguimento da gestação e maternidade, dando às mulheres a opção de usufruir de apoio psicológico fornecido pelo Governo, bem como um apoio assistencial especializado durante o período de três dias de reflexão obrigatória. Ademais, a referida lei também trouxe uma cláusula de objeção de consciência, permitindo aos médicos e outros profissionais da saúde se negassem a colaborar com qualquer ato relacionado à interrupção da gravidez.³

Para a realização do aborto, exige-se unicamente o consentimento da mulher gestante, devendo a mesma ser legalmente capaz contando com, pelo menor, 16 anos de idade, sendo todo o procedimento custeado pelo Estado. No caso de gestante menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, o consentimento deverá ser prestado pelo seu representante legal.

Contudo, a referida lei foi incansavelmente contestada por membros conservadores do Parlamento, que recorreram ao Tribunal Constitucional para derrubá-la, considerando que a lei violava o preceito constitucional de que a vida humana é inviolável, bem como o fato de o aconselhamento não ser dissuasivo, pois não trazia medidas que visassem convencer a mulher a prosseguir com a gravidez e, desta forma, deixa o feto sem uma proteção legal.

Em 2010, o Tribunal se pronunciou novamente sobre o assunto, reafirmando sua decisão de 2007, validando um modelo de prazos mediante um aconselhamento não dissuasivo, equilibrando a proteção estatal da vida intrauterina e a autonomia reprodutiva das mulheres. Desta forma, pode o Estado proporcionar o aborto a pedido da gestante conciliando a dignidade e a autonomia reprodutiva das mulheres com a dignidade e o respeito ao feto, garantindo políticas de aplicação adequada das normas constitucionais para que não se vulgarizar a reprodução humana, promovendo um avanço e progresso da lei europeia no que se refere ao aborto.

Nos primeiros anos após a descriminalização do aborto até a 10ª semana de gestação, Portugal apresentou um aumento no número de procedimentos realizados, da mesma forma como ocorreu em outros países que também legalizaram. No ano de 2008, as foram contabilizados um total de 18.607 mil procedimentos realizados, apresentando o pico em 2011, com um total de 20.480 mil procedimentos. Foi em 2012 que Portugal começou a apresentar uma diminuição no número de interrupções da gravidez, apresentando um histórico de queda desde então, somando um total de 15.959 mil abortamen-

3 Lei nº16/2007, nota 7.

tos em 2016.⁴

Portanto, desde a implementação do aborto por opção da mulher, o número de procedimentos vem reduzindo progressivamente, pois a sua ocorrência é maior em países com leis mais restritas em comparação a países com normas mais flexíveis, conforme estudos a respeito do tema vem demonstrando.

Insta salientar que a maior parte dos procedimentos de interrupção da gravidez são realizados nas unidades de serviço do SNS e, caso não exista capacidade imediata de atendimento, a mulher é transferida em tempo útil para outras unidades do SNS ou para unidades privadas oficialmente reconhecidas. Contudo, o SNS que sempre arcará com as custas com o procedimento, mesmo que realizado em rede privada de saúde.⁵

O número de mortes de mulheres em decorrência de complicações por abortamento também reduziu significativamente. Estudos mostram que, entre 2001 e 2007 teriam ocorrido cerca de 14 mortes maternas associadas a abortos mal sucedidos. Contudo, desde a descriminalização, foram registradas apenas 2 mortes de mulheres, sendo uma em consequência de aborto ilegal e a outra associada ao uso de medicamento destinado à interrupção da gravidez.

Por fim, conclui-se que Portugal conseguiu conciliar o respeito devido ao nascituro e a autonomia reprodutiva das mulheres, garantindo que o procedimento reprodutivo não seja trivializado, compartilhando os encargos da reprodução humana com toda a sociedade, não sobrecarregando a mulher de uma responsabilidade que não é só sua. Alcançou-se também uma significativa redução nos números de procedimentos abortivos realizados, através de políticas sociais e educação sexual, conseguindo que as mulheres passassem a adotar uma conduta de prevenção à gravidez indesejada (como o uso de anticoncepcionais e preservativos) ao invés de chegar ao ponto de necessitarem do aborto.

Através de políticas educacionais que visam uma concepção responsável, assegurando uma sociedade favorável à reprodução, Portugal conseguiu garantir e assegurar os Direitos Humanos das mulheres, dentro eles a sua dignidade e a liberdade sexual e reprodutiva. Desta forma, ao garantir o aborto legal e seguro, protegeu e resguardou a vida de milhares de mulheres, que deixaram de morrer desamparadas na ilegalidade de clínicas clandestinas e passaram a ter todo o apoio necessário por parte do Estado para a livre tomada de suas decisões, desvinculada de qualquer tabu social ou influências religiosas, preservando e fortalecendo o livre arbítrio da gestante e, principalmente, ze-

4 BOUERI, Aline Gatto. Portugal, Espanha e Uruguai: o que aconteceu após a legalização do aborto? **Revista Gênero e Número**. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <http://www.generonumero.media/portugal-espanha-e-uruguai-o-que-aconteceu-apos-legalizacao-do-aborto/>. Acesso em: 18, Nov. 2020.

5 VICENTE, Lisa Ferreira. **Aborto por opção da mulher**: a experiência portuguesa da implementação da Rede Nacional. Scielo. Rio de Janeiro: 2020. Acesso em: 18, Nov. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001300502.

lando por sua vida e seu bem-estar físico e psíquico.

A Criminalização da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil e o Impacto Causado na Saúde Pública Brasileira

Segundo o Código Penal brasileiro, o aborto é crime contra a vida, punido com pena restritiva de liberdade, podendo ser configurado desde a concepção até o início do parto, sendo que, após iniciado o parto, estaria configurado homicídio, exceto se presentes as circunstâncias que configuram o infanticídio. Desta forma, o Código alega proteção à vida humana desde o momento da concepção, sendo este o motivo de não de legalizar a interrupção voluntária da gravidez, pois, conforme entendimento legal, já se estaria cometendo um delito contra a pessoa.

Contudo, em determinadas circunstâncias, a legislação brasileira permite a realização do aborto de forma legal, previsto no artigo 128 do Código Penal brasileiro, nos casos em que não houver outro meio de salvar a vida da gestante, se a gravidez resultar de violência sexual (estupro), desde que haja o consentimento da mulher ou de seu representante legal, nos casos de incapazes; como também, a mais recente causa de excludente de ilicitude do aborto, nos casos de feto com grave deformação, comprovado cientificamente sua incapacidade de sobrevivência fora do útero materno (como, por exemplo, no caso de anencefalia, isto é, fetos que não possuem cérebro ou o possui com grave deformação ou em tamanho reduzido, que ocasionem sua incapacidade de sobrevivência).⁶

A primeira vez na Legislação Brasileira que se falou do aborto foi no Código Penal de 1830 nos artigos 199 e 200, onde não havia previsão legal quando a própria gestante praticava o aborto, mas somente quando terceiros o fazia. O Código de 1890 foi o primeiro a tipificar o delito quando praticado pela gestante em si mesma, sendo taxativamente incluído pelos artigos 300, 301 e 302. Todavia, o aborto somente veio a ser especificado com o Código Penal de 1940, no qual incluiu a prática abortiva em sua parte especial, Título I (que se refere aos “Crimes Contra a Pessoa), e no capítulo I do mesmo título (que trata dos “Crimes Contra a Vida”).⁷

Os artigos que criminalizam o aborto atualmente são os 124, 125, 126 e 127 do Código Penal brasileiro, que especificam o aborto quando for praticado pela gestante, por terceiros com o consentimento da grávida, sem o consentimento da mesma e também na sua forma qualificada, caracterizada quando do procedimento abortivo resultar lesão corporal de natureza grave à gestante ou então lhe sobrevier a morte, restando as causas excludentes de ilicitude tipificadas no artigo 128 do mesmo dispositivo legal.

Porém, existe uma verdadeira ambiguidade na Legislação brasileira, visto

⁶ Artigo 142 do Código Penal brasileiro.

⁷ SÁ, André Beltrão Gadelha De. **Evolução histórica do aborto**. Conteúdo Jurídico. 30, Ago. 2016. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-aborto,56669.html>>. Acesso em 17, Nov. 2020.

que não há uma definição de quando se iniciaria a vida. Para o Código Civil, existe uma proteção desde a concepção, contudo não da mesma forma que para os cidadãos; já para a Constituição Federal, há a proteção a vida, mesmo que não absoluta, porém sem determinar o momento. O Código Penal, responsável por criminalizar a prática do abortamento, também não faz qualquer menção do momento em que se iniciaria a vida.

Diante de tais fatos, resta-se demonstrado um gritante atraso da lei brasileira, que se mostra totalmente arcaica e sem qualquer efetividade para a repressão da prática do abortamento, que vem se mostrando cada vez mais uma mediada urgente de saúde pública. Tanto é verdade que o Brasil vem apresentando os índices mais altos de prática do aborto do que em países em que o mesmo é permitido.

Contudo, as dissonâncias entre o Código Penal e a Constituição Federal são enormes, pois, de um lado temos um que criminaliza a prática por acreditar tratar-se de ato atentatório contra a vida, e de outro, por consequência do referido crime, temos um leque de preceitos fundamentais das mulheres violados, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a proibição da tortura ou tratamento desumano ou degradante, o direito à saúde, e, principalmente, os direitos Humanos femininos no geral.

Em verdade, ressalta-se que há divergências também entre o Código Civil e a Constituição. O primeiro, em seu artigo 2º, estabelece um rol de direitos ao nascituro, apesar de que o próprio código constitui em seus artigos subsequentes bem mais direitos às pessoas já nascidas, tanto que determina que a personalidade jurídica só seja adquirida após o nascimento com vida. Ou seja, reconhece alguns poucos direitos ao feto, mas determina que os mesmos só sejam efetivados mediante o nascimento com vida, vinculando a aquisição de garantias com a sobrevivência extrauterina.⁸

Por outro lado, temos a Constituição Federal, que dispõe em seu artigo 5º relativamente aos direitos fundamentais de todo o cidadão, bem como a proteção à vida, contudo não faz qualquer menção ao feto. Portanto, tal omissão nos faz entender que o texto constitucional não adotou a teoria de que a vida se inicia no momento da concepção e, desta forma, as barreiras para a descriminalização do aborto no Brasil deveriam ser menores, principalmente na ponderação entre o rol de direitos que supostamente faria jus o feto, com o gigantesco rol de direitos das mulheres que são violados com a referida criminalização, pois a gestante tem seus Direitos Humanos aniquilados em pró de uma suposta possibilidade de vida do nascituro, não podendo decidir livremente sobre a sua própria liberdade sexual e de reprodução.

Neste sentido, parte dos Ministros do Supremo já entende que os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto são inconstitucionais, por

8 FRANCO, Sandra. **Legalização do aborto no Brasil, o judiciário e a saúde da mulher**. Estadão. 01.jul.2018. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/legalizacao-do-aborto-no-brasil-o-judiciario-e-a-saude-da-mulher/>>. Acesso em 17, Nov. 2020.

violarem os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como sua autonomia de decidir por si só e o seu direito à integridade física e psíquica e, principalmente, sua liberdade.

Visando adequar as normas brasileiras às necessidades atuais, foi interposta a ADPF 442 pelo partido político PSOL, em março de 2017, buscando garantir às mulheres a proteção aos princípios fundamentais que estariam sendo violados com a proibição do aborto, tais sejam, segundo o seu preâmbulo: dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição da tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde, planejamento familiar e os Direitos Humanos das mulheres, todos da Constituição Federal.

Conforme a referida denúncia, os artigos 124 e 126 do Código Penal não se justificam, pois o que está em pauta são preceitos fundamentais e constitucionais, ou seja, as razões jurídicas que criminalizam o aborto estariam aniquilando os Princípios Constitucionais já expostos. Diante deste quadro, conclui-se que o judiciário tem concedido maior prerrogativa a uma lei infraconstitucional do que à própria Constituição Federal.

A interposição da ADPF 442 tem como fundamento a descriminalização do aborto até a 12^o semana de gestação, pois dentro deste período os riscos para a gestante são menores, Ainda, o Conselho Federal de Medicina e Psicologia, juntamente com outras entidades, elaboraram um parecer pela legalização do aborto até a 12^o semana de gestação, por entenderem que até este período o embrião ainda não possui sistema nervoso, não sendo capaz de estabelecer relações humanas, nem sentir dor ou qualquer outro sentimento humano. Ainda, até este período de gestação, os riscos do procedimento à gestante são menores, havendo maior segurança em se realizar a interrupção da gravidez até o referido período, conforme estudos realizados e, portanto, seria a melhor forma de descriminalizá-lo.⁹

Desta forma, o Conselho Federal recomendou a legalização do aborto por se tratar de questão de saúde pública, em que os procedimentos clandestinos realizados por pessoas sem qualquer treinamento, utilizando-se de equipamentos inadequados e perigosos, tem tido forte impacto sobre a saúde pública, visto o alto número de internações que vem tendo de mulheres vítimas de procedimentos malsucedidos.

Portanto, essa ADPF visa revolucionar o ordenamento jurídico brasileiro, por ser encontrar deveras arcaico, visto que um Código elaborado em 1940 não mais atende as necessidades de uma sociedade moderna, onde mais de 500 mil mulheres realizam pelo menos um aborto no Brasil e a cada minuto, uma mulher brasileira toma a decisão de não mais prosseguir com a

9 BALOGH, Giovanna. **Conselho Federal de Medicina apoia opção de aborto até o terceiro mês.** Jornal Folha de São Paulo, 23, Out. 2014. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/10/1536781-conselho-federal-de-medicina-apoia-opcao-de-aborto-ate-o-terceiro-mes.shtml>> Acesso em 17.Nov.2020

gravidez.¹⁰

Desta forma, o perigo de sofrer um dano irreparável é enorme às mulheres, considerando que, em função da criminalização, a interrupção da gravidez ocorre em condições insalubres e sobre ameaça penal, o que aumenta os riscos às gestantes de sofrerem uma lesão corporal grave e ficarem com sequelas, bem como até perderem a vida, o que não ocorreria se o procedimento fosse realizado de forma legal e segura, através do Sistema Único de Saúde.

Ainda, há a questão social, em que, na maioria das vezes, quem mais sofre com esta criminalização são as mulheres de baixa renda, pobre, que não possuem condições de pagarem por uma clínica médica clandestina que realize o procedimento de forma mais “humanizada”, recorrendo a métodos totalmente degradantes e perigosos, como a ingestão do medicamento abortivo Misoprostol, conhecido como Citotec.

Logo, as mulheres com melhores condições sociais já realizam o procedimento do abortamento com todas as condições de higiene e segurança necessárias, através de clínicas clandestinas, não precisando se expor ao risco como as maiorias das mulheres de baixa renda da sociedade brasileira se submetem. Ainda, as mulheres brasileiras mais ricas muitas vezes se deslocam a outros países em que o procedimento já é legalizado para abortarem, inclusive viajam até Portugal, onde, atualmente, a maior parte das mulheres que realizam o procedimento são brasileiras e não portuguesas, devido às facilidades de se entrar no país e pelos privilégios concedidos aos brasileiros em Portugal.

Um caso recente ocorrido no Brasil e que causou polêmica foi o caso de uma menina de 10 anos de idade, que era estuprada pelo tio desde os 06 anos acabou engravidando. Além de a gestação decorrer de uma violência sexual, ainda causava riscos de vida à gestante, e, conforme orientações médicas, caso prosseguisse com a gravidez, a criança poderia vir à óbito. Neste caso, estavam presentes duas excludentes de ilicitude, quais sejam: gravidez decorrente de estupro e risco de vida à gestante, prevista no Código Penal brasileiro desde o ano de 1940.

Logo, estavam presentes não só a necessidade de se realizar o aborto para resguardar a vida da jovem, como também havia o seu direito ao procedimento, visto que foi violentada por 4 anos. Contudo, ocorreram manifestações de grupos religiosos extremistas, bem como conservadores, que era contrários ao aborto, que se manifestaram em frente ao hospital público onde a criança iria realizar o procedimento.

Apesar de haver autorização judicial concedida pelo juiz da Vara da Infância de Juventude da cidade de São Mateus, o hospital se negou a realizar o procedimento, alegando estado avançado da gravidez, apesar de o Código Penal não prever limite máximo para a interrupção da gravidez no caso de aborto. Foi necessário que a criança fosse levada até a cidade de Vitória para

10 DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa nacional do aborto 2016**. Artigo especial.

interromper a gravidez, onde ocorreu as manifestações e até mesmo tentativa de invasão do hospital para impedir a jovem violentada a abortar.

O caso descrito é de grande absurdo e indignação, violando-se todos os Direitos Humanos que são de garantia da criança violada, pois houve tentativas de condená-la não só a uma tortura, com a um tratamento desumano e cruel e até mesmo à morte, ao tentar obrigá-la, mesmo abusada sexualmente por anos, a prosseguir com uma gestação que lhe causaria danos psíquicos e físicos irreparáveis.

Então, pergunta-se: o Brasil é a favor da vida ou a favor do nascimento? Porque não se vê qualquer preocupação em resguardar a vida de uma criança abusada sexualmente, que corre o risco de vida diante de uma gestação, mas observa-se enorme comoção para que se proteja o feto e o mesmo venha a nascer, independentemente das consequências. Portanto, notamos enorme hipocrisia do povo brasileiro, ao lutar pelo nascimento do feto em detrimento da vida de uma jovem violada. Logo, conclui-se que o Brasil se encontra bastante atrasado em relação às legislações de países desenvolvidos, pois, mesmo em casos autorizados pela lei, o aborto ainda é condenado pela sociedade brasileira.

Segundo a ativista Melânia Maria Ramos, estima-se que o aborto é a quarta causa de morte materna no Brasil. Estudos realizados mostram que no ano de 2015 houve cerca de 211 mortes por aborto em nosso país, já em 2016 foram 203 mortes. Porém, para cada caso de morte por aborto, temos 25 casos de mulheres que quase faleceram por conta do procedimento e, desta forma, só no ano de 2016 conclui-se que cerca de cinco mil mulheres quase morreram, isto é, sofreram complicações gravíssimas em decorrência do procedimento.¹¹

Conforme estudos publicados no Dossiê realizado pela Rede Feminista de Saúde, no ano de 2002 foram registrados 236,7 mil casos e curetagem pós-aborto realizados pelo SUS. Já nos anos de 1997, 246 mil casos; no ano de 1998, 247 mil procedimentos realizados.¹²

Portanto, conforme observado, a descriminalização tem se tornado cada vez mais uma necessidade, considerando que sua criminalização só tem causado malefícios às mulheres brasileiras, o que faz com que a norma não cumpra com seu papel social, qual seja o de proteção e resguardo, pelo contrário, apenas arrisca cada vez mais vidas. Desta forma, temos que o aborto é uma questão de saúde pública e não uma questão criminal, não devendo ser tratado

11 AMORIM, Melânia Maria Ramos de. Entrevista: **“Aborto é a quarta causa de morte materna no Brasil”**. Brasil de fato: Uma visão popular do Brasil e do mundo. Campina Grande-PB. 31, Jul. 2018. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/07/31/aborto-e-a-quarta-causa-de-morte-materna-no-brasil-afirma-pesquisadora/>>. Acesso em: 22, Out. 2018.

12 MARTINS, Alerte Leandro. MENDONÇA, Lígia Cardieri. **Mortes Preveníveis e Evitáveis**: dossiê. Editora: Rede Feminista de Saúde, 2005, Belo horizonte. p.13. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/dossiê_aborto_mortes_preveníveis_evitáveis.pdf> Acesso em 17, Nov. 2020.

como delito aquilo que é um grave cenário da precariedade da saúde pública no Brasil.

Considerações Finais

Por fim, conclui-se que os Direitos Humanos Fundamentais das mulheres no Brasil ainda são muito violados, boa parte decorrente da criminalização da prática do aborto, visto que a gestante se vê submetida a um tratamento humilhante, degradante, cruel e até mesmo a submissão à tortura, ao ser obrigada a procurar meios ilegais para interromper uma gravidez indesejada.

Para melhor atender às necessidades das mulheres, como também adequar o sistema público de saúde às emergências atuais, o ideal seria adotar no Brasil um sistema de prazos, fornecendo à mulher todo o amparo necessário para que ela venha tomar sua decisão de forma consciente e responsável, colocando à sua disposição uma equipe interdisciplinar formada por médicos, psicólogos e assistentes sociais que lhe daria aconselhamentos não dissuasivos no tocante à interrupção da gravidez, assim como já ocorre em Portugal.

Essa equipe também informaria sobre os riscos e benefícios do aborto, devendo ser estabelecido um período máximo de semanas para a realização do procedimento, devendo a mulher passar também por palestras e cursos sobre educação sexual e prevenção à gravidez.

Em Conclusão, a descriminalização do aborto no Brasil, com a devida regulamentação jurídica, é uma questão de urgente tratativa por parte do Estado, considerando ser uma questão de saúde pública e sua não adequação à sociedade atual vem causando a morte de inúmeras mulheres. O modelo de prazos com o apoio de uma equipe interdisciplinar, proporcionando à mulher todo o amparo necessário para sua decisão consciente sem qualquer dissuasão, é a melhor opção para a questão da interrupção voluntária da gravidez, considerando que os países que adotaram tal modelo apresentaram resultados extremamente positivos, como é o caso de Portugal, diminuindo não só a mortalidade das mulheres em decorrência de abortos ilegais, como também diminuindo gradativamente o número de procedimentos realizados.

O Estado deve atuar como um instituto de resguardo e proteção e não de condenação, devendo oferecer todo o apoio necessário às mulheres respeitando sua autonomia reprodutiva e liberdade sexual, ao mesmo tempo que protege a vida intrauterina.

É de suma importância que o Estado dê às mulheres o poder de escolha sobre seu próprio corpo, seja com a descriminalização do aborto até a 10^o semana de gestação, seja até a 12^o, é imprescindível que se garanta a integridade física e psíquica das mulheres, protegendo seus Direitos Humanos Fundamentais, como: a liberdade sexual e reprodutiva, o livre planejamento familiar e a não submissão a tratamento desumano ou cruel.

Somente dessa forma o Estado estará cumprindo integralmente com o seu dever social, estando Portugal muito a frente do Brasil nesse quesito ga-

rantista e protetor dos Direitos Humanos femininos, necessitando o Brasil urgentemente sofrer uma reforma legislativa, a fim de adequar suas leis às urgências atuais, considerando que a legislação responsável por criminalizar o aborto por opção da gestante, independentemente de justificativa, não mais tem aplicabilidade e sequer atende às necessidades da nova geração.

Referências

AMORIM, Melania Maria Ramos de. Entrevista: **“Aborto é a quarta causa de morte materna no Brasil”**. Brasil de fato: Uma visão popular do Brasil e do mundo. Campina Grande-PB. 31. Jul. 2018. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/07/31/aborto-e-a-quarta-causa-de-morte-materna-no-brasil-afirma-pesquisadora/>>. Acesso em: 22. Out. 2018.

BALOGH, Giovanna. **Conselho Federal de Medicina apoia opção de aborto até o terceiro mês**. Jornal Folha de São Paulo. 23. Out. 2014. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/10/1536781-conselho-federal-de-medicina-apoia-opcao-de-aborto-ate-o-terceiro-mes.shtml>> Acesso em 17.Nov.2020.

BOUERI, Aline Gatto. Portugal, Espanha e Uruguai: o que aconteceu após a legalização do aborto? **Revista Gênero e Número**. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <http://www.generonumero.media/portugal-espanha-e-uruguai-o-que-aconteceu-apos-legalizacao-do-aborto/>. Acesso em: 18. Nov. 2020.

BRASIL, CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**.Brasília, DF: 2017.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa nacional do aborto 2016**. Artigo especial.

FRANCO, Sandra. **Legalização do aborto no Brasil, o judiciário e a saúde da mulher**. Estadão. 01. jul. 2018. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/legalizacao-do-aborto-no-brasil-o-judiciario-e-a-saude-da-mulher/>>. Acesso em 17. Nov. 2020.

MARTINS, Alerte Leandro. MENDONÇA, Lígia Cardieri. **Mortes Preveníveis e Evitáveis**: dossiê. Editora: Rede Feminista de Saúde, 2005, Belo horizonte. p.13. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/dossie_aborto_mortes_preveniveis_evitaveis.pdf>Acesso em 17. Nov. 2020.

MONTEIRO, Rosa. **A descriminalização do aborto em Portugal**: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos. Scielo. Portugal: 2012. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732012000300004. Acesso em: 18. Nov. 2020.

PORTUGAL, Lei nº 16/2007 de 17 de abril de 2007. **Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez**. Decreto-Lei n.º 48/95 de 1995.

RUBIO-MARÍN, RUTH. Aborto em Portugal: Novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista Direito GV**. São Paulo: 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n1/1808-2432-rdgv-13-01-0356.pdf> acesso em: 11. Nov. 2020.

SÁ, André Beltrão Gadelha De. **Evolução histórica do aborto**. Conteúdo Jurídico. 30. Ago. 2016. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-aborto,56669.html>>. Acesso em 17. Nov. 2020.

VICENTE, Lisa Ferreira. **Aborto por opção da mulher**: a experiência portuguesa da implementação da Rede Nacional. Scielo. Rio de Janeiro: 2020. Acesso em: 18. Nov. 2020.

O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS SOB UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Luísa Zucoloto de Abreu

Universidade de São Paulo. Pós-Graduada em Ciências Criminais

Resumo:

Ocupando o terceiro lugar no ranking de países com maior população carcerária no mundo, o Brasil promulgou a Lei de Drogas, que impactou significativamente na superpopulação carcerária. Porém, a política repressiva adotada gera um impacto mais gravoso na população feminina. As motivações, causas e consequências de inserção da mulher no tráfico são evidentemente distintas. Entretanto, apoiando-se em uma visão androcêntrica, o sistema jurídico penal desconsidera as peculiaridades da criminalidade feminina, ignorando as desigualdades de gênero e aprofundando as discriminações. Além disso, no campo de cumprimento de pena e de ressocialização da mulher condenada, constata-se profundas consequências para o sexo feminino. A igualdade de gêneros, no âmbito do sistema prisional, só será conquistada quando forem reconhecidas as diferenças existentes entre os sexos de forma que não alimentem as desigualdades no tratamento oferecido a ambos.

Palavras-chave: Gênero; Mulher; Tráfico de Drogas; Sistema Penitenciário.

Introdução

Ao adentrar na temática “drogas”, depara-se com um fenômeno multifatorial e multidimensional que não está limitado às questões jurídicas, vez que resulta de um entrelaçamento destas com questões econômicas, política e sociais na mesma medida.

Nos últimos anos, o combate às drogas representou uma expressiva fonte de violência e conflito, que resultou em exclusão e demonstrou a ineficiência das medidas adotadas. Ao contrário do que deveria, tal militarização decorre da categorização das drogas como problema de segurança pública, negligenciando a saúde e educação. Dessa forma, o estado legitima a violência contra as pessoas etiquetadas como “criminosas” quando estas agem em desrespeito à Lei de Drogas.

Nos últimos 15 anos, a população carcerária feminina brasileira teve um aumento de 567% (CNJ, 2015) e a política da “guerra às drogas” importada

pelo Brasil demonstrou ser a principal causa deste aumento alarmante. A rígida Lei de Drogas provocou desigualdades de gêneros, ainda que de forma não intencional.

Para uma análise da criminalização feminina no tráfico de drogas, importante se perfaz perpassar pelos debates de gênero e do papel socialmente atribuído às mulheres. Isso porque os mecanismos de inserção feminina na “cadeia do tráfico” e a seletividade do poder punitivo formal e informal, relacionam-se de forma direta e íntima com a sua vulnerabilidade (CHERNICARO, L., BOITEUX, L., 2014, p.4).

Os estudos e estatísticas demonstram, de maneira clara e evidente, que as relações, motivações e consequências são distintas quando comparados os gêneros feminino e masculino. Tal diferença conclui que além da seletividade e estigmatização, o sistema jurídico penal despreza as desigualdades de gênero, uma vez que se calca em uma visão androcêntrica que não considera as peculiaridades e particularidades comuns entre as mulheres que adentram no “mundo do tráfico”.

Vários são os motivos apontados para negligência da questão da criminalidade feminina, entretanto, em razão da baixa porcentagem de mulheres presas, aponta-se este abismo entre as populações carcerárias como o principal motivo de desinteresse aos olhos dos estudiosos e principalmente do Estado. E assim, reforça-se o fenômeno da invisibilidade feminina.

A Política de Combate às Drogas Importada pelo Brasil

O consumo das drogas existe desde as sociedades antigas, sendo considerado uma prática milenar. Entretanto, com o decorrer dos anos e em virtude da globalização, verifica-se uma mudança nos propósitos de suas utilizações e uma disseminação do seu consumo pelo modelo capitalista.

A conceituação do termo “drogas” é considerada uma tarefa difícil, uma vez que se trata de um conceito de ampla abstração e generalização. Diante disso, o direito resolveu por definir as drogas dividindo-as em legalmente permitidas e ilícitas, sendo estas proibidas pela Lei.

Na visão do professor Eugênio Zaffaroni, “droga é a palavra criada pela proibição. Na realidade, o que existem são tóxicos. Tóxicos: alguns deles são proibidos e justamente esses que são proibidos se chamam drogas” (ZAFFARONI, 2013, p. 115).

Em razão disso, conclui-se que a delimitação do marco entre a licitude ou ilicitude de determinada substância depende de decisões político-criminais, as quais levam em consideração os interesses do Estado em questão, bem como fatores culturais, sociais, políticos e econômicos.

Porém, a popularidade alcançada pelo tema em meio ao mundo globalizado, deu margem a produções literárias e científicas que confundem os fatos com opiniões, sentimentos e, principalmente, moralismos. Em consequência, tais discursos contribuem para a distorção e ocultação da realidade social das

drogas e, ainda, na fixação de estereótipos que legitimam o controle social informal (OLMO, 1990, p. 22/23).

Em razão da rigidez repressiva do ordenamento jurídico penal brasileiro no que diz respeito as drogas, preliminarmente, é importante citar, de maneira breve, a política norte-americana mais conhecida como “war on drugs”, haja vista que esta foi claramente importada pelo país. Em 1981, Richard Nixon, que ocupava a presidência no país, declarou uma “guerra às drogas”, afirmando que esta seria o maior inimigo dos estadunidenses. Como decorrência disso, surgiram políticas extremamente rigorosas que, além de criminalizar novas condutas, estabeleciam elevadas penas, demonstrando a intolerância do Estado face ao tráfico de drogas.

No que diz respeito o controle formal brasileiro, foi promulgada em 2006 a Lei 11.343, mais conhecida como Lei de Drogas. Esta legislação é marcada por penas tradicionalmente severas, com inaplicabilidade de alguns benefícios na execução de pena e aumento do percentual de cumprimento de pena a permitir a progressão de regime.

Com efeito, a utilização do termo “guerra” demonstra a moldura bélica que legitima o controle social exercitado através do sistema penal nas sociedades contemporâneas (KARAM, 2012, p. 679). Tal denominação demonstra a presença de um “inimigo” e invoca uma oposição da sociedade contra as pessoas tidas como “criminosas”.

Nesse sentido, de acordo com a professora Phyllis Goldfarb, o emprego do termo “guerra” “têm a intenção de supervalorizar e destacar as percepções do poder público (...) sobre a importância e urgência de se desenvolver consideráveis políticas criminais e reforço da legislação para combater o uso e distribuição ilegal de drogas” (GOLDFARB, 2003, p. 277).

Assim, no cenário mundial, sobressaem-se sucessivas políticas proibicionistas. “Isso cria uma infinidade de problemas em níveis locais, fazendo com que os diferentes países procurem soluções tópicas para as medidas estritamente repressivas de proibição de drogas (SHECAIRA, 104, p. 235/236).

Em verdade, o combate às drogas deu a todo tipo de governo uma verdadeira carta branca para atuação de força policial, gerando uma violência superior do que a que se pretendia combater. De fato, trata-se de uma guerra desumana travada contra pessoas (VALOIS, 2016, p. 20), uma vez que cerca de 30% da população carcerária brasileira é privada de sua liberdade com base na Lei 11.343/2006 (INFOPEN, 2019).

Porém, ao se analisar a composição carcerária do Brasil de acordo com o sexo, conclui-se que 27, 92% dos homens são condenados pela Lei de Drogas, enquanto 56, 16% das mulheres estão nas cadeias pela mesma legislação. Sendo assim, é incontestável que a intervenção penal de combate às drogas gera uma excessiva intervenção feminina nas prisões.

Apesar da população carcerária feminina representar apenas 4, 94% do total de carceragens no Brasil, mais da metade dessa porcentagem tem alguma relação com substâncias proibidas. Sendo assim, conclui-se que essa política

criminal inflexível é mais gravosa no sexo feminino, vez que fragiliza quem já é muito frágil nesse contorno de sociedade mais paternalista.

Em razão disso, afirma-se que há uma intensificação das diversas formas de violência que as mulheres são submetidas dentro de um contexto de desigualdade. “(...) O sistema de justiça penal opera seletivamente, concentrando-se nas mulheres em situação de vulnerabilidade econômica e social” (ARGÜELLO, 2015, p. 289).

O sistema penal tende a ser um espelho da realidade social em que está inserido. E por estar inserido em meio a uma sociedade patriarcal, demonstra que uma política igualitária e isonômica que desconsidera as particularidades e desigualdades já existentes, acarreta diferentes consequências em cada sexo, sendo mais severa no grupo das mulheres.

Por fim, mostra-se impossível uma generalização e simplificação das causas e consequências no tocante ao narcotráfico.

Efeitos da Política Repressiva na População Feminina

Apesar das significativas conquistas das mulheres nas últimas décadas, sucede na sociedade atual uma notável desigualdade entre os gêneros feminino e masculino.

Assim, a fim de se contextualizar como ocorre a criminalização feminina no tráfico de drogas, mostra-se importante perpassar, brevemente, pelos debates de gênero e dos papéis sociais atribuídos e, consequentemente exercidos pelas mulheres.

Preliminarmente, segundo a historiadora estadunidense Joan Scott, o termo “gênero” é considerado o “elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre diferenças socialmente percebidas entre os sexos” (SCOTT, 1995, p. 86). Ainda, para a autora, a identidade criada pelo gênero provém de uma construção social produzida dentro dos contextos culturais vigentes (SCOTT, 1995, p. 75).

Com efeito, a diferença de gêneros aduz uma ideia binária de oposição vez que atribui as características do que é masculino e feminino em lados opostos e incongruentes, “qualificando o masculino por atributos favoráveis, positivos, em franca desvalorização das virtudes associadas ao feminino” (CORTINA, 2015, p. 765).

Logo, a busca por uma sociedade justa e igualitária exige, dentre outras demandas, uma igualdade de gêneros. Socialmente construído, o sistema patriarcal estrutura as relações sociais e limita o papel e função da mulher em algumas esferas sociais, atribuindo a ela protagonismo do lar e intensificando um cenário de patente discriminação.

Porém, tal desigualdade entre os gêneros extrapassa os muros domésticos, refletindo e repercutindo em diversas “áreas da sociedade”, inclusive no crime. Desse modo, fazendo um recorte para o crime de tráfico de drogas, constata-se que a estrutura hierárquica e opressora dos papéis sociais atribuí-

dos aos gêneros é similar dentro do funcionamento estrutural do narcotráfico.

Além dos números relativos às populações carcerárias, quando se traça um perfil da mulher traficante, a comprovação da afirmação anterior advém de algumas justificativas.

A primeira delas relaciona-se com a posição ocupada pela mulher dentro da “cadeia do tráfico”. Na grande maioria dos casos, a mulher desempenha um papel periférico e, conseqüentemente, mais vulnerável, na estrutura das organizações criminosas, vez que tendem a estar envolvidas de forma subsidiária e através de relacionamentos com traficantes. No geral, desempenham funções como “mulas” e “vendedoras”.

Na visão das pesquisadoras Luciana Boiteux e Luciana Chernicharo, a vulnerabilidade dessa população está relacionada com o fato de que as suas funções no tráfico “demandam contato direto com a droga, e como, em geral, estas mulheres são pobres, a margem de negociação com os policiais é muito limitada” (CHERNICHARO, L., BOITEUX, L., 2014, p.3).

Em decorrência da falta de engajamento da mulher com a organização criminosa, verifica-se que suas penas são mais elevadas e sem a possibilidade de alguns benefícios, pois, não possuem informações relevantes ao Promotor de Justiça que as possibilitem negociar um acordo de delação premiada. Não há margem para negociação. Em suma, “o benefício é previsto para aquelas pessoas que possuem um envolvimento significativo na cadeia do tráfico, e acaba sendo indisponível para as pessoas que apresentam papéis periféricos” (GOLDFARB, 2003, p. 294).

Em certa medida, a condição de subserviência da mulher nas atividades do tráfico de drogas justifica o grande aumento do aprisionamento feminino (SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I, 2002, p. 120). Diante disso, conclui-se que a rígida legislação brasileira de combate ao tráfico de drogas não tolera uma análise casuística pelo Magistrado, que permita a aplicação da pena com base no princípio da proporcionalidade.

Ademais, com base no padrão da criminalidade feminina, é possível se atrelar o alto número de detentas por tráfico com os seus relacionamentos amorosos com traficantes. A discriminação histórica e intergeracional de gêneros formou, no senso comum, modelos de comportamento no interior das relações afetivas. A submissão e o envolvimento afetivo fazem com que boa parte das mulheres condenadas justifiquem sua inserção no mundo das drogas por influência de seu companheiro (PIMENTEL, 2008, p. 8).

Nesse sentido, Elizabete Novaes expõe que “em estudos no âmbito prisional, há relatos da participação masculina em alguns momentos do episódio criminoso, sendo direta ou indiretamente responsáveis pelo envolvimento feminino na criminalidade” (NOVAES, 2010, p. 17), o que evidencia a motivação da prática delituosa em razão da emoção e situação socioeconômica.

Por fim, ainda que não estejam privadas de sua liberdade, com a prisão de seus companheiros, a mulher se torna economicamente responsável pelo lar e pela família. Tal responsabilidade concretiza o que Diane Pierce cha-

ma de “feminização da pobreza” (PEARCE, 1978, p. 28). Segundo o IBGE, 37,3% dos lares brasileiros são governados por mulheres, porém, em 87,4% deles, não há a presença do cônjuge, enquanto em apenas 11% dos lares chefiados por homens não havia a presença da mulher (IBGE, 2019).

Com isso, nota-se que a chefia masculina se dá em condições mais favoráveis do que a feminina. Em primeiro lugar, os homens recebem cerca de 25% a mais do que as mulheres (IBGE, 2018). Depois, na grande maioria dos casos, eles possuem uma mulher na condição de coprovedora ou de responsável pelos filhos e afazeres domésticos. Ainda, a população feminina representa a maioria na população em condição de desemprego (IBGE, 2019). Dessa forma, o tráfico aparece como um meio rápido e eficaz, apesar de ilícito, de se obter renda para o sustento dos dependentes.

Nesse sentido, segundo o psiquiatra espanhol Iñaki Markez, “o perfil da mulher delinquente parece corresponder a uma vítima da feminização da pobreza. Mulheres sem sofisticação criminosa, minorias étnicas, desempregadas, mães solteiras” (MARKEZ, I.; RODRÍGUEZ, G., 2012, p. 157).

Em razão disso, Buvinic e Gupta sugerem que essas mulheres necessitam intervenções específicas, tais como programas de geração de renda e apoio para cuidados com os filhos bem como políticas afirmativas para impedir discriminação no acesso a mercados e recursos, campanhas de saúde e educação, e o estabelecimento de uma efetiva rede social de apoio através de organizações formais ou informais (BUVINIC, M.; GUPTA, G. R., 1997, p. 275).

“Dessocialização” da Mulher Condenada por Tráfico

Apesar da expectativa de que o sistema penitenciário seria um meio eficiente e suficiente na intimidação do crime e na ressocialização daquele que tem decretada a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, as prisões entraram em falência devido a impossibilidade obtenção de qualquer efeito positivo sobre o apenado.

De fato, a ressocialização consiste em uma das finalidades da pena a ser perseguida, porém, na prática, “o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar ninguém, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado” (BITENCOURT, 2012, p. 1284 *e-book*).

Não obstante, embora seja considerado um sistema prejudicial em si, independente do recorte de gênero, quando se leva em consideração os estigmas sociais impostos às mulheres, conclui-se que a condenação e o cárcere feminino são mais prejudiciais.

Preliminarmente, para fins de justificação da afirmação anterior, indaga-se que em meio a uma sociedade patriarcalista formada por uma cultura androcêntrica, é evidente que as prisões femininas reproduzem as violências e discriminações que as mulheres sofrem extra-muros (DAVIS, 2018, p. 69).

Apesar de possuírem sistemas de funcionamento semelhante, o ambiente no interior dos centros de reclusão feminina é extremamente erotizado e sexualizado, sendo comum entre as detentas os relatos de abuso ou assédio sexual. Tais crimes não são punidos, sequer denunciados, por terem como vítimas uma população que não desperta interesses do Estado, agravando a invisibilidade feminina.

Além disso, é notável que as mulheres são duplamente punidas. Em razão do papel social que lhe foi imposto, não é reservado a mulher a condição de sujeito ativo de uma infração penal. Há, portanto, uma punição informal feminina por descumprimento de normais morais e culturais. Na visão da professora Luciana Boiteux, “ao delinquir, a mulher rompe não só com a lei penal, mas também com as normas sociais e com o seu papel cultural e social pré-estabelecidos (...)” (CHERNICHARO, L., BOITEUX, L., 2014, p.5).

Ademais, o impacto da pena privativa de liberdade transcende a pessoa da detenta, atingindo de forma direta a sua família e dependentes. De uma maneira geral, em razão da ausência de recursos financeiros, do rompimento dos laços familiares, enfraquecimento dos vínculos, problemas psicológicos, o sistema familiar como um todo é afetado pela restrição da liberdade da mulher.

De acordo com um levantamento feito pelo INFOPEN, em 2017, 74% das condenadas possuem filho (INFOPEN, 2017, p. 2). Sendo assim, mais da metade das detentas foram afastadas de sua prole. Relacionado a esse dado, constata-se que, em decorrência das atribuições sociais à mulher pelo cuidado da família e do lar, quando presas, a grande maioria era considerada a única ou principal responsável pelo filho. Em razão da prisão da genitora, as crianças apresentam perturbações psicológicas, queda de desempenho ou evasão escolar, problemas com sono, desenvolvem sentimento de raiva e solidão (POEHLMANN, 2005, p. 680).

O desamparo experimentado pela apenada também ocorre em relação ao seu companheiro. Basta se verificar e comparar as filas de presídios masculino, que estão sempre cheias de familiares que amparam os reclusos com comidas e produtos de higiene, com as filas das prisões femininas, que estão sempre vazias. Dessa forma, fica evidente o desamparo experimentado pela mulher ao ser privada de sua liberdade.

Ainda, ao cumprir a sua pena, a situação econômica fragilizada que motivou a entrada da mulher no tráfico de drogas se agravará. Essas mulheres que já não possuíam uma fonte consistente de sustento por ausência de oportunidades no mercado formal, ao final do cumprimento de pena, seguem sem preparação técnica.

Desse modo, tal despreparo somando ao estigma a elas atribuído pela passagem no sistema prisional, dificulta ainda mais a sua reinserção na sociedade.

Considerações Finais

A situação dos presídios brasileiros é alarmante. O país possui uma excessiva população carcerária, com os presídios lotados marcados pela ausência de recursos, além de, não raro, apresentarem um número de detentos acima de sua capacidade máxima. Tal fato leva ao fenômeno do encarceramento em massa ou superencarceramento. A alta taxa de reincidência demonstra que a crise no sistema de justiça criminal, que não cumpre com a sua função de ressocialização dos presos. Ao contrário, ele rotula pessoas como criminosas e não permite oportunidades lícitas de reinserção na sociedade.

No que tange ao tráfico de drogas, a política repressiva produz algo de pior, uma vez que intensifica as desigualdades entre os gêneros. Afinal, “são diferentes papéis sociais, status, percepções, funções e expectativas sociais. Por essa razão, homens e mulheres vivem de forma diferente a experiência com as drogas e as consequências são muito diversas para ambos os sexos” (MARKEZ, I.; RODRÍGUEZ, G., 2012, p. 157).

Porém, apesar de tal diferença, o direito punitivo prevê medidas igualitárias para ambos os sexos, desconsiderando as desigualdades de gênero e aprofundando as discriminações, vez que se apoia em uma visão androcêntrica.

Além disso, na fase de execução de pena e de ressocialização da mulher condenada, nota-se majoradas consequências para o sexo feminino. A responsabilidade pelo filho, dificuldade de sustento da família, a dupla punição ou vitimização, rompimento de vínculos familiares e o ambiente hostil no interior das prisões podem ser indicados como motivos que demonstram a maior “dessocialização” feminina após o cumprimento de pena.

O estabelecimento prisional não traz nenhum benefício ao recluso. Em verdade, tal instituição tem se prestado a reproduzir a desigualdade e possibilitado os vícios e degradações. Porém, repercute na população feminina de forma ainda mais onerosa.

Assim, mostra-se impossível a simplificação do problema com as drogas em um fenômeno único que exigiria condutas igualitárias para ambos os sexos. Há necessidade de se levar em consideração as discriminações históricas e intergeracionais de gênero e a vulnerabilidade feminina, respeitando e valorando-as no momento de elaboração das leis.

Ademais, ao Poder Judiciário, deveria ser atribuída uma maior discricionariedade para análise do caso concreto no momento de fixação de pena, podendo diferenciar o nível de envolvimento da pessoa com o narcotráfico e conseqüentemente, fixar penas mais proporcionais às condutas praticadas.

Por fim, verifica-se a necessidade de realização de políticas sociais e educacionais adequadas que permitam o apoio ao setor mais vulnerável da população feminina. Afinal, o “encarceramento feminino está relacionado a fatores socioculturais, econômicos e ao desenvolvimento de medidas punitivas para lidar com a questão da droga” (CHERNICHARO, L., BOITEUX, L., 2014, p.5).

Assim, o caminho para uma igualdade de gêneros dentro do sistema prisional é árduo, mas nem por isso deve ser desprezado e esquecido. Os números, estudos e padrões de criminalidade demonstram a necessidade premente de atenção do poder público para que este direcione suas políticas públicas às pessoas mais vulneráveis da população. O problema deve ser tratado em sua gênese para que, aos poucos, deixe de ocorrer, e não apenas em relação às suas consequências, na tentativa de minorá-las.

Referências

ARGÜELLO, Katie., MURARO, Mariel., 2015. Las Mujeres Encarceladas por Tráfico de Drogas en Brasil: las Muchas Caras de la Violencia contra las Mujeres. In: **Oñati Socio-legal Series** [online], 5 (2). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2611052>>. Acesso em 05/08/2020.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012 (e-book).

BUVINIC, Mayra; GUPTA, Geeta Rao. Female-headed households and female-maintained families: are they worth targeting to reduce poverty in developing countries? In.: **Economic Development and Cultural Change**, v. 45, n. 2, 1997.

CHERNICHARO, L. P., BOITEUX, L. Encarceramento Feminino, Seletividade Penal e Tráfico de Drogas em uma perspectiva feminista crítica. In: **Seminário Nacional de Estudos Prisionais**, Marília, SP, 2014, 4. Disponível em:<http://www.neip.info/upd_blob/0001/1566.pdf>. Acesso em 05/08/2020.

CNJ, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil/>>. Acesso em 05/08/2020.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. **Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista**. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, 2015, v. 23, n. 3.

DAVIS, Ângela Yvonne. **Estarão as prisões obsoletas?** Rio de Janeiro: Difel, 2018.

GOLDFARB, Phyllis. Counting the Drug War's Female Casualties. In: **Research Paper nº 17**, Boston College Law School, 28 jul. 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=429281>>. Acesso em 05 de agosto 2020.

IBGE – Instituto Brasileiro De Geografia e Estatística. **Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro, 2018, folheto n. 38, F. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em 10/08/2020.

IBGE. **PNAD Contínua trimestral: desocupação cresce em 14 das 27 UFs no 1º trimestre de 2019**, 2019, disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24486-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-14-das-27-ufs-no-1-trimestre-de-2019>>. Acesso em 20/09/2020.

IBGE. **PNAD Contínua trimestral: desocupação cresce em 14 das 27 UFs no 1º trimestre de 2019**, 2019, disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/>>

agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24486-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-14-das-27-ufs-no-1-trimestre-de-2019>. Acesso em 20/09/2020.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias**. Julho 2019, p. 2. Atualizado em 19/03/2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjZzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>.

KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza. In: **Estudos críticos sobre o sistema penal**. Organização de Jacson Luiz ZILIO, Fábio da Silva BOZZA. Curitiba: LedZe, 2012, p. 679 cm. ISBN 978-85-65626-08-8. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=100577>. Acesso em: 24/08/2020.

MARKEZ, Iñaki; RODRÍGUEZ, Graciela. Drogas y género en el ámbito penitenciário. In: **Oñati Socio-Legal Series**. Vol. 2, n. 6, 2012, p. 157.

NOVAES, Elizabete David. Uma Reflexão Teórico-Sociológica acerca da inserção da Mulher na Criminalidade. **Revista Sociologia Jurídica**. 2010, n° 10. Disponível em: <<https://sociologiajuridica.net/uma-reflexao-teorico-sociologica-acerca-da-insercao-da-mulher-na-criminalidade/>>. Acesso em: 09/09/2020.

OLMO, Rosa Del. **La face oculta de la droga**. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PEARCE, Diana M. **The Feminization of Poverty: Women, Work, and Welfare**, 11 URB. & SOC. CHANGE VER, (1978).

PIMENTEL, Elaine. **Amor bandido**: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas. VI Congresso Português de Sociologia: Mundos Sociais: saberes e práticas, Lisboa, n. 708, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/708.pdf>>. Acesso em: 15/09/2020.

POEHLMANN, J. Representations of Attachment Relationships. In **Children of Incarcerated Mothers**. Child Development, v.76, n. 3, 2005.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, n° 2, jul/dez. 1995, p. 71-93.

SCOTT, Joan. **Gender and the politics of history**. New York: Columbia University Press, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. In: **Drogas: uma nova perspectiva**. / Clécio Lemos; Cristiano Avila Marona; Jorge Quintas. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 235-236.

SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I. **Prisioneiras: Vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

VALOIS, Luiz Carlos. **O direito penal da Guerra às drogas**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Guerra às drogas e letalidade do sistema penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, 2013. Disponível em: <<https://www.emerj>>.

tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista63/revista63_115.pdf>. Acesso em 07/08/2020.

A DEPURAÇÃO MATERIAL DAS RELAÇÕES ÉTNICO-SOCIAIS COMO MÉTODO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Fabiana Pimenta da Rocha

Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Lívia Pagani de Paula

Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Resumo:

Apresenta uma proposta de análise mais fidedigna acerca da subjugação étnica brasileira e do processo histórico de segregação racial, trazendo o assunto à tona com informações em parte desconhecidas por parcelas da população do país. Com enfoque no estímulo ao conhecimento histórico, pretende demonstrar as múltiplas facetas da responsabilidade comissiva ou omissiva do Estado no processo discriminatório, de modo a levar ao alcance cognitivo do leitor a problemática racial enquanto um problema estrutural, consciência essencial a materializar a mudança de atitude. Avalia o impacto da educação e da informação no combate ao racismo e na promoção da igualdade material e observância dos direitos humanos das populações segregadas. Como referencial teórico, adota-se Michel Foucault e a ideia da realidade social baseada em relações de poder, que se espalham, indo a todas as direções. Apoiar-se em pesquisa exploratória, eminentemente bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Segregacionismo; Direitos Humanos; Educação; Racismo; Representatividade.

Introdução

O território brasileiro foi alvo de um processo histórico de colonização

e exploração que demandou a utilização de farta mão-de-obra, tanto de parte das populações indígenas que já se encontravam na região, quanto e em número muito maior, de pessoas negras traficadas do continente africano.

A subjugação e escravização desses sujeitos tinha por base a supressão de direitos, de sua cultura, de sua dignidade, retratando uma dinâmica holocaustica de desumanização, que somente viria a ser interrompida após a eclosão de movimentos abolicionistas permeados por intensa pressão de outras nações.

Sem mais espaço para a coisificação do povo preto, em maio de 1888, o Brasil finalmente formaliza a abolição da escravatura. Aquela liberdade, todavia, seria claramente relativizada pelo oceano de pobreza, falta de oportunidades, carência de direitos básicos como educação, saúde, moradia, segurança, em que os negros se veriam mergulhados, um problema que até hoje permanece no seio social.

Semelha-se dificultoso, para grande parte dos brasileiros, alcançar essa realidade histórico-social e dimensionar a responsabilidade de um Estado que, quando não atuou contra essas populações, manteve-se omissivo ante as mazelas que ele mesmo causou, o que denota a imprescindibilidade do escancaramento dos fatos históricos pelos mais diversos meios, com a maior frequência possível e das mais variadas maneiras.

Daí surge a proposta da *lembrança* como forma de se proporcionar uma compreensão mais abrangente acerca do processo de segregação racial no Brasil, auxiliando no efetivo combate à marginalização das populações negras e pardas. A ideia consistiria em difundir o assunto em múltiplos espaços sociais, de modo a esclarecê-lo e admiti-lo, trazendo à tona a premente necessidade de uma mudança substancial na sociedade.

O hiato cronológico do evento *escravidão* não o superou ou dissolveu por si só, até porque, foram aproximadamente 350 anos de opressão, seguidos de exíguos 132 anos de um abolicionismo que, processo complexo que é, não o foi assim tratado, e por isso ainda acontece, todos os dias.

Embora contemos com uma carta republicana voltada à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da marginalização e da pobreza, ao repúdio ao racismo, em suma, à promoção da igualdade, é possível constatar por uma análise meramente perfunctória das configurações sociais brasileiras, se tratarem de propostas formais, que dependem de muita ação e reação para se tornarem materiais, superando as cruéis e funestas consequências de anos de práticas discriminatórias.

Algumas relações e circunstâncias sociais persistem sem a visibilidade, o amparo, a atenção e até mesmo a juridicidade necessária, seja ela advinda da norma legislada, de políticas públicas efetivas ou mesmo, em último caso, de atividade jurisprudencial, com a judicialização de casos extremados.

Nesse artigo, a fim de melhor se delinear a proposta da igualdade material, a visada é sobre como conscientizar as pessoas sobre o racismo persistente na sociedade enquanto um problema estrutural, decorrente do próprio

esqueleto da sociedade e da constituição de suas relações predominantemente econômicas, mas também políticas, jurídicas, não sendo uma patologia social, mas parte de um processo legado pela tradição.

Sabe-se que o tema é revestido de alta complexidade, pois transcende os contornos da Sociologia e do Direito, passando pela Filosofia, Pedagogia, Psicologia, comunicando-se, outrossim, com preceitos morais, religiosos, culturais de um modo geral. Por isso se mostra desafiador e necessário desvendar um caminho mais célere e eficaz para a erradicação dessa prática arraigada na sociedade, que quando não provoca consequências fatais culminando na morte, mata existências pretas ainda em vida, provocando desencanto e desumanização.

O Processo Histórico Conducente à Segregação Racial

Desde o encontro fortuito do território brasileiro e do início de sua exploração, a riqueza da metrópole portuguesa dependia de um extrativismo sem sacrifício ou investimentos de longo prazo na colônia e, essencialmente, da usurpação do trabalho de pessoas locais e traficadas.

O processo de desumanização dos sujeitos traficados já se iniciava no continente africano, entre as zonas de captura e o litoral, depois na travessia do Atlântico, devido às péssimas condições sanitárias nos porões dos navios negreiros: doenças, escassez de água e comida. De cada cem negros capturados na África, estima-se que tão somente quarenta e cinco deles chegavam com vida ao Brasil, a taxa de mortalidade no percurso era altíssima, o que retrata um dos maiores genocídios da história da humanidade¹.

Ao chegarem a seu destino, eram comercializados como animais, tratados como mercadorias, com a diferença de que ditas mercadorias se prestavam a “alimentar” as minas de ouro e diamante, os engenhos de cana-de-açúcar, as lavouras de algodão, café, tabaco e outras culturas que sustentavam a economia brasileira.

Indaga-se, entretanto, qual seria o fundamento para a opressão desse povo? Nesse momento emerge a necessidade de conceituação de raça e racismo, porquanto a sociedade contemporânea não pode ser compreendida sem essa assimilação. A filosofia, a ciência política, a teoria do direito e a teoria econômica mantêm, outrora de modo flagrante, hoje ainda que de modo velado, um diálogo com o conceito de raça.

A raça opera a partir de dois registros básicos: como característica biológica e como característica étnico-cultural. Mas foram as circunstâncias históricas de meados do século XVI que forneceram um sentido específico a essa ideia, pois a descoberta de um “novo mundo” conduziria a ideia do europeu como homem universal e todos os outros povos e culturas não condizentes

1 Gomes, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Globo, 2014.

com sua aparência física ou seus sistemas culturais, em variações menos progredidas².

A raça é, portanto, um conceito eminentemente político, sem qualquer sentido fora do âmbito socioantropológico, e por meio do qual se legitima a opressão e subjugação daquele visto como menos evoluído. A partir do momento que essa diferenciação traz vantagens ao opressor, ela ganha cada vez mais espaço e se incrusta na estrutura social, sendo naturalizada.

Foi nessa toada segregatória que, em paralelo, se materializa o conceito de racismo, que nas palavras de Silvio Luiz de Almeida, “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 pertencem³”.

Ocorre que, paulatinamente se observava a insustentabilidade dessa subalternização discriminatória e desumana, tanto pela crueldade com que se dava, quanto pela pressão internacional, uma vez que a Inglaterra deixara claro que somente reconheceria a independência brasileira caso o país acabasse com o tráfico, e em se tratando de sua principal parceira, sobretudo econômica, além-mar, o rompimento dessa relação diplomática arruinaria o país⁴.

Em 1831 é votado o fim do tráfico, mas a escravatura remanesce, e então se observa o surgimento não somente de movimentos esparsos em prol da liberdade negra, mas também de leis de caráter abolicionista, além da eclosão de personagens que fizeram história na defesa da luta pela abolição da escravatura, como Luiz Gama, André Rebouças, José do Patrocínio, Joaquim Nabuco, Ferreira de Menezes, dentre outros.

Em 1850, a lei Eusébio de Queirós dá início à sequência de leis abolicionistas, seguida da lei que proibia os leilões públicos em 1869, a lei do Ventre Livre em 1871, até que, finalmente, após muita articulação, pressão e luta da população negra escravizada, a princesa Isabel assina a lei Áurea, promovendo a abolição formal da escravização do povo preto.

O dia seguinte ao treze de maio, todavia, não reservava aos até então açoitados outra sorte senão a continuidade de sua subjugação sob outra roupagem, afinal, qual dignidade teria uma população analfabeta, sem terra, sem educação, saúde, saneamento e o mínimo necessário a sua sobrevivência?

Uma vez ingressados em sua suposta liberdade, o que o povo preto experimentou, em verdade, foi um profundo estado de abandono estatal e anomia, pelo que, se constata que, materialmente, não houve abolição: os libertos seguiriam inseridos em outros mecanismos de controle que não permitiriam sua inserção na sociedade, a começar pelo arcabouço legislativo imperial.

2 Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural** (Coleção Feminismos Plurais/ coordenação de Djamila Ribeiro). São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

3 Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural** (Coleção Feminismos Plurais/ coordenação de Djamila Ribeiro). São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

4 Alencastro, Luiz Felipe de. **O Trato dos Viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul Séculos XVI e XVII**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Promulgou-se em 1890 um código penal republicano⁵ pós-alforria que elevava à categoria de delito, além de práticas culturais africanas – como a capoeira e o curandeirismo – a mendicância e a vadiagem, destino provável para libertos sem trabalho e instrução, o que denota a legitimação legal da exclusão social e da privação de direitos humanos.

Conquanto convencionalmente livres, os negros seguiriam sendo privados de sua liberdade e de condições mínimas de sobrevivência digna, pois sua “função” na sociedade brasileira havia se exaurido. Fica evidenciada a ratificação do racismo e a continuidade de sua construção enquanto estrutura excludente e trucida, desde os primórdios, até hoje em dia.

A Falácia da Democracia Racial

O treze de maio promoveu uma apoteose de celebrações em todo o país. Foi, entretanto, sucedido pela apreensão das autoridades de que a festa se convolasse em revolta, e além da perquirida liberdade, as pessoas até então escravizadas passassem a clamar pelos direitos humanos que lhe eram negados, como propriedade, saúde, educação e até mesmo reparação moral pelos séculos de suplício.

Despontava a necessidade de estabelecimento de um combinado tácito para que os ânimos fossem apaziguados: o Brasil, caso singular de extremada miscigenação racial é uma nação multiétnica, vive em estado de democracia racial, aceitação e respeito às diferenças fenotípicas e plena igualdade entre seus habitantes⁶.

Alguns estudiosos da Sociologia passam a tentar vender essa imagem de uma miscigenação pacífica e sem conflitos, mas qualquer análise minimamente mais profunda dos fatos e da conjuntura social complexa que se estabelecia, demonstravam a escusa intenção dessa ideologia: amortizar um conflito social latente, calar a questão racial e ignorar todos os desafios estruturais que esta atrairia para o efetivo desenvolvimento da sociedade.

Desde que passou a ser difundida, logo após a abolição da escravização, a ideologia da democracia racial já se mostrava incongruente, porquanto em aparente paradoxo, era fomentada pelo próprio Estado a imigração europeia, em flagrante e reiterada tentativa de branqueamento populacional.

Embora se tratasse de um país de população predominantemente de origem negra africana e indígena, o consideravam em transição, com raças miscigenadas passando por um processo acelerado de cruzamento, até serem depuradas, mediante verdadeira seleção natural, de modo a tornar o Brasil, um dia, um país branco⁷.

5 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil: art. 158; art. 391; art. 399. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 30.11.2020.

6 Freyre, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed. rev. São Paulo: Global, 2003.

7 Schwarcz, Lília Moritz. **O Espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão

Isso porque o positivismo do século XIX transformaria as indagações sobre as diferenças humanas em indagações científicas. Nasce a ideia de que características biológicas ou condições climáticas e ambientais seriam capazes de explicar diferenças morais, psicológicas e intelectuais entre as diferentes raças. Ganhava prestígio o pensamento identificado como *racismo científico*⁸, que só viria a ser desmistificado em quase meados do século XX.

Fica evidenciada a falácia de uma suposta convivência pacífica de aceitação e igualdade entre as diferentes raças criadas, mormente quando se observa que as relações sociais foram originariamente construídas sobre bases segregacionistas, ou seja, o racismo estrutural.

Alocar a população preta e parda à margem é inseri-la dentro da desejada estrutura, pois o Estado brasileiro cria justamente políticas de marginalização, ou seja, o centro da estrutura somente funciona porque o negro está à margem. Há sempre uma expectativa de que aquele corpo preto esteja em determinado lugar para servir quem ocupa os lugares de destaque social. Posicioná-lo nessa margem e dificultar sua saída dela é um projeto político intencional desde 1888.

A Subjugação Racial e as Relações Sociais de Poder

Cogita-se nesse estudo, uma melhor compreensão acerca das relações de opressão, dominação e, essencialmente, de poder na sociedade contemporânea, utilizando como referencial teórico o filósofo francês Michel Foucault.

Pensador estruturalista, visionário da realidade social como um conjunto formal de relações, Foucault entende que o poder não seria um objeto que se possa ter ou não, mas o que existiria, em verdade, seriam relações de poder, que se espalham por todo o tecido social indo a todas as direções, logo, todos os seres humanos exercem poder uns sobre os outros.

Cedendo lugar à discussão microscópica em detrimento do debate macroscópico, Foucault trata em *Microfísica do Poder*⁹ das questões que nomeou como *pequenos poderes*, exercidos por pessoas ou grupos que consideram que, de fato, existem pessoas superiores em relação a outras.

Os indivíduos, em suas respectivas malhas, exercem o poder, sofrem a ação desse poder, são titulares de certo poder e por isso o veiculam. Os poder periférico e molecular é aquele exercido por indivíduos, empresas, comunicadores, grupos, que podem se exercer em níveis variados e diferentes pontos da organização social e nesse complexo, existem integrados ou não ao Estado.

Reflete-se, nessa toada, que esse poder periférico e microscopicamente entrevisto pelo filósofo, a partir de quando tem o condão de oprimir, teria igualmente a capacidade de equacionar relações sociais a partir de uma mu-

racial no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

8 Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural** (Coleção Feminismos Plurais/ coordenação de Djamila Ribeiro). São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

9 FOUCAULT, Michel. **A Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

dança de padrão “indutiva”, isto é, que partiria das moléculas sociais para sua estrutura macroscópica.

Ainda em *Microfísica do poder*, articula saber, poder e verdade, sustentando que esta última não existe fora do ou sem o poder. A verdade é produzida nesse mundo por força de múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de Poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua política geral de verdade, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros, os mecanismos que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos.

Quando se refere à aplicação do poder na sociedade, Foucault sustenta que este se encontra em todo lugar e se baseia em saberes e discursos. Tais discursos teriam como função legitimar os direitos da soberania e a obrigação de obediência. O Direito atuaria como um instrumento da dominação nos níveis elementares da sociedade, como instituições locais e regionais.

O poder funciona e se exerce em rede, e embora não se aplique aos indivíduos, passa por eles, uma vez que se encontra no meio dos saberes. O poder estaria constituído não de ideologias, mas de um arcabouço de técnicas que, refinando-se como uma ciência, tencionam alcançar o escopo do poder, que é a dominação.

Em outra de suas obras, Foucault aborda a disciplina, especificamente em *Vigiar e Punir*¹⁰, como forma de exercer poder sobre o corpo dos indivíduos, convolvendo-o numa máquina de obedecer. Nesse ponto toca nas “instituições de sequestro”, a exemplo das escolas, universidades, hospitais, asilos, extintos hospícios, presídios etc. Constrói esse raciocínio explicando que em virtude da dificuldade de se disciplinar alguém livre, nasce a necessidade de se “sequestrar” o indivíduo da sociedade, confiná-lo na instituição e discipliná-lo individualmente.

Partindo da premissa que essa é a nossa configuração social contemporânea, indaga-se, por oportuno, acerca do papel dessas instituições no combate à discriminação racial através da disciplina e da construção de um saber despido de valorações étnicas negativas. Afinal, na análise foucaultiana, o conhecimento também se reveste como objeto de poder.

Abordando a questão do poder em *A Ordem do Discurso*¹¹, as indagações de Foucault são encaminhadas no sentido de compreender as formas pelas quais os poderes ligam-se a determinados discursos, a fim de produzir efeitos de verdade. O filósofo desponta o discurso como uma forma de poder, por se tratar de força capaz de canalizar emoções e razões.

Na mesma obra, Foucault vislumbra na educação, um instrumento graças ao qual todo indivíduo, numa sociedade como a nossa, pode ter acesso a qualquer tipo de discurso. Contudo atenta para o fato de que a distribuição

10 Foucault, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

11 Foucault, Michel. **A Ordem do Discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola: 1996.

desse direito – à educação – no que permite e no que impede, está marcada pela distância, pelas oposições e pelas lutas sociais.

Ante essa multifacetada análise histórico-filosófica da complexidade das relações sociais, nesse momento se parte ao enfrentamento da problemática racial através do estudo de mecanismos efetivamente viáveis no combate ao racismo.

Os Possíveis Mecanismos de Depuração das Relações Étnico-Raciais

Tendo em vista a nocividade da falta de consciência social e étnico-racial no Brasil, há muito são pensados mecanismos de enfrentamento dessa complexa problemática.

Em suas diversas facetas funcionais, o Estado já demonstrou reconhecer sua responsabilidade enquanto opressor comissivo – desde o período colonial passando pelo Império, indo até o início da República e suas leis segregatícias – e enquanto opressor omissivo – nada fazendo em socorro dos negros recém-libertos e sem condições materiais de gozar de sua suposta liberdade. Prova desse reconhecimento é a observância de sua atuação contemporânea enquanto Estado-legislador, Estado-administrador, ou como Estado-juiz.

No exercício de sua soberania, o Brasil se torna signatário de variadas declarações, tratados e acordos internacionais com visos à proteção e promoção de direitos humanos, em especial das parcelas sociais excluídas, dentre eles a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹² (incorporada ao ordenamento jurídico interno em 1969), que em seu corpo aquiesce sobre a existência de barreiras raciais que repugnam os ideais de qualquer sociedade humana.

Ainda em sua função legislativa, o poder soberano ratifica a necessidade de chamar para si a obrigação de adotar providências em detrimento da segregação racial e promulga uma Constituição fortemente calcada em ideais humanitários e de igualdade, abominando o racismo de forma expressa, além de editar normas gerais guiadas por esses ideais, tipificando condutas discriminatórias, especialmente na esfera criminal.

Guiado por esse propósito, a ideia é que, desempenhando sua função executiva, o Estado busque aplicar as referidas normas em sua atuação enquanto administrador, ao passo que o Judiciário as justaponha aos casos concretos, dirimindo conflitos com enfoque na depuração das relações étnico-raciais.

Foi nessa toada, que ações afirmativas focadas predominantemente em educação oficializaram o objetivo de se trabalhar numa expectativa de superação do racismo e promoção da igualdade racial. Duas das mais contundentes

¹² Decreto n.º 65.810, de 08 de dezembro de 1969: promulga a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em 29.11.2020.

foram as leis 10.639/03¹³ e 12.711/2012¹⁴.

A primeira delas, que torna obrigatório o ensino da história e cultura afro-brasileira nas redes de ensino nacionais, se baseia no fato de que a maioria das pessoas que povoou o território brasileiro, principalmente durante a intensa “imigração” ocorrida no século XIX, foi de população africana, logo, a história da África é mais importante para a formação do povo brasileiro do que a Ásia, grande parte da Europa e das Américas.

No que concerne à segunda lei, preconizadora nacional da política de cotas, finalmente se positivou a essencialidade de tal providência para viabilizar o acesso à educação e ao trabalho aos negros, pardos e índios, que em geral são os brasileiros mais carentes de recursos e de formação, sendo importante lembrar que se trata de uma política baseada em estatísticas étnicas dos Estados. O amplo acesso a tais direitos fundamentais é a esperança da consolidação da democracia plena no país.

Ocorre que, ante tais ações afirmativas mais expressivas já adotadas pelo Estado, ainda há muitos que as questionam, demonstrando senão desconhecimento da História e da realidade social brasileira, um conhecimento raso, cuja superficialidade não os permite enxergar o processo de exclusão como uma realidade patente e cruel, comprovada por dados que demonstram a maior mortandade das populações pretas e pardas¹⁵, sua maior presença no sistema carcerário¹⁶, seus níveis inferiores de educação¹⁷ etc.

Trata-se de um fenômeno mencionado por, dentre outros, Daniel Sarmiento¹⁸, como *backlash cultural e econômico*, um dos aspectos da crise constitu-

13 Lei ordinária federal que, ao alterar a lei de diretrizes e bases da educação nacional, inclui no currículo oficial das redes de ensino, a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-brasileira”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.639.htm. Acesso em 22.11.2020.

14 Lei ordinária federal que estabelece percentual de vagas destinado a pessoas autodeclaradas como pretos, pardos e indígenas em universidades federais e instituições federais de ensino técnico de nível médio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 22.11.2020.

15 Dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, comprobatórios da maior mortandade de pessoas pretas e pardas. Tabela Violência, n.º 5.6. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html?edicao=25845&t=resultados>. acesso em 30.11.2020.

16 Última disponibilização do Relatório do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), de junho de 2014, comprobatório do maior contingente populacional de negros e pardos no sistema carcerário brasileiro. Pág. 50. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/relatorio-do-infopen-e-lancado-em-formato-aberto-na-internet.3>. Acesso em 30.11.2020.

17 Estatísticas oficiais reveladoras das desigualdades entre negros e pardos e brancos, em especial, relacionadas a escolarização. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25989-pretos-ou-pardos-estao-mais-escolarizados-mas-desigualdade-em-relacao-aos-brancos-permanece>. Acesso em 22.11.2020.

18 Em palestra realizada na Escola Superior do Ministério Público em 05.02.2019, o jurista argumenta o fenômeno que ocorre no país como um dos aspectos da crise constitucional brasileira. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/noticias/backlash-cultural-e-economico-e-um-dos-aspectos-da-crise->

cional brasileira, mas que pode ser visto melhor como um problema civilizacional, em que se verifica o recrudescimento do incômodo dos indivíduos “*superincludidos*”, que gozam dos direitos e possuem privilégios, ante a embrionária conquista de direitos pelas populações segregadas.

Por conta dessa insurgência das classes dominantes, manifestando seu desejo de se manter hierarquicamente distante das identidades originariamente tratadas de modo subalterno, o Estado mais uma vez teve que atuar, exercendo sua função Estado-juiz, quando por meio de sua Corte Suprema Constitucional, se posicionou unanimemente pela constitucionalidade das cotas, em 2012.

Embora os negros não sofram discriminação legal, há mecanismos informais que os discriminam e desqualificam de forma óbvia, sendo, nessa oportunidade, reconhecida pelo Poder Público, a necessidade de inseri-los no contexto social da maneira mais célere possível, viabilizando espaço e representatividade.

Conquanto o Estado, em suas múltiplas formas de atuação, demonstre reconhecer as conseqüências advindas de tão longo processo de subjugação racial, o que se observa, na prática, é uma sociedade que ainda tem uma atuação incipiente no combate à discriminação racial¹⁹ e na promoção da igualdade.

Há ainda algumas figuras de grande relevância pública que insistem em pregar a democracia racial abordada²⁰, não reconhecendo a remanescência do racismo enquanto um problema estrutural, e prestando verdadeiro desserviço à promoção dos direitos humanos das populações excluídas. Formadores de opinião, autoridades e influenciadores – como a mídia – não deveriam sobremaneira se posicionar em flagrante demonstração de desconhecimento histórico e estatístico da realidade social brasileira.

O objeto desse estudo, afinal, é justamente analisar os meios de atuação, tanto do Estado quanto da sociedade civil, efetivamente eficazes para o combate a segregação racial.

Após muito estudo social, se constatou que a educação seria uma saída para atuar em duas frentes: tanto conscientizar o opressor acerca do racismo enquanto problema estrutural, incrustado na gênese social, materializado nas

constitucional-explica-daniel-sarmiento/@nitf_galleria. Acesso em 30.11.2020.

19 Ao proferir sentença em um processo criminal na cidade de Curitiba, uma magistrada foi acusada de racismo, porquanto constatou se tratar o réu “seguramente integrante do grupo criminoso, em razão de sua raça”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/tj-pr-arquivo-processo-disciplinar-juiza-acusada-racismo>. Acesso em: 29.11.2020.

20 Ao comentar o caso de um homem negro morto e espancado numa loja de um supermercado, o vice-presidente da República afirma “não existir racismo no Brasil”, sendo acompanhado pelo presidente da Fundação Palmares, que afirma por sua vez “não existir racismo estrutural no Brasil, tratando-se de um racismo tão somente circunstancial”. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/11/20/mourao-lamenta-assassinato-de-homem-negro-em-mercado-mas-diz-que-no-brasil-nao-existe-racismo.ghtml>. Acesso em 29.11.2020.

mais simples atitudes cotidianas (piadas, referências, comportamentos etc.); quanto proporcionar ao oprimido, meios de ascensão social, retirando-o daquele lugar marginal no qual foi deliberadamente colocado pela estrutura do Estado.

Algumas questões, entretanto, permeiam esse debate, quando o enfoque reside na educação, sendo estas: que tipo de educação é essa que deve ser levada aos múltiplos espaços sociais de modo a efetivamente combater o racismo? Como atingir às mais variadas camadas da sociedade? A representatividade pode funcionar como verdadeira esteira da superação da segregação racial?

A educação que deve ser levada à sociedade deve ser baseada na cessação da negação da verdade histórica. Se as dinâmicas não são entendidas, combatê-las fica mais difícil. É importante que se desconstrua tudo que aprendemos de errado ou insuficiente, ou seja, que não se resume mais a história do negro tão somente à “escravidão”, em flagrante desconhecimento do processo de escravização de pessoas humanas ocorrido.

Destaca-se que até os próprios pedagogos não são preparados para conhecerem a história dos negros, as leis, a diversidade racial, o que dificulta essa mudança, pois o conhecimento da história é elementar para que se possa aprender os processos sociais: o contingente populacional “não humano”, retirado de sua terra, despejado num local em que de repente se tornaram criminosos, em flagrante desprezo a sua ancestralidade; sua posterior não inclusão, o não acesso a educação. O processo de conversão desses indivíduos efetivamente em humanos é longo e precisa ser de conhecimento de todos, sobretudo dos educadores, e isso deve ser promovido, sobretudo pelo Estado, num formato de educação-informação.

A obrigatoriedade de cumprimento da lei 10.639/03 está sendo executada de forma muito aquém, é necessário que a comunidade escolar, de fato, assuma isso, o que ainda não ocorre e somente ocorrerá com fiscalização e pressão do Poder Público. Essa mudança deve ser assumida, sob pena da lei nunca avançar.

No que tange à representatividade, trata-se de providência relevantíssima, é necessário que se busque outras referências, que se tenha ciência da existência e importância de saber intelectuais negros e negras. O silenciamento tem nome, cor, raça e a escola o reproduz, logo, a primeira proposta é recuperar a voz do povo preto. Construimos um vínculo histórico direto entre negro-escravizado, depois negro-marginalizado, depois negro-pobre e, não intelectual, e esse estereótipo urge por ser superado.

O estímulo à ocupação e representatividade e a educação, contudo, embora importantíssimos e indissociáveis da evolução social, ainda não são suficientes à transformação almejada.

Cogita-se que além de leis e ações afirmativas, o próprio Estado, no desempenho de suas funções, deve ter uma atitude de discriminação positiva mais contundente para inclusão do povo preto, para que imagens e ideias não sejam produzidas e circuladas por uma única raça, para que os processos de

violência não sejam destinados a um único grupo racial, para que posições sociais de destaque não sejam ocupadas por uma única cor.

A única coisa que pode transformar isso é uma mudança estrutural na sociedade. Se como diria Foucault, a verdade não existe fora do ou sem o poder, a verdade da sociedade deve mudar, os tipos de discurso que ela acolhe, igualmente, de modo que as relações de poder se alterem e se espalham por todo o tecido social indo fatidicamente a todas as direções.

A obrigatoriedade é de que qualquer movimento que se faça na direção de conscientização e mudança de comportamento seja um exercício contínuo e resistente.

Conclusão

O esforço pela equidade social não se pode confundir com um olhar para as minorias ou a busca de instrumentos em favor da diversidade, mas em favor da democracia propriamente dita, uma vez que a população preta e parda, desde o século XIX, é a maioria no país, logo, sem que esta participe do poder, das decisões, do funcionamento do Estado, não há governo do povo, não há democracia.

Deve ser combatido o silenciamento epistemológico, ou seja, o não reconhecimento do negro enquanto fonte de conhecimento; o silenciamento representativo, isto é, os obstáculos impostos as pessoas negras para chegarem nos locais de destaque da sociedade; a mortandade do povo preto: discutem-se políticas públicas e se busca lutar pelo acesso a educação pelo povo preto e o acesso a informação como método de combate ao racismo, enquanto muitas vezes se mostra necessário lutar pela vida.

Enquanto o Brasil não respeitar sua ancestralidade e as pessoas que o construíram, dificilmente será alcançada a evolução social, pois repisa-se, os negros e pardos são o maior contingente de população, pelo que, enquanto forem segregados, excluídos e silenciados, só temos menos da metade de pessoas com possibilidades de ocupação de lugares de destaque na sociedade, algo quantitativamente inviável à construção de riqueza no país como um todo.

O papel do Estado exercendo suas múltiplas funções é essencial para isso, sobretudo na fiscalização e promoção da educação-informação, da inclusão e da representatividade, de modo a finalmente convivermos em uma sociedade que se aproxime mais de ideais humanitários, baseados em igualdade material, dignidade e respeito à raça humana, que como muitos elucubram, deveria, de fato, ser considerada uma só.

Referências

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **O Trato dos Viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul Séculos XVI e XVII**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural** (Coleção Feminismos Plurais/

- coordenação de Djamila Ribeiro). São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- FOUCAULT, Michel. **A Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed. rev. São Paulo: Global, 2003.
- GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Globo, 2014.
- KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. 1. Ed. São Paulo: Cobogó, 2019.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- TOLENTINO, Luana. **Outra Educação é Possível**: feminismo, antirracismo e inclusão em sala de aula. Minas Gerais: Mazza, 2017.

A PRISÃO DO SER: DA INVISIBILIDADE SOCIAL À VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DA PESSOA TRANS ENCARCERADA

Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

Mestre em Direito Civil e Doutora em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora titular da Universidade Federal de Goiás, nos Programas de Pós Graduação em Direito Agrário e no Doutorado da Rede Pro Centro Oeste de Biotecnologia Biodiversidade, e no Programa de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto. Pesquisadora bolsista produtividade do CNPq

Alexandre Celioto Contin

Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado criminalista

Resumo:

O sistema prisional brasileiro enfrenta profunda crise e tem se apresentado incapaz de preservar os direitos fundamentais do encarcerado. As pessoas transgênero enfrentam grande estigma, invisibilidade e violência social. Se o sistema punitivo, por si só, já impõe um tratamento degradante inerente ao cárcere, para além da violência social, a pessoa trans enfrenta violências institucionais na prisão, local este que, além de reproduzir, intensifica a estrutura patriarcal, machista e homofóbica. Diante da lógica binarista e determinista biológica, em um contexto de dominação da masculinidade do sistema penitenciário brasileiro, busca-se uma reflexão do tratamento e a realidade das pessoas inseridas no espectro “T” privadas de liberdade. Neste sentido, a problematização aqui proposta visa investigar o tratamento e a realidade conferido às minorias na prisão, notadamente às pessoas transgênero, e se configura uma violação de direitos humanos. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Gênero; Sistema Prisional; Transgênero; Violência.

Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 uma série de para-

digmas foram rompidos, destacando-se, nesse espectro, especial relevância ao princípio da isonomia e dignidade da pessoa humana, estampados no artigo 5º da Magna Carta, segundo o qual todos são iguais perante a lei e todos possuem direitos inerentes a sua existência humana.

Desde os primórdios da existência do Estado, este esteve agregado ao instituto da pena, o qual acredita(va)-se servir para ordenar a vida em sociedade e proteger de lesão os bens juridicamente tutelados.

O sistema que se dispõe a resolver os conflitos criminalmente puníveis, fundado em um modelo denominado retributivo, encontra-se deteriorado no país, agravando ainda mais o problema que se dispõe a resolver. O simples encarceramento, visando o afastamento temporário do infrator da sociedade, acaba por marginalizá-lo ainda mais, cenário que se qualifica em se tratando de minorias.

Despiciente registrar que, ainda que a legislação preveja um vasto rol de direitos e garantias individuais, aplicados inclusive no âmbito da execução penal, a realidade demonstra um abandono da dogmática. Em um estado de múltiplas e diversificadas formas de violação a direitos básicos inerentes a todo ser humano, reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal como “estado de coisas inconstitucional”, o sistema prisional brasileiro, para além da pena, impõe ao encarcerado um tratamento degradante.

As mazelas do direito penal, este cada vez mais instrumentalizado como um meio de controle social que tem como público alvo, predominantemente, a população negra, também atinge outros grupos denominados “minoritários.

Neste norte, as pessoas trans têm sido alvo de desvantagem e discriminação social em razão da forma com que manifestam suas identidades e expressões de gênero perante a sociedade e para consigo, sendo vítimas marginalização social, violência psicológica, física e até institucional, o que prejudica o exercício da cidadania e pode configurar violação de direitos humanos.

Se, fora das barreiras físicas das prisões as pessoas transgêneros já enfrentam preconceito e dificuldades, a situação se torna ainda mais deletéria quando inseridas no contexto do encarceramento brasileiro, em um sistema em que vige regras de ordem rígidas e discricionariedades de toda forma.

Assim, o presente artigo versa sobre as situações em que pessoas LGBTQ+ são acusados ou condenados por algum crime, isso é, privadas de sua liberdade, e, portanto, colocados no sistema prisional, verificando se são vítimas de violação de direitos humanos em razão de seu gênero. O foco principal do trabalho é a análise do grupo da denominação “T”, ou seja, as travestis e as pessoas transgênero.

O Sistema de (in)Justiça Criminal brasileiro

Com a concepção de que o Estado detém o poder punitivo, a justiça Criminal tem como o objetivo manter o equilíbrio social, a fim de garantir um convívio pacífico entre os membros de sua sociedade. A partir do século

XVIII, surge a concepção de que a privação de liberdade seria a alternativa mais humana aos castigos corporais e à pena de morte, até então utilizados como meio de coerção.

Essa alternativa, porém, com o passar dos anos, torna-se o principal, se não o único, meio utilizado pelo Estado para exercício do *jus puniendi*. É a partir dessa perspectiva que se trabalha com a ideia de que a função precípua do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais à tranquilidade social, porém como *ultima ratio*, ou seja, como última opção de controle, tendo em vista o fracasso dos outros meios formais de controle social em relação à proteção dos bens da vida relevantes¹.

Figura, nesse contexto de prisão, o modelo de Justiça Retributiva, cujo pensador referencial é Kant. Segundo tal pensador, há a preocupação de que, ao ser punido, o homem não seja funcionalizado à vista de outros fins que não a resposta à sua conduta, preservando, deste modo, sua dignidade enquanto homem. Eduardo de Melo Rezende nos ensina que Kant defende, para o caso da dissolução da sociedade civil por todos os seus membros, que a pena haveria de ser imposta e cumprida ao último criminoso para que cada qual recebesse o que merece por seus atos e o povo não se torne cúmplice desta violação pública da justiça²

Nesta esteira de ideias, a partir da eleição da prisão como principal resposta social punitiva institucionalizada, especialmente a partir do século XIX, surgiu a crença de que ela seria o meio mais adequado de tratar o indivíduo que outrora transgrediu uma convenção social. Durante longos anos o pensamento otimista prevaleceu, sustentando-se a ideia de que a prisão poderia ser um meio adequado e humano para atingir as finalidades esperadas da pena, ou seja, de que seria possível atingir a ressocialização do indivíduo, o qual, após o cumprimento daquela sanção, não voltaria a delinquir. Todavia, sabe-se que, frustrando aquelas esperanças, atualmente vigora um cenário lamentável, provado pela experiência como fracassado das prisões e, por isso, distante de atingir os as pretensões iniciais.

A crítica a esse sistema é tão enfática que podemos afirmar sem o receio de soar leviano que a prisão não está mais em crise, pois o sistema já faliu. Essa falência levou consigo os objetivos ressocializadores da pena, pois, na conjectura estrutural reconhecida no Brasil, é difícil – senão impossível – obter efeitos positivos no apenado³.

A execução de pena no Brasil possui as marcas da escravidão, seja por-

1 ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 62.

2 MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine, (org) et al. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. 3. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

que a maioria da população privada de liberdade seja negra, seja porque há superlotação que marca a concentração de muitas pessoas em ambientes confinados, úmidos, com pouquíssima exposição à natural assepsia promovida pela luz solar, com condições de sanitização praticamente inexistentes, lugares esses, aliás, que muito se assemelham às piores estruturas prediais já construídas pela humanidade, a saber as senzalas e os centros de concentração nazistas.

A forma de retribuição marca a ineficiência do sistema de justiça, pois a máxima de ressocialização que seria o objetivo que a pena deveria alcançar, à luz ainda dos direitos e garantias vigentes no Estado Democrático de Direito, não é alcançada ou tampouco respeitada, frente as situações de degradação humana.

Assim, a ideia é tão somente retribuir ao agressor o mal que ele causou. Ignoram-se, neste sentido, as diferenças existentes entre as pessoas, tratando de maneira igual os desiguais, ignorando as desigualdades sociais, políticas, de gênero, etc. contribuindo para a sua proliferação. É como se o agressor, a partir de um ilícito penal, passa-se a ter uma dívida moral com a sociedade que deve ser paga por meio da punição. Retribui-se o mal pelo mal, não trazendo nenhum benefício real à vítima, à sociedade, e, tampouco, ao agressor.

“T”: Travestis e transgêneros

Partindo da complexidade das relações e estratificações sociais que sedimentaram a sociedade, principalmente diante de fatores como raça, cor e gênero enquanto determinantes na construção do desnivelado cenário brasileiro, depreende-se que inexiste igualdade de oportunidades e direitos, fazendo surgir as “minorias”.

Embora o nome assim sugira, minoras são se referem, necessariamente, a um número menor de pessoas, mas sim a uma situação de desvantagem social. Apesar de que em alguns casos coincida que um grupo minoritário seja composto por um número menor comparado à população, não é através de simples cálculo aritmético que se denomina uma minoria, mas sim mediante análise das relações de dominação a que diferentes subgrupos são submetidos a partir da imposição de certos padrões.

Em outras palavras, são grupos que nas relações sociais perante a sociedade encontram-se em desvantagem ou situação de submissão em comparação ao grupo dominante, sendo mais fácil percepção quando o grupo majoritário passa a discriminar o minoritário, evidenciando a vulnerabilidade social resultante.

Nas lições de Mendes Chaves:

[A palavra minoria se refere a] um grupo de pessoas que de algum modo e em algum setor das relações sociais se encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a um outro grupo, “maioritário”, ambos integrando uma sociedade mais ampla. As minorias recebem quase sempre um tratamento discriminatório por par-

A partir do reconhecimento da desigualdade e vulnerabilidade, Cayres e Cidade definem as minorias como “um conjunto de sujeitos merecedores de proteção especial, pois são alvos de discriminação que geram desigualdades”⁵, ou seja, é necessário o reconhecimento da desigualdade que recai sobre um grupo minoritário e, a partir disso, tomar diferentes ações para proteger e corrigir.

Dentre as conhecidas minorias presentes mundo afora, se destacam no contexto brasileiro os negros, índios, mulheres e população LGBTQ+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgênero, *Queer* e outras), cabendo-nos tratar especificamente da referência “T”, dos transgêneros, que abarca transexuais e transgêneros.

Embora o fenômeno da transexualidade não seja recente, ainda hoje o tema gera controvérsias e dúvidas. Inicialmente, mister se faz compreender que sexo biológico e gênero não possuem o mesmo significado e nem determinam a orientação sexual. Sexo se refere à identidade biológica, ou seja, ao corpo (órgãos) determinado no nascimento do indivíduo, enquanto gênero é entendido como a construção social daquilo que se entende por masculino ou feminino. Já a última significa a orientação de desejo/atração por um ou outro.

Na maior parte das pessoas, a identidade de gênero é correspondente ao sexo biológico (cis ou cisgênero), isso é, aquele nascido com o sexo masculino se identifica como homem e aquela nascida mulher se identifica como mulher. Ocorre que nem sempre existe essa correspondência, o que se denomina transexualidade.

O Conselho Federal de Medicina entende o transgênero como um portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo⁶. Assim, a transexualidade se caracteriza pela contradição entre corpo e subjetividade.

Essa dissonância entre corpo/sexo e gênero não é tida como transitória, razão pela qual o termo “opção sexual” não é adequado ao caso. Aliás, é comum relatos de intenso sofrimento de pessoas transexuais, especialmente na infância, pela presença de um conflito permanente em que há a sensação de ter nascido em um corpo “estranho”, sendo comum a realização da cirurgia de redefinição sexual. Em 2008 o Ministério da Saúde previu o atendi-

4 CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 149-168, 1970. Disponível em: < <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/4487>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

5 CAYRES, Giovanna Rossetto Magaroto; CIDADE, Roberto Berttoni. As minorias, a condição de vulnerável e ações afirmativas. In: **Direitos e garantias fundamentais II**. Organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Acesso em 26 set. 2018.

6 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.955/2010**. Publicada no D.O.U. de 3 de setembro de 2010, Seção I, p. 109-10

mento a transexuais no Sistema Único de Saúde e instituiu através da Portaria 1.707/08 o processo transexualizador.⁷

Já travestis geralmente possuem afinidade e mantêm as características com o sexo biológico, mas não se identificam com o gênero, passando a se vestir e se portar de acordo o gênero oposto. Ambos os termos se caracterizam pela identidade de gênero. Nesse norte, para que as pessoas transgêneros tenha uma vida digna é necessário que sejam reconhecidas de acordo com a identidade de gênero com a qual se compreendem, afinal a identidade de gênero determina como apresentamos, portamos e, principalmente, como somos reconhecidos socialmente.

A par disso, as pessoas transgêneros enfrentam grande estigma e discriminação em nossa sociedade, sendo vítimas permanentes falta de oportunidade de emprego e crimes de ódio. Dados apontam que o Brasil é o país que mais registra homicídios de travestis e transexuais no mundo⁸, fazendo com que a expectativa de vida de um travesti seja de apenas 35 anos, enquanto a média nacional ultrapassa 75 anos⁹.

Essa situação de intolerância ocorre em razão de como os transgêneros manifestam sua identidade de gênero perante a sociedade, ou seja, pelo simples fato de serem quem são, vivendo sob o estigma dos “indesejáveis”, e, ato contínuo, não possuindo condições de viver e ter acesso, livremente, a direitos.

Mais do que isso, é necessário entender que a violência de que são vítimas as pessoas trans, embora ocorram com mais frequência e intensidade na rua, pode estar ainda institucionalizada na escola, família saúde, dentre outros, se espalhando até para dentro dos rígidos muros das prisões brasileiras.

Isso decorre de pensamentos conservadores, preconceituosos e discriminatórios presentes em parte da sociedade, impondo o afastamento dessas pessoas do convívio pessoal, o que, pela via oblíqua, gera desigualdades.

Prisão (d)e gênero

Inobstante as pessoas transgêneros tenham obtido reconhecimento de setores da sociedade, como do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 em que se reconheceu a

7 Brasil. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 1.707, de 18 de agosto de 2008** [Online]. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Disponível em: URL: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html.

8 Transgender Europe. **Transrespeto versus Transfobia en el Mundo: un estudio Comparativo de la situación de los derechos humanos de las personas Trans**. 2012. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/TvT_research-report_ES_.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

9 Cf. IBGE. **Projeção da população 2010-2060**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26103-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-76-3-anos-em-2018>>. Acesso em: 05 nov. 2020;

união estável homoafetiva, e mais recentemente da possibilidade de utilização de nome social e o direito de submeter-se a cirurgia de alteração de sexo através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, estão longe de terem seus direitos minimamente assegurados.

Para além do reconhecimento legal de sua identidade de gênero, a população trans no Brasil vem enfrentando diversos desafios no que tange à inclusão e reconhecimento de sua dignidade perante a sociedade. Como já demonstrado, orientação sexual não decorre por si só da identidade de gênero e, de forma mais abrangente, a população trans tem tido negado o acesso a uma vida livre de violência no país.¹⁰

Isto porque, conforme já destacado, dados da organização não-governamental Transgender Europe mostram que 39,8% dos 816 assassinatos de pessoas trans no mundo de 2008 a 2011 ocorreram no Brasil¹¹. Assim, a transfobia faz com que essas pessoas sejam consideradas inferiores e objetos de violência diária.

O preconceito é algo corriqueiro na vida da pessoa trans, muitas enfrentando o conflito do gênero desde a infância também no ambiente escolar, o que pode comprometer o seu desempenho, seja em razão *bullying*, isolamento, assédio e até por desconhecimento ou negligência da escola, levando em muitos casos até a paralização do estudo. Em pesquisa realizada, 50% das pessoas trans afirmaram já ter abandonado o ambiente escolar, destacando como maiores motivos a transfobia e depressão. Levantou-se ainda que dentre os maiores obstáculos a conclusão do ensino estavam o preconceito, agressão e assédio.¹²

Utilizamo-nos desse suporte para registrar que, dadas as condições indevidamente impostas pela sociedade às pessoas transgênero, nem sempre essas conseguem seguir o melhor caminho da vida, acabando por se enveredar pelo caminho da criminalidade ou sendo vítima de uma persecução penal seletiva e injusta, culminando no ingresso no sistema prisional.

Não é necessário muito esforço para defender a tese de que um dos locais em que ocorrem as maiores violações a direitos humanos no Brasil é dentro do sistema carcerário. Se o sistema punitivo, por si só, já impõe um tratamento degradante inerente ao cárcere, para além da violência social, a pessoa população LGBTQI+ ainda enfrenta violências institucionais na prisão, local que além de reproduzir, intensifica a estrutura patriarcal, machista e homofóbica da sociedade brasileira.

Precisamos lembrar que o direito penal vem sendo utilizado também

10 GOMES DE JESUS, Jaqueline. Operadores do direito no atendimento às pessoas trans. **Revista Direito e Práxis**, vol. 7, núm. 15, 2016, pp. 537-556 Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil

11 Idem. Transfobia e crimes de ódio: assassinatos de pessoas transgênero como genocídio. **Revista História Agora**, vol. 16(2), 101-123, 2013a.

12 CANTELLI, Andreia Lais; NOGUEIRA, Sayonara N. B. A realidade das/os estudantes trans no Brasil. In: **As Fronteiras da Educação: A realidade dxs estudantes trans no Brasil**. Instituto Brasileiro Trans de Educação. 2019.

como um instrumento de dominação e controle social, estando as prisões quase restritas a populações minoritárias.

Inobstante o Brasil possui a terceira posição do ranking dos países com as maiores populações carcerárias do mundo, com aproximadamente 750 mil pessoas presas, com dados detalhados pelo Ministério da Justiça através do Departamento Penitenciário Nacional, não se tem informações da população transgênero. Embora desde 2004 um sistema de informação estatísticas do sistema prisional seja alimentado (Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), possuindo, por exemplo, diversas informações dos estabelecimentos prisionais como população prisional, sexo biológico, raça, tipo de crime, idade, etc., a invisibilidade social é também encarcerada e, paradoxalmente, se reflete até nas (ausentes) estatísticas.

Conforme narrado por Lamounier em pesquisa acerca dos gêneros encarcerados, “as bichas são as pessoas que, de alguma forma, se apropriam das feminilidades para construção de si. Qualquer pessoa que “dá pinta” pode ser considerada uma bicha. Uma vez percebida assim, a pessoa se torna uma bicha”. Tal denominação apresentada reflete que sequer tratada com a denominação respectiva em razão da identidade de gênero ou orientação sexual as pessoas transgênero são.¹³

No mesmo aspecto, não se sabe quantas pessoas encarceradas pertencem a população da designação “T”, culminando em uma dificuldade de fiscalização das condições a que estão submetidas, bem como se estão tendo preservadas as suas condições de gênero ou sexualidade. Pior do que isso, não há sequer legislação específica tratando das peculiaridades advindas do encarceramento LGBTQI+, o que torna o ambiente ainda mais favorável a decisões de cunho solipsistas e preconceituosas, impondo situações degradantes para além daquelas resultantes de uma sentença penal condenatória.

Em outras palavras, embora saibamos que os presídios possuam regras bastante rígidas, nenhuma lei penal prevê o tratamento dessa população no cárcere. A única norma, se é que assim pode ser tratada, era a Resolução 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, criada em 2014. Essa Resolução previa situações de tratamento mínimas, como o direito de ser chamada pelo nome social; local de vivência específico; vestimentas facultativas de acordo com o gênero; tratamento hormonal, dentre outros.¹⁴

O que se via na prática, no entanto, era o total desconhecimento, a simples desconsideração da referida Resolução ou ainda a inexistência de condições de cumprimento, especialmente no que se refere aos “espaços de vivên-

13 LAMOUNIER. Gabriela Almeida Moreira. Gêneros encarcerados: uma análise transviada da política de alas LGBT no Sistema Prisional de Minas Gerais. **Dissertação**. Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUBD-AYVHBJ>>. Acesso em 05 nov. 2020.

14 BRASIL, Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução conjunto n. 1, de 15 de abril de 2014**. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em 15 nov. 2020.

cia específicos”, servindo a ineficiência estatal como salvo conduto para que as travestis ou transgênero fossem colocadas em alas masculinas, sofrendo violações psicológicas, físicas e sexuais, somente cessadas mediante a intervenção de Tribunais Superiores, ainda que tardiamente¹⁵.

Mais recentemente, ainda frente a desídia do Poder Legislativo, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 348/2020, estabelecendo as diretrizes e procedimento que devem ser observados pelo Poder Judiciário com relação ao tratamento à população LGBTQI+ privada de liberdade, permitindo que permaneçam presos em locais compatíveis com o gênero autodeclarado. Essa Resolução trata-se de um avanço, especialmente ao estender às pessoas trans alguns direitos assegurados às mulheres, como a excepcionalidade da prisão provisórias quando gestante, lactante ou mãe de menores e com deficiência.¹⁶

A despeito disso, pouco ainda se tem notícia da efetivação dessa normativa administrativa que, por ser oriunda do Conselho Nacional de Justiça, vincula somente a Magistratura.

Conclusão

O Estado Democrático de Direito se funda sobre a promoção do bem de todos os que integram a coletividade, firmada ainda no respeito à raça, origem, cor, sexo, e outros que, igualmente, contribuem para a formação da identidade do cidadão e uma sociedade livre e plural.

Por diversas razões, historicamente a sociedade brasileira excluiu e ainda exclui minorias do seu âmago social, impondo-as a marginalização social, caracterizada pela desigualdade frente aos demais.

O Estado possui obrigação constitucional de desenvolver ações para o enfrentamento de todo e qualquer tipo de discriminação que ameaça o livre exercício dos direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança, educação e outros.

Em uma sociedade tão estratificada e desigual como a brasileira, de permanentes e violentos processos de discriminação e dominação, torna-se difícil imaginar estratégias integrais de enfrentamento que dispensem políticas inclusivas.

A preservação da dignidade das pessoas LGBTQI+ precisa ser solidificada legalmente rumo novos horizontes, no qual todo cidadão, respeitada a sua individualidade, poderá ter garantido, mesmo privado temporariamente de liberdade, os demais direitos inerentes a todo cidadão. A privação da liberdade não pode dar azo a uma prisão em razão de ser alguém.

Da mesma forma que políticas afirmativas alcançam alguns grupos minoritários, é necessário rediscutir o sistema punitivo brasileiro, pois, se não

15 Cf. BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo n. 70080189442.

16 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 348 de 13 de outubro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em 05 nov. 2020.

servem aos humanos, imaginem àqueles não tratados ou vistos como portadores de humanidade por parcela preconceituosa da sociedade ou do Estado.

O desenvolvimento do presente artigo evidencia a necessidade de promoção de uma política criminal baseada na reformulação do sistema à luz da Constituição Federal, sobretudo respeitando direitos humanos. Para além de permitir ao preso usar determinada roupa ou manter o corte de cabelo, priorizar a diversidade de minorias mesmo na prisão corresponde à criação de um ambiente democrático e inclusivo, capaz de ressocializar. Mais do que isso, representa reconhecer e aceitar a pessoa transgênero como cidadão e pessoa humana.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores LTDA, 1986.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. 3. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/11/2020.

BRASIL, **Decreto Nº 9.288**, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 1.707**, de 18 de agosto de 2008 [Online]. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Disponível em: URL: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html.

BRASIL, Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução conjunto n. 1**, de 15 de abril de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo n. 70080189442.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 348 de 13 de outubro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em 05 nov. 2020.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população 2010-2060**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26103-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-76-3-anos-em-2018>>. Acesso em: 05 nov. 2020;

CAYRES, Giovanna Rossetto Magaroto; CIDADE, Roberto Berttoni. As minorias, a condição de vulnerável e ações afirmativas. In: **Direitos e garantias fundamentais II**. Organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Acesso em 26 out. 2018

CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 149-168, 1970. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/4487>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.955/2010**. Publicada no D.O.U. de 3 de setembro de 2010, Seção I, p. 109-10.

GOMES DE JESUS, Jaqueline. Operadores do direito no atendimento às pessoas trans. **Revista Direito e Práxis**, vol. 7, núm. 15, 2016, pp. 537-556 Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil.

_____. Transfobia e crimes de ódio: assassinatos de pessoas transgênero como genocídio. **Revista História Agora**, vol. 16(2), 101-123, 2013^a.

LAMOUNIER, Gabriela Almeida Moreira. **Gêneros encarcerados**: uma análise transviada da política de alas LGBT no Sistema Prisional de Minas Gerais. Dissertação. Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUBD-AYVHBJ>>. Acesso em 05 nov. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

Transgender Europe. Transrespeto versus Transfobia en el Mundo: un estudio Comparativo de la situación de los derechos humanos de las personas Trans. 2012. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/TvT_research-report_ES_.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 62.

VIOLÊNCIA RACIAL: PASSADO E “PRESENTE” DE DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

Maria Carolina Silva Garbo

Advogada, pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Projuris de Ourinhos/SP e membro do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas, pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro (Jacarezinho/PR)

Resumo:

A estrutura da sociedade produz desigualdades que atingem a existência das pessoas negras. A discriminação ocorre de forma dupla, por sua cor de pele e por sua condição socioeconômica. Esse problema é histórico, e no Brasil, iniciou-se com a escravidão das pessoas negras. Segundo, Alencastro (2000, 355) “na realidade, nenhum país americano praticou a escravidão em tão larga escala como o Brasil. Do total de cerca de 11 milhões de africanos deportados e chegados vivos nas Américas, 44% (perto de 5 milhões) vieram para o território brasileiro num período de três séculos (1550-1856).” A série de demonstrações populares contra o racismo sistemático, dentre elas os protestos “Vidas Negras Importam” que ocorrerem neste ano (2020) em vários países, e teve como estopim a morte de George Floyd, por um policial branco, filmada e difundida mundialmente, no entanto, já outros casos com este terrível fim, já aconteceram e continuam acontecendo, como será exposto. O objetivo é analisar se a abordagem policial pode ser atrelada ao racismo, apresentando alguns casos ocorridos no Brasil e em outros países, que se tornaram conhecidos e levaram além da comoção social, protestos e demonstrações públicas, seja em ajuntamento popular presencial ou pelas mídias sociais, de compaixão pelas vidas perdidas e revolta ao racismo e aos seus praticantes. Assim, por meio de análise das atitudes policiais durante as abordagens, buscou compreender se a violência se deu em razão da cor de pele.

Palavras-chave: Violência; Pessoas Negras; Racismo.

Introdução

O objeto do trabalho é o seguinte questionamento: a violência contra pessoas negras em uma abordagem policial, pode ser atrelada ao racismo?

Para buscar as respostas ao questionamento, foram utilizadas revisões bibliográficas, leitura de artigos científicos, análise de reportagens contempo-

râneas aos casos e de pesquisas realizadas por órgãos oficiais.

Cumprir esclarecer, inicialmente, que a intenção da pesquisa não é criticar a polícia e seu trabalho na repressão da violência ocorrida na sociedade de forma geral, mas criticar, apontar e tentar entender o modo como as relações sociais e culturais criam posturas, muitas vezes, agressivas, no trato com as pessoas negras, podendo afetar, inclusive, a abordagem policial.

A reflexão fundamental a ser feita é perceber que, quando pessoas negras estão reivindicando o direito a ter voz, elas estão reivindicando o direito à própria vida. (RIBEIRO, 2017, p. 43).

Assim, foram expostos o seguinte, primeiramente, uma breve explanação sobre o racismo e as diversas violências contra as pessoas negras no Brasil, dando sequência nos direitos, em especial ao direito humano, a abordagem policial e o possível racismo, nos quais, foram mencionados alguns casos midiáticos, exibindo, por fim as considerações finais sobre a pesquisa realizada.

O racismo como construção cultural tem sua estrutura firmada em teorias e concepções que afirmam a inferioridade de certas pessoas por critérios de marca ou de origem, com presença na mente das pessoas e alimentado por conceitos e informações que podem converter-se em conhecimento geral. (MELO, 2010, p.94).

Entende que, há necessidade de reflexão sobre um assunto tão antigo e tão atual, já que os anos e a evolução social não foram capazes de aplacar essa prática, para que assim propicie-se o debate à luz dos princípios constitucionais brasileiros, como isonomia e dignidade da pessoa humana e os direitos humanos, inerente a todos, independentemente, de sexo, religião, etnia, nacionalidade ou qualquer condição do ser.

Racismo e Violência Contra Pessoas Negras no Brasil

No primeiro momento, é importante compreender o que é o racismo, para assim seja abordado a sua existência no Brasil. Para Melo (2010, p.15) “O racismo pode ser conceituado como doutrina, como atitudes e como preferências.”

O art. 2º da Declaração sobre Raça e Preconceito Racial da UNESCO, afirma:

O racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas nos preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a falsa ideia de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentárias e práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos antissociais; cria obstáculos ao desenvolvimento de suas vítimas, perverte a quem o põe em prática, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos, é contrário aos princípios fundamentais ao

direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais.

Já, segundo, Ribeiro (2019, p. 12) “Movimentos de pessoas negras há anos debatem o racismo como estrutura fundamental das relações sociais. O racismo é, portanto, um sistema de opressão que nega direitos, e não um simples ato de vontade de um indivíduo.”.

A baixa escolaridade, dificulta o acesso a empregos, marginalizando as pessoas negras da sociedade. Por causa do racismo estrutural, a população negra tem menos condições de acesso a uma educação de qualidade (RIBEIRO, 2019, p. 43). Não há como negar a existência de preconceito racial no Brasil, preconceito não apenas como sentimento, mas também como forma de exclusão social, ocupacional e educacional (SANTOS e SILVA, 2018, p. 264/265).

Seguindo nesse mesmo sentido, para compreensão do racismo, tem-se que o Brasil foi o último país a abolir a escravidão. Trata-se de fato histórico, que embora pareça distante, acabou por deixar a sociedade brasileira com marcas de sua existência, este é o entendimento de Nunes (2006).

Segundo Munanga (2004),

A ideologia do branqueamento presente no processo de miscigenação conformou no Brasil a construção de uma identidade nacional baseada na herança branca europeia, negando qualquer possibilidade de se pensar em alguma identidade alternativa, fundamentada na herança negra de origem africana.

Assim, há rotulação e permissão em poucos espaços para as pessoas negras, no entanto, o negro quer ir além dos espaços que historicamente a sociedade brasileira lhe tem reservado: futebol, carnaval, música, escola de samba, terreiros religiosos (PEREIRA, 2002, p. 69).

A diferença encontrada na sociedade quanto à raça das pessoas também é encontrada na violência. Pelos dados apurados, verifica-se que os números de mortes de pessoas negras é muito acima de não negros. No Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020 – FBSP, divulgado pelo site G1, possui os seguintes dados.

MVI (Mortes Violentas Intencionais)

2019 - 47.773 mortes violentas intencionais, com 75% de negros.

2018 - 57 574 mortes violentas intencionais, com 75% de negros.

Houve redução de 17 % (9.801 casos a menos).

HOMICÍDIOS

39.561 homicídios em 2019 com 74,4% negros.

49.153 homicídios em 2018 com 75,6% negros.

O número de homicídios no Brasil caiu 19,5% em 2019 em relação a 2018. (9.592 vítimas a menos que 2018)

LETALIDADE POLICIAL

As mortes decorrentes de intervenções policiais passam de 75,4% de

negros mortos em 2018 para 79,1% de negros mortos em 2019;
Das pessoas mortas pela polícia em 2019, 79,1% são negros. Em
2018, essa porcentagem foi de 75,4%.
6.357 mortos pela polícia em 2019.
6.175 em 2018.
Houve aumento de 2,90%.

O Atlas da Violência 2020, abordado na reportagem de Acayaba e Arcoverde, para o G1 SP e Globo News, apurou que a taxa de homicídio de negros no Brasil saltou de 34 para 37,8 por 100 mil habitantes entre 2008 e 2018, representando um aumento de 11,5% no período.

Direitos Humanos e a Discriminação Racial

O Brasil assinou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Étnico-Racial, com promulgação pelo Decreto nº 65.810/69, com reconhecimento de competência do Comitê Internacional para Eliminação da Discriminação Étnico-racial para receber e analisar denúncias, através da promulgação do Decreto nº. 4.738/03.

O racismo encontra meio de combate na fundamentação jurídica, tendo em conta a violação de direitos ligados ao grupo, e a existência de medidas legais.

Conforme dispõe o art. 1º da Convenção Interacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, conceitua-se com discriminação racial toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, o gozo ou o exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direito humanos e liberdade fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro da vida pública. Têm-se, pois, uma ação, uma fundamentação e um objetivo para a conduta discriminatória.

Praticar o racismo, dificulta a efetivação dos direitos humanos e a eficácias deles por todos os elementos da sociedade, por consequência, a efetividade da dignidade, da democracia e da igualdade. (MELO, 2010, p. 47).

Ademais, pela Constituição Federal, todos possuem direitos fundamentais, dentre eles, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sendo, ainda, um objetivo fundamental a promoção do bem de todos sem preconceito de raça ou qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV), bem como a garantia de igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*).

No sentido dos direitos garantidos pela Constituição Federal, assevera Melo (2010):

Discorrer sobre Direitos Humanos hoje é assumir uma prerrogativa de direitos e liberdades fundamentais, individuais e coletivos, onde prevalece o conceito de dignidade humana. Neste sentido, pode-se afirmar que estes direitos têm o escopo necessário de assegurar a to-

dos os seres humanos os direitos que lhe são imanentes, inalienáveis e indisponíveis. Direitos estes que estão presentes e existem simplesmente porque o homem é homem, membro da raça humana, sem exigir qualquer contraprestação.

Constitui dever do Estado a garantia desses direitos, uma vez que estão positivados no ordenamento jurídico e existe o conjunto de direitos internacionais, inerentes a natureza humana, estabelecidos independentemente de seu reconhecimento jurídico em cada Estado.

A Abordagem Policial e o Racismo

A vedação ao racismo se dá em razão à igualdade e dignidade da pessoa humana, de forma que os Estados são orientados a erradicá-lo e eliminar toda a sua forma, seja como discriminação ou preconceito racial.

No entanto, ainda se verifica, com frequência, casos de violência contra pessoas negras. A seguir, serão expostos alguns casos de abordagem policial:

Em maio deste (2020), em um ato de um policial militar imobilizou uma mulher negra de 51 anos de idade pisando em seu pescoço, isto foi visto em vídeo e disponibilizado pelo site do G1 e Globonews. Em entrevista, a mulher disse que teve sua perna quebrada. Os policiais alegaram que foram atacados pela referida mulher com uma barra de ferro e a imobilização foi para a defesa deles.

No ano de 2019, houve o caso de Evandro Rosa dos Santos, morto, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, após ter seu carro alvejado pela polícia, conforme notícia divulgada jornal online da Folha de São Paulo, por Diego Garcia.

Outra abordagem policial que teve um fim trágico, foi caso recente de Rayshard Brooks, em junho de 2020, em Atlanta, nos Estados Unidos, morto por um tiro e que segundo a matéria no site do G1, estaria dormindo no estacionamento de um restaurante quando foi abordado pela polícia. Os policiais afirmaram que ele resistiu e se apossou da arma de choque, razão pela qual o tiro teria sido desferido. Houve vários protestos em Atlanta, por este motivo.

Esses são apenas alguns casos dos diversos poderiam ser expostos, ocorridos no Brasil e no mundo, como a situação trágica, filmada e difundida mundialmente, de George Floyd, asfixiado e morto por um policial branco, que foram apresentados para demonstrar a violência policial contra negros.

Nota-se que os direitos humanos não foram respeitados tampouco aplicados nessas abordagens policiais, pois a sociedade como um todo ainda tem uma cultura racista, que reflete nos tratamentos diários dos não brancos.

Como entendeu Melo (2010, p. 93) em sua pesquisa, com trecho a seguir:

Com fulcro nas concepções deste passado escravista e colonial, tecem-se estereótipos e preconceitos que podem ser verificados nas representações sociais dos indivíduos conforme a matriz de formação

racial: o branco, o negro e o índio. Estas representações sociais são indicadores do que se pensa, do que se julga real ou verdadeiro, condicionando ações sociais práticas.

Na reportagem publicada no ano de 2020 por Fábio Grellet para a o Estadão (UOL), segundo relatório produzido pela Rede de Observatórios da Segurança, grupo de estudos sobre violência nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Ceará e Pernambuco, reuniu dados que demonstram como a população negra é a principal vítima da violência no país. Sendo que negros, são 75% dos mortos pela polícia. A taxa geral de homicídio no Brasil é de 28 pessoas a cada 100 mil de habitantes, entre os negros de 19 a 24 anos, o número de pessoas sobe para mais de 200.

Nesse sentido segue a reportagem Paulo Eduardo Dias e Luís Adorno, para o UOL em outubro/2020, exhibe dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), no qual apurou-se que 8 (oito) a cada 10 (dez) pessoas mortas pela polícia em 2019 eram negras. Esse boletim levou em consideração 23 estados brasileiros, deixando apenas Acre, Amapá, Amazonas e Rio Grande do Norte.

Na mesma publicação, Renato Sergio de Lima, presidente do FBSP, avalia que estão acompanhando os dados e percebendo que o Brasil finge que não tem problemas raciais, porém o racismo estrutural que organiza as relações sociais do país, faz com que ocorra muito mais morte em negros do que brancos. Ainda reforça, que entre os policiais e a população, estão matando negros.

A pesquisadora do FBSP, Amanda Pimentel afirmou que, “Tudo isso demonstra que, embora não assuma o racismo, a prática policial possui categorias raciais que usam para reconhecer, como cor da pele, vestuário, fala e território que se vive.”. É o estereótipo de bandido que se perpetuou ao longo dos anos.

Conclusão

O presente artigo não teve por finalidade esvair todos os meios de pesquisa sobre o tema, já que trata de assunto delicado e com infinitos acontecimentos, seja históricos, legais e atuais.

Assim, reitera-se que a pesquisa visava analisar dados e buscar entender o racismo estrutural na sociedade, bem como a sua influência nas abordagens policiais, e não afirmar que a toda a instituição policial é racista e o erro encontra-se unicamente nesta instituição, mas no coletivo, na forma de pensar e agir.

A matéria de Dias e Adorno, para o UOL, traz o apontamento de Rafael Alcadipani, professor de Gestão Pública da Fundação Getúlio Vargas (FGV), que também nota na discriminação racial um fator preponderante para a quantidade de negros mortos pela polícia, “Não dá para falar de segurança

pública sem falar da segurança pública no contexto racializado. Não dá para fugir desse debate.”.

Ao analisar os dados de órgãos confiáveis, apresentados no presente trabalho resta demonstrado a discrepância do número de morte entre de pessoas negras e não negras.

Conforme afirma Munanga (1990, p. 54): “O racismo nunca foi um fenômeno estático e, no seu dinamismo atual, recorre com frequência à hipervalorização das diferenças ou das identidades culturais para reestruturar-se e reformular-se”

Compreende-se, neste momento, que a mudança da sociedade não se faz apenas com denúncias ou com o repúdio moral do racismo: depende, ante de tudo, da tomada de posturas e da adoção de práticas antirracistas. (ALMEIDA, 2019).

Verificou-se que, embora o Estado brasileiro venha utilizando medidas punitivas para a repressão das ações racistas, e recomendações de educação contra o racismo, para a prevenção e promoção da igualdade, sua concretização ainda é distante, ainda cabem estudos, implementação de medidas, de políticas públicas e mudança de consciências.

Ainda para Melo (2010),

[...]os Estados se obrigam no intuito comum de vedar o racismo e fazer o necessário para coibi-lo. A vertente, em suma, dessa obrigação se reparte em três orientações de conduta: prevenção e repressão à desigualdade e discriminação; e promoção da igualdade.

Segundo Nunes (2006), “Para que se lute contra o racismo é preciso primeiramente reconhecer que ele existe. Sem essa ‘confissão’ tira-se do foco o alvo que se quer atingir”. O pensamento social precisa mudar, para que em todas as áreas o atendimento, a abordagem, a forma de tratamento, não se utilizem da cor da pele não influencie em como ocorrerá.

Referências

ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. Assassinatos de negros aumentam 11,5% em dez anos e de não negros caem 12,9% no mesmo período, diz Atlas da Violência. **G1**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/27/assassinatos-de-negros-aumentam-115percent-em-dez-anos-e-de-nao-negros-caem-129percent-no-mesmo-periodo-diz-atlas-da-violencia.ghtml>> Acesso em: 03 de novembro de 2020.

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019. Coleção Feminismos Plurais.

Ação de policial que pisou no pescoço de mulher negra não faz parte de procedimento, diz PM. **G1/GloboNews**. 13 de julho de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/13/acao-de-policial-que-pisou-no-pescoco-de-mulher-negra-nao-faz-parte-de-procedimento-diz-pm.ghtml>> Acesso em: 06 de novembro de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 de novembro de 2020.

DIAS, Paulo Eduardo; ADORNO, Luís. Negros são oito de cada dez mortos pela polícia no Brasil, aponta relatório. **UOL**. São Paulo, 18 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/10/18/oito-a-cada-10-mortos-pela-policia-no-brasil-sao-negros-aponta-relatorio.htm>> Acesso em: 06 de novembro de 2020.

Exclusivo: polícia brasileira nunca matou tanto quanto em 2019; Quase 80% eram negros. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/10/18/exclusivo-policia-brasileira-nunca-matou-tanto-quanto-em-2019-quase-80percent-eram-negros.ghtml>> Acesso em: 03 de novembro de 2020.

GARCIA, Diego. Evaldo Rosa dos Santos morreu após o carro da família ser alvejado por 80 tiros do Exército. **FOLHA DE S. PAULO**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/calma-amor-e-o-exercito-disse-ao-ouvir-tiros-viuva-de-musico-fuzilado-no-rio.shtml>> Acesso em: 10 de maio de 2020.

GRELLET, Fabio. Negros são 75% dos mortos pela polícia no Brasil, aponta relatório. **UOL**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/07/15/negros-sao-75-dos-mortos-pela-policia-no-brasil-aponta-relatorio.htm>>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

MELO, Celso Eduardo S. **Racismo e violação aos direitos humanos pela internet – estudo da Lei nº 7.716/89**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_CELSO.pdf> Acesso em: 04 de novembro de 2020.

MUNANGA, Kabengele. **O negro na sociedade brasileira: resistência, participação e contribuição**. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2004.

_____. **Racismo da desigualdade à intolerância**. São Paulo: Perspectiva, 51-54, 1990.

NUNES, Sylvia da Silveira. **Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/pusp/v17n1/v17n1a07.pdf>> Acesso em: 04 de novembro de 2020.

PEREIRA, Jorge Baptista Borges. O negro e a identidade racial brasileira. In: SEYFERTH, Giralda; SILVA BENTO, Maria Aparecida; DA SILVA, Maria Palmira; BORGES PEREIRA, João Baptista; SIQUEIRA, Maria de Lourdes; SILVÉRIO, Valter Roberto; DA SILVA, Maria Aparecida; e GOMES, Joaquim Barbosa. **Racismo no Brasil**. Fundação Petrópolis, ABONG, São Paulo: 2002.

RIBEIRO, Djamil. **O que é Lugar de Fala**. Letramento: Justificando, 2017.

_____. **Pequeno Manual Antirracista**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SANTOS, Raquel A. dos; SILVA, Rosângella M. N. B. Racismo científico no Brasil: um retrato racial do Brasil pós-escravatura. **Educar em Revista**, Curitiba. V. 34, n. 68, p. 253-268, 2018. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/er/v34n68/0104-4060-er-34-68-253.pdf>> Acesso em 04 de novembro de 2020.

UNESCO. **Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais**. 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/UNESCO-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Educa%C3%A7%C3%A3o-Ci%C3%A4ncia-e-Cultura/declaracao-sobre-a-raca-e-os-preconceitos-raciais.html>> Acesso em: 04 de novembro de 2020.

DESIGUALDADE DE GÊNERO E RAÇA NOS AMBIENTES CORPORATIVOS: A DISPARIDADE SOCIAL OBSERVADA ENTRE MULHERES E NEGROS

Marília Bastos da Costa

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

Os debates envolvendo desigualdade a muito não são novidade, disparidades permeiam estruturas sociais, e trazem graves consequências aos mais vulneráveis a tempos. Presente em diferentes contextos econômicos, a desigualdade é tida como fenômeno próprio das relações sociais, e pode limitar o acesso de determinados indivíduos a direitos essenciais como trabalho, educação, saúde, etc. No âmbito do trabalho, destaca-se o fato de que os mais impactados pelas disparidades são mulheres e negros, e, apesar do aumento no número de profissionais capacitados para atuar nas mais diversas áreas e posições hierárquicas, faz-se *mister* mencionar que ainda faltam políticas e métricas efetivas para aumentar a participação destes nos ambientes corporativos. O presente trabalho tem por objetivo, sem pretensão do exaurimento da matéria, realizar uma breve análise sobre as disparidades sociais e profissionais conferidas às mulheres e aos negros.

Palavras-chave: Desigualdade; Disparidade; Gênero; Raça.

Desigualdade – Notas Introdutórias

Conceituada por renomados filósofos e estudiosos de áreas distintas, e presente nas sociedades desde que as relações sociais se estabeleceram, a desigualdade é tida como um objeto de análise extremamente relevante para o entendimento das diversas estruturas sociais postas. Assim como outros conceitos e princípios sociais importantes para a constituição, organização, estudo e entendimento das estruturas sociais de modo geral, a abordagem, ainda que concisa, dos distintos conceitos de desigualdade é imprescindível, haja vista que este pode ser considerado um importante indicador arraigado nas relações sociais e jurídicas.

Não pretende-se aqui analisar tais conceitos de forma pormenorizada,

o intuito é trazer parâmetros que contribuam para o entendimento de que a desigualdade, além de ser um fenômeno que acompanha a evolução das sociedades, permite o estudo de diversas vertentes sociais sob sua ótica. Assim, trar-se-á a seguir a concepção de desigualdade na perspectiva de alguns dos mais importantes filósofos a versar sobre a temática.

Essencialmente, para o filósofo Jean-Jacques Rousseau, a percepção de desigualdade surgiu a partir do estabelecimento do conceito de propriedade privada. Dizia Rousseau:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles.¹

Para o filósofo, não seria possível indagar a origem da desigualdade tida como natural, vez que se a simples definição da palavra traz o entendimento necessário para a compreensão do termo, sendo então a desigualdade moral ou política objeto de sua análise mais profunda. Rousseau expunha que a medida em que os indivíduos passaram do estado natural para o estado social, uma noção precária de propriedade integrou essa nova composição social, surgindo então a desigualdade entre os homens. Em sentido *lato*, tem-se que o surgimento do conceito de propriedade dividiu os indivíduos entre ricos e pobres, e com o advento da evolução das relações sociais, o surgimento de governos os dividiu entre governantes – detentores de poder, e governados – subordinados.²

Dizia Rousseau que: “O primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: isso é meu, e encontrou pessoas bastante simples para acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”.³ Assim, teria a desigualdade surgido com a instituição da propriedade privada, vez que, pela aquisição da posse de bens os homens passam a ser desiguais entre si.

Já na concepção de Karl Marx, a desigualdade é motivada pela divisão da sociedade em classes sociais que, fundamentalmente distingue indivíduos

1 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução: Maria Lacerda de Moura. Ed. Ridendo Castigat Moraes, p. 38-39. Jul. 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>

2 DE OLIVEIRA, Adivaldo Sampaio. *Jean-Jacques Rousseau e o Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. 2001. Disponível em: <https://www.unicamp.br/~jmarques/cursos/2001rousseau/aso.htm>

3 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução: Maria Lacerda de Moura. Ed. Ridendo Castigat Moraes, p. 91. Jul. 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>

entre aqueles que detêm propriedades e meios de produção – classificados como classe dominante ou burguesia, e aqueles que dispõem de sua força de trabalho para garantir sua subsistência – classificados como classe trabalhadora ou proletário. Para o filósofo, a dinâmica entre classe dominante e dominada fez surgir abismos sociais consideráveis, que culminou no estabelecimento de um sistema social extremamente desigual, em que uma fração menor da sociedade concentra riquezas, e os demais encontram dificuldades para ter acesso ao básico, ao necessário para sua subsistência. No transcorrer da evolução dessa sistemática social, evidenciou-se o fato de que o processo de acumulação de riquezas fomenta ampliação da desigualdade, e conseqüentemente da pobreza.⁴

Tem-se que a teoria de Marx contribuiu para a desmistificação do entendimento da desigualdade como fenômeno natural, posto que através do conceito de acumulação de riqueza presente no sistema econômico de divisão de classes, evidenciou-se a dinâmica de exploração do homem pelo homem, ou seja, as classes dominantes valem-se da vulnerabilidade econômica presente nas sociedades utilizando-a como instrumento de domínio estabelecido sobre as classes dominadas.⁵ A respeito, dizia Marx que:

O trabalhador torna-se tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, quanto mais a sua produção aumenta em poder e extensão. O trabalhador se torna uma mercadoria tão mais barata quanto mais mercadoria cria. Com a valorização do mundo das coisas, aumenta em proporção direta a desvalorização do mundo dos homens. O trabalho não produz apenas mercadorias; ele produz a si mesmo e ao trabalhador como uma mercadoria, e isto na medida em que produz, de fato, mercadorias em geral.⁶

Em síntese, a perspectiva de Marx traz que o crescimento econômico da classe dominante se faz por meio da exploração da classe dominada, e a esta cabe somente dispor de sua força de trabalho, para que seja possível viabilizar o acesso ao que se faz necessário à sua subsistência.

Através da breve análise destes conceitos e teorias, nota-se que estes são imbuídos de complexidades próprias dos fundamentos pertencentes as ciências sociais e jurídicas. Em linhas gerais, pode-se dizer que desigualdade social é a diferença que privilegia ou limita determinados grupos. Nesse contexto,

4 MARX, Karl. *O Capital - Crítica da Economia Política - Livro I: O processo de Produção do Capital*. Tradução: Rubens Enderle. Ed. Boitempo. São Paulo, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2547757/mod_resource/content/1/MARX%2C%20Karl.%20O%20Capital.%20vol%20I.%20Boitempo.pdf

5 DE CARVALHO, Luciene Ferreira Mendes. *Pobreza e desigualdade social: fundamentos sociais e históricos*. Revista Em Pauta. Rio de Janeiro. 1º Semestre de 2018. n. 41, v. 16, p. 122 – 138. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/36689/26321>

6 MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. Tradução: Jesus Ranieri. Ed. Boitempo. São Paulo, 2008. Disponível em: http://petdireito.ufsc.br/wp-content/uploads/2013/05/manuscritos-economicos-e-filos%C3%B3ficos_-marx.pdf

tem-se que determinados indivíduos não convivem em relação de igualdade com seus pares, o que conseqüentemente resulta na constatação de que alguns grupos podem possuir prerrogativas que, de certa forma, resulta na detenção de domínio social de uns em detrimento de outros, por meio de uma estrutura de privilégios.

Desigualdade Como Métrica da Disparidade Social

Vista como um processo arraigado nas relações sociais, a desigualdade está presente nas mais diversas composições sociais existentes, e pode ser considerada responsável por determinar lugares aos desiguais, agrupando-os por marcadores sociais de diferença como gênero, raça e classe econômica por exemplo. Essas formas de desigualdade são nocivas, limita o *status* social dos indivíduos e dificulta o acesso a direitos essenciais como trabalho, educação, saúde, etc.

Analisando o contexto brasileiro, destaca-se o fato de que apesar do Brasil figurar entre as maiores economias mundiais, seus níveis de desigualdade também o faz sobressair-se negativamente no *ranking* global de desigualdade social. Atribui-se tal constatação, ao fato de que o Brasil possui uma das maiores concentrações de renda do mundo, se comparado a outros países para os quais existem dados sobre a distribuição de renda.

Tida como um fenômeno complexo, a desigualdade econômica, como dito, pode ser medida por diferentes indicadores sociais. A análise da distribuição de rendimentos de uma população pode embasar estudos importantes sobre desigualdades econômicas e pobreza monetária, visto que as evidências estatísticas permitem esquematizar um conjunto de perspectivas importantes para a avaliação do desenvolvimento socioeconômico de um país. Sem pretensão de aprofundamento na temática, apresentar-se-á a seguir uma tabela disponibilizada pelo Banco Mundial – World Bank, com dados baseados no índice de Gini, um indicador amplamente utilizado em comparações internacionais, que tem por objetivo principal medir o grau de concentração de renda em determinado grupo, e permite ranqueamentos e estudos subnacionais a partir de uma metodologia consolidada.

Estimativas de índice de Gini com ano de referência da última informação disponível - Países selecionados a partir do ranqueamento do Gini

Ranking	Países selecionados, por desigualdade de rendimentos						
	Menores desigualdades			Ranking	Maiores desigualdades		
	Países	Ano de referência	Índice de Gini		Países	Ano de referência	Índice de Gini
1	Eslovênia	2017	0,242	155	Botsuana	2015	0,533
2	República Tcheca	2017	0,249	156	Brasil	2018	0,539
3	Bielorrússia	2018	0,252	157	Moçambique	2014	0,540
4	Eslovêquia	2016	0,252	158	Suazilândia	2016	0,546
5	Moldávia	2018	0,257	159	República Centro-Africana	2008	0,562
6	Ucrânia	2018	0,261	160	São Tomé e Príncipe	2017	0,563
7	Azerbaijão	2005	0,266	161	Zâmbia	2015	0,571
8	Islândia	2015	0,268	162	Suriname	1999	0,576
9	Noruega	2017	0,270	163	Namíbia	2015	0,581
10	Bélgica	2017	0,274	164	África do Sul	2014	0,630

Fonte: DISTRIBUTION of income or consumption. In: WORLD BANK, World development indicators, Washington, DC, [2020]. tab. 1.3. Disponível em: <http://wdi.worldbank.org/table>. Acesso em: jun. 2020.

De acordo com harmonização de dados feita pelo Banco Mundial, e divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o Brasil permanece como um dos mais desiguais do mundo no que se refere a distribuição de renda entre seus habitantes, o que potencializa disparidades sociais inquietantes.⁷

No âmbito da análise do cenário econômico mundial, cumpre mencionar, que a tabela abaixo divulgada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, traz as maiores economias do mundo nos anos de 2019 e 2020, segundo as projeções do Fundo Monetário Internacional – FMI, com base no PIB em dólares. Tem-se que o PIB brasileiro passaria de US\$ 1,8 trilhão para US\$ 1,4 trilhão, sendo ultrapassado por Canadá, Coréia e Rússia. Ainda assim, o Brasil manter-se-ia entre as vinte maiores economias mundiais.

⁷ IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira - 2020*. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>

Maiores Economias do Mundo em 2019 e 2020 (US\$)*				
posição	2019		2020 (projeção)	
	país	PIB (trilhões US\$)	país	PIB (trilhões US\$)
1	EUA	21,4	EUA	20,8
2	China	14,7	China	15,2
3	Japão	5,1	Japão	4,9
4	Alemanha	3,9	Alemanha	3,8
5	Índia	2,9	Reino Unido	2,6
6	Reino Unido	2,8	Índia	2,6
7	França	2,7	França	2,6
8	Itália	2,0	Itália	1,8
9	Brasil	1,8	Canadá	1,6
10			Coreia	1,6
11			Rússia	1,5
12			Brasil	1,4

*PIB em US\$, preços correntes; projeções = WEO / FMI (outubro/20). Fonte: FMI.

Faz-se *mister* mencionar, que as projeções econômicas supracitadas, levaram em consideração a crise sanitária mundial decorrente da pandemia de Covid-19. Em linhas gerais, a mudança de posição do Brasil, que passou de 9º maior economia do mundo em 2019 para 12º em 2020, é explicada principalmente pela variação cambial. De acordo com as projeções do FMI, a queda de atividade econômica do Brasil, somada à forte desvalorização cambial, induziu o país a decair de três posições no *ranking* global de maiores economias mundiais, com base nos dados do PIB em dólar.⁸

No que se refere a contradição envolvendo o fato de que o Brasil, apesar de figurar entre as maiores economias mundiais, apresenta desigualdades sociais preocupantes, vale mencionar que muitas vezes uma região pode estar crescendo economicamente, entretanto, seus resultados podem concentrar-se sob o domínio de uma pequena fração da sociedade, não se distribuindo de forma justa entre a população.

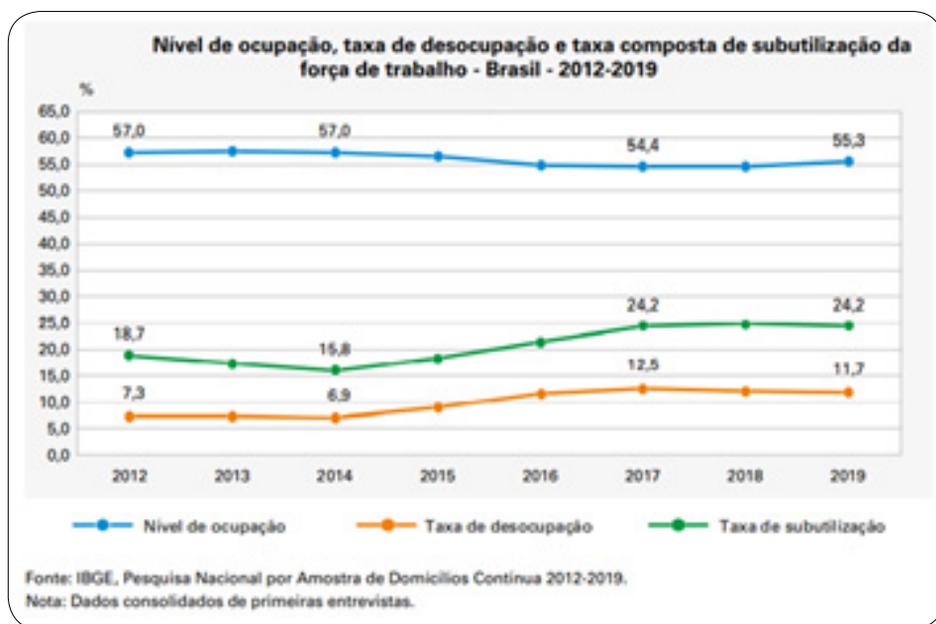
Mercado de Trabalho e Desigualdade

No âmbito do mercado de trabalho, considerando que há um amplo arcabouço abrangendo os diversos tipos de desigualdade, que expõe como estas se interconectam nas relações laborais, destaca-se a possibilidade de identificar marcadores sociais de diferença que permitem analisar o objeto de geração das desigualdades indesejáveis socialmente. Pode-se dizer que as diversas formas de discriminação social, estão profundamente relacionadas aos fenô-

8 BALASSIANO, Marcel; CONSIDERA Claudio. *Como o Brasil se situa entre as maiores economias do mundo no pós-Covid*. Instituto Brasileiro de Economia – FGV. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/como-o-brasil-se-situa-entre-maiores-economias-do-mundo-no-pos-covid>

menos de exclusão que originam e reproduzem a pobreza. Analisando a dinâmica da economia brasileira, e as características de sua estrutura produtiva, nota-se a ocorrência de reflexos distintos também para o mercado de trabalho.⁹

A respeito da temática, esclarece o IBGE, que o Brasil apresentava desempenho positivo do mercado de trabalho até o ano de 2014, tendo o crescimento do consumo das famílias contribuído para justificar esse cenário. Entretanto, observou-se a ocorrência de queda nos anos que se sucederam, e moderado crescimento após o ano de 2017. O IBGE esclarece em publicação recente, que até o ano de 2014, o mercado de trabalho brasileiro apresentou aumento da ocupação, inclusive do trabalho formal, além de redução da taxa de desocupação e aumento dos rendimentos. Todavia, nos anos seguintes os resultados positivos foram revertidos completa ou parcialmente, tendo apresentado relativa melhora no ano 2019 em comparação ao ano anterior – 2018, o que pode ser verificado no gráfico seguinte.



Nota-se que as taxas de desocupação e de subutilização indicaram crescimento acentuado de 2015 a 2017, demonstrando que parte do contingente que ingressou na força de trabalho ou que estava ocupado passou a compor a população desocupada ou subutilizada nesse período. Já nos anos de 2018 e 2019, verificou-se a sutil redução de ambas as taxas, porém, insuficientes para

9 ABRAMO, Laís. *Desigualdades de Gênero e Raça no Mercado de Trabalho Brasileiro*. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - Ciência e Cultura. vol. 58 n. 4. São Paulo. out./dez. 2006. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000400020

que retornassem aos percentuais anteriores ao ano de 2015.¹⁰ Como consequência do desempenho negativo e estagnado do mercado de trabalho nos últimos anos, as discrepâncias sociais relacionadas as relações de trabalho potencializaram-se, trazendo prejuízos mais perceptíveis a determinados grupos sociais.

Disparidade Nos Ambientes Corporativos

Pode-se afirmar em linhas gerais, que os ambientes corporativos tendem a reproduzir as iniquidades percebidas nas estruturas sociais, e até mesmo fomentar a ocorrência de desigualdades em seus ambientes. Iniciativas empresariais distintas surgiram no Brasil nos últimos anos com o objetivo de atuar como catalisador da igualdade de gênero e raça nos ambientes corporativos nacional. Entretanto, tais iniciativas podem ser consideradas incipientes frente a complexidade e a magnitude da demanda social posta. Insta mencionar, que “as desigualdades de gênero e raça são eixos estruturantes da matriz da desigualdade social no Brasil que, por sua vez, está na raiz da permanência e reprodução das situações de pobreza e exclusão social”.¹¹ Nesse diapasão, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, esclarece de forma sucinta que:

Uma condição para que o crescimento econômico dos países se traduza em menos pobreza e maior bem-estar e justiça social é melhorar a situação relativa das mulheres, negros e outros grupos discriminados da sociedade e aumentar sua possibilidade e acesso a empregos capazes de garantir uma vida digna para si próprios e suas famílias. A pobreza está diretamente relacionada aos níveis e padrões de emprego, assim como às desigualdades e à discriminação existentes na sociedade.¹²

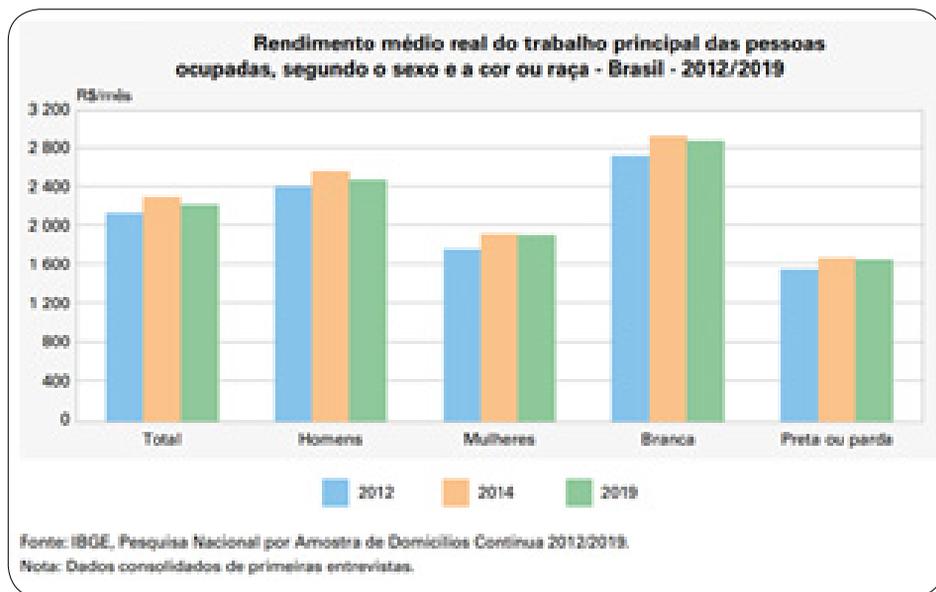
Importa frisar nesse contexto, que o recorte racial, assim como a diferenciação por gênero são essenciais para o diagnóstico das desigualdades de rendimentos do Brasil. Estudos relativamente recentes divulgados pelo IBGE, expõem que as atividades econômicas com menores rendimentos médios são as que proporcionalmente possuem mais ocupados de cor ou raça preta ou parda. Além disso, o Instituto apontou que no ano de 2019, a população ocupada de cor ou raça branca ganhava, em média, 73,4% mais do que

10 IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira - 2020*. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>

11 ABRAMO, Laís. *Desigualdades de Gênero e Raça no Mercado de Trabalho Brasileiro*. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - Ciência e Cultura. vol. 58 n. 4. São Paulo. out./dez. 2006. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000400020

12 OIT, Organização Internacional do Trabalho. *Igualdade de gênero e raça, erradicação da pobreza e geração de emprego – Um Programa de Fortalecimento Institucional da OIT*. Disponível em: <http://www.oit.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/lang-pt/index.htm>

a de cor ou raça preta ou parda, e os homens, 29,6% mais que as mulheres. Como nota-se no gráfico que segue, a desigualdade dos rendimentos médios por raça e gênero permaneceu expressiva no decorrer dos anos, o que ratifica a existência de desigualdade estrutural.¹³



Analisando de forma concisa os ambientes corporativos, extrai-se o entendimento de que ainda que as empresas brasileiras e as multinacionais com atuação no Brasil tenham iniciado movimentos para discutir o tema da diversidade de forma mais intensa nos últimos anos, falta adoção de políticas e métricas efetivas para aumentar a participação de profissionais negros nesses espaços, especialmente nos cargos de liderança. A condição das mulheres negras é ainda mais preocupante. No âmbito da atuação profissional e da representatividade, observa-se que menos de 5% dos executivos são negros, e destes, apenas 0,4% são mulheres negras.¹⁴

Na esfera jurídica, é possível dizer que a representatividade é ínfima, se tomarmos por base que no Brasil em média 54% da população é autodeclarada parda ou negra, e há no Poder Judiciário apenas 15% de servidores e magistrados pardos ou negros, de acordo com o último censo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Nos escritórios de advocacia, essa sub

13 IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira - 2020*. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>

14 ETHOS, Instituto. *Profissionais negras demandam mais políticas afirmativas no mercado corporativo brasileiro*. mar. 2018. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/profissionais-negras-demandam-mais-politicas-afirmativas-no-mercado-corporativo-brasileiro/>.

-representatividade é ainda maior, haja vista que menos de 1% dos cargos ocupados nos grandes escritórios que compõem o Centro de Estudos de Sociedades de Advogados – CESA, são preenchidos por sócios, advogados ou estagiários negros.¹⁵

Na esfera educacional, em oposição aos dados supracitados, estudos apontam que o número de negros e pardos nas universidades aumentou exponencialmente nos últimos anos. O percentual de negros e pardos que concluíram a graduação evoluiu de 2,2% em 2000, para 9,3% em 2017. O avanço observado pode ser atribuído em grande parte a implementação do sistema de cotas como uma ação afirmativa, que desenvolvida para mitigar as disparidades e promover essencialmente inclusão de negros na educação superior.¹⁶

Dentre as mulheres, destaca-se o fato de que os índices escolarização é maior em relação aos homens, sendo notável a diferença percentual entre mulheres e homens com nível superior completo. De acordo com o censo realizado pelo Ministério da Educação – MEC em parceria com o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, no ano de 2017 o percentual de homens que concluíram a graduação foi de 38,9%, enquanto o de mulheres atingiu 61,1%.¹⁷ No aspecto acadêmico, mesmo observando os efeitos positivos oriundos da implementação do sistema de cotas, tido de certa forma como uma revolução silenciosa por permitir acesso às universidades a uma parcela da sociedade que antes se achava impedida, temos que sua efetividade poderia ser maior, se associada a outras ações políticas afirmativas.

De modo geral, e ante o breve exposto, insta mencionar o entendimento da OIT de que as diferentes formas de discriminação estão densamente associadas aos fenômenos de exclusão social que dão origem à pobreza e são responsáveis pelos diversos tipos de vulnerabilidade e pela criação de barreiras adicionais para que as pessoas e grupos discriminados superem a situação de pobreza, o que corrobora para o entendimento de que a desigualdade traz prejuízos inestimáveis para as sociedades como um todo.¹⁸

15 PÁDUA, Luciano. *Menos de 1% dos advogados de escritórios são negros*. Jota Advocacia. nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/advocacia/menos-de-1-dos-advogados-de-escritorios-sao-negros-23112017>

16 BRITO, Débora. *Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista*. Agência Brasil. mai. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista>

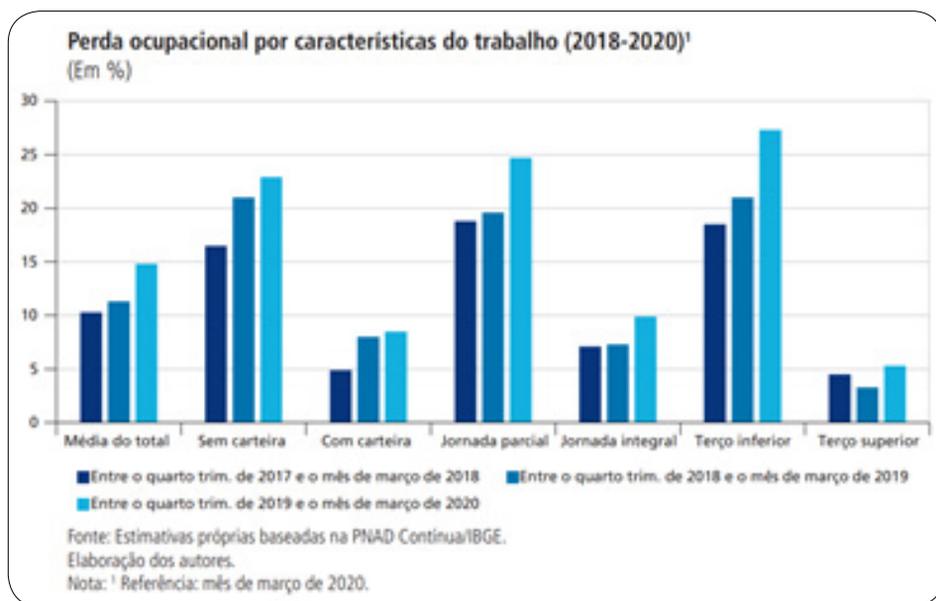
17 INEP, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira; MEC, Ministério da Educação. *Censo da Educação Superior 2017 – Divulgação Dos Principais Resultados*. Diretoria de Estatísticas Educacionais – Deed. Brasília. set. 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-u-ltimo/file>

18 OIT, Organização Internacional do Trabalho. *Igualdade de gênero e raça, erradicação da pobreza e geração de emprego – Um Programa de Fortalecimento Institucional da OIT*. Disponível em: <http://www.oit.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/lang-pt/index.htm>

Mercado de Trabalho e Covid-19

No tocante a crise sanitária mundial relacionada a pandemia de Covid-19, é possível dizer que estudos mais criteriosos sobre seus desdobramentos ainda estão em processo de elaboração, vez que o cenário mundial atípico que se instalou, acrescentou complexidade a questões sociais já problemáticas. Nesse contexto, e analisando o panorama do mercado de trabalho brasileiro no âmbito da referida pandemia, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, divulgou um breve estudo sobre a possível ampliação de desigualdades no âmbito laboral, com o objetivo de identificar quais trabalhadores sofreram maior impacto em termos de perda de ocupação no Brasil.

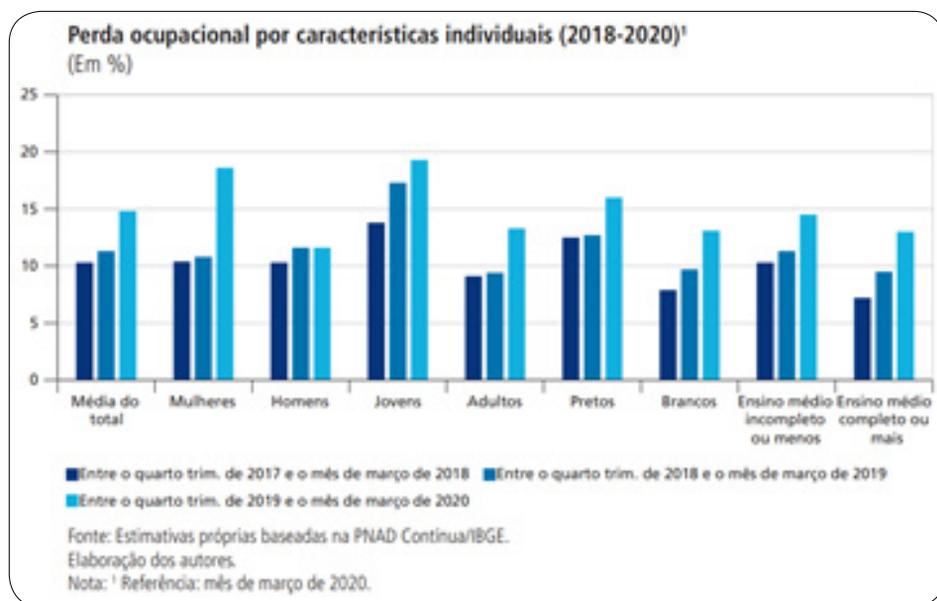
A análise é imprescindível, haja vista que, como já dito, o Brasil possui um dos maiores índices de desigualdades sociais do mundo, sendo assim, sopegar os desdobramentos que a mencionada pandemia pode exercer na esfera trabalhista é crucial para que se possa pensar em tratativas eficientes de assistência aos mais vulneráveis. O gráfico que segue, traz dados recentes sobre a proporção de trabalhadores que perderam o emprego de acordo com as características dos seus postos de trabalho. Cumpre mencionar que a partir de sua análise, que mesmo para os anos anteriores à crise desencadeada pela pandemia da Covid-19, já havia diferenciais relevantes entre os trabalhadores de modo geral. Tais diferenças foram ampliadas com o início da aludida crise de saúde.¹⁹



19 BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda; COSTA, Joana Simões; HECKSHER, Marcos. *Mercado de Trabalho e Pandemia da Covid-19: ampliação de desigualdades já existentes?* Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. jul. 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10186/1/bmt_69_mercdetrabalho.pdf

Outra vertente importante abarcada pelo estudo, tem como foco compreender as características dos indivíduos e dos postos de trabalho entre os trabalhadores que perderam suas ocupações em decorrência da crise econômica estabelecida pelo contexto da pandemia, o que possibilita verificar quais características pessoais ou ocupacionais estão associadas a maior chance de perda do emprego.

Sucintamente, considerando o indicador de perda de emprego e os diferenciais associados às características individuais, nota-se que a crise econômica ocasionada pela pandemia da Covid-19 aprofundou algumas das desigualdades observadas no mercado de trabalho, visto que aqueles que estavam em situação desvantajosa apresentaram piores indicadores. Vale ressaltar que o impacto negativo foi ainda maior entre as mulheres, conforme nota-se a partir da breve análise do gráfico infra referenciado.



Em linhas gerais, extrai-se a partir dos dados divulgados, que os resultados encontrados sugerem que “os efeitos desta crise sobre o mercado de trabalho foram imediatos e afetaram de forma diferenciada os trabalhadores. Os mais afetados em termos de perda de ocupação foram as mulheres, os mais jovens, os pretos e os com menor nível de escolaridade”.²⁰

Considerações Finais

A presença da desigualdade como fenômeno arraigado nas mais dife-

20 BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda; COSTA, Joana Simões; HECKSHER, Marcos. *Mercado de Trabalho e Pandemia da Covid-19: ampliação de desigualdades já existentes?* Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. jul. 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10186/1/bmt_69_mercdetrabalho.pdf

rentes estruturas sociais é inegável. As sociedades em geral, são essencialmente compostas por diversidades e desigualdades sociais, que via de regra são constituídas de forma a criar uma hierarquia entre indivíduos, viabilizada por meio de uma estrutura de privilégios que beneficia grupos sociais específicos. Pode-se dizer, que muitas das disparidades sociais percebidas entre os indivíduos são de natureza humana, e os distinguem por raça e gênero por exemplo. As desigualdades sociais podem ser entendidas então, como uma lacuna social que separa os grupos sociais mais abastados dos mais vulneráveis socialmente, sendo esse um problema enfrentado em larga escala no Brasil e no mundo.

Como visto laconicamente, as relações sociais estão em constante evolução, de forma que os comportamentos aprimoram-se com o passar do tempo. Entretanto, isso não significa dizer que se tornam melhores e mais equânimes. Com base nos dados apresentados e nos estudos analisados, é possível observar nas relações sociais, discrepâncias importantes entre as pessoas e os grupos que compõem uma sociedade. Tais discrepâncias, apesar de muitas vezes serem sutis, são extremamente nocivas e pode limitar o acesso de determinados indivíduos a direitos essenciais.

Destaca-se que, as questões envolvendo desigualdades sociais em geral são graves, complexas e urgentes, e precisam ser discutidas como tal. As ações afirmativas já implementadas são fundamentais para a promoção da igualdade e da justiça social. Todavia, podem ser vistas como insuficientes ante a complexidade e a dimensão das demandas sociais postas.

No que se refere ao mercado de trabalho brasileiro, uma das características mais proeminentes observadas é sua estrutura ocupacional desigual. É sabido que, as relações sociais brasileiras são eivadas de questões estruturais problemáticas, principalmente no que se refere discriminação de gênero e raça. Algumas medidas foram implementadas objetivando mitigar os prejuízos causados pelas desigualdades sociais. Entretanto, o mercado de trabalho brasileiro é composto por significativas e persistentes desigualdades, o que deve ser considerado nos processos de elaboração e implementação de políticas de emprego, inclusão social e redução da pobreza.

Cumprе mencionar, que no contexto da pandemia de Covid-19, as disparidades sociais já preocupantes observadas no cenário pré-pandemia, podem ser amplamente agravadas em decorrência desta. Projeções apontam que aqueles que já eram gravemente afetados pelas desigualdades, terão sua situação agravada em virtude do cenário mundial atípico. Ressalta-se que, de acordo com as projeções, o impacto maior será para as mulheres e os negros, o que demonstra a necessidade imediata de se desenvolver ações afirmativas, que promovam igualdade, inclusão social e redução da pobreza.

Referências

ABRAMO, Laís. Desigualdades de Gênero e Raça no Mercado de Trabalho Brasileiro. **Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - Ciência e Cultura**. vol. 58 n. 4. São Paulo. out./dez. 2006. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs>.

br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000400020

BALASSIANO, Marcel; CONSIDERA Claudio. **Como o Brasil se situa entre as maiores economias do mundo no pós-Covid**. Instituto Brasileiro de Economia – FGV. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/como-o-brasil-se-situa-entre-maiores-economias-do-mundo-no-pos-covid>

BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda; COSTA, Joana Simões; HECKSHER, Marcos. **Mercado de Trabalho e Pandemia da Covid-19: ampliação de desigualdades já existentes?** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. jul. 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10186/1/bmt_69_mercdetrabalho.pdf

BRITO, Débora. **Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista**. Agência Brasil. mai. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista>

DE CARVALHO, Luciene Ferreira Mendes. **Pobreza e desigualdade social: fundamentos sociais e históricos**. Revista Em Pauta. Rio de Janeiro. 1º Semestre de 2018. n. 41, v. 16, p. 122 – 138. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/36689/26321>

DE OLIVEIRA, Adivaldo Sampaio. **Jean-Jacques Rousseau e o Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. 2001. Disponível em: <https://www.unicamp.br/~jmarques/cursos/2001rousseau/aso.htm>

ETHOS, Instituto. **Profissionais negras demandam mais políticas afirmativas no mercado corporativo brasileiro**. mar. 2018. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/profissionais-negras-demandam-mais-politicas-afirmativas-no-mercado-corporativo-brasileiro/>

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira - 2020**. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>

INEP, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira; MEC, Ministério da Educação. **Censo da Educação Superior 2017 – Divulgação Dos Principais Resultados**. Diretoria de Estatísticas Educacionais – Deed. Brasília. set. 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-ultimo/file>

MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Tradução: Jesus Ranieri. Ed. Boitempo. São Paulo, 2008. Disponível em: http://petdireito.ufsc.br/wp-content/uploads/2013/05/manuscritos-economicos-e-filos%C3%B3ficos-_marx.pdf

MARX, Karl. **O Capital - Crítica da Economia Política - Livro I: O processo de Produção do Capital**. Tradução: Rubens Enderle. Ed. Boitempo. São Paulo, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2547757/mod_resource/content/1/MARX%2C%20Karl.%20O%20Capital.%20vol%20I.%20Boitempo.pdf

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Igualdade de gênero e raça, erradicação da pobreza e geração de emprego – Um Programa de Fortalecimento Institucional da OIT.** Disponível em: <http://www.oit.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/lang--pt/index.htm>

ONU. **Organização das Nações Unidas.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-lanca-iniciativa-para-igualdade-de-genero-nas-empresas-da-america-latina/>

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução: Maria Lacerda de Moura. Ed. Ridendo Castigat Moraes, p. 38-39. Jul. 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>.

ANÁLISE JURÍDICO-HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À LUZ DAS RELAÇÕES RACIAIS: POPULAÇÃO NEGRA COMO SUJEITOS DE DIREITOS

Lais Méri Quirino Gonçalves

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Relações Étnico-Raciais, do Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca/ Rio de Janeiro (CEFET/RJ). Advogada. Diretora Presidente da Comissão de Igualdade Racial e Combate a Homofobia da 8ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – São Gonçalo. Conselheira, no Conselho de Promoção de Igualdade Racial do Município de São Gonçalo – COMIRSG

Resumo:

Sendo o Estado Brasileiro um Estado democrático de Direito, baseia-se num conjunto de normas jurídicas que têm por objetivo regular e normatizar as atividades e interações individuais e coletivas. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, aponta uma série de contradições em relação a população negra. Primeiro, por não considerar os escravizados como sujeitos de direito e sim como objetos de direito (durante o Império) e, mais adiante, pelo silenciamento nas questões que diziam respeito aos direitos e garantias individuais da população negra no pós-abolição. Assim, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar como o ordenamento jurídico brasileiro – no que diz respeito às Constituições, legislação ordinária e complementar- codificou e sistematizou as questões relativas à população negra, seus direitos e garantias individuais, através da análise da Legislação e Jurisprudência.

Palavras-chave: Legislação Brasileira; Direitos e garantias individuais; População negra.

Introdução

Considerando que o Estado brasileiro tem suas origens tanto na colonização, quanto na utilização de mão-de-obra escravizada e, considerando ainda que, a criação do sistema jurídico brasileiro seguiu estes dois princípios quando da sua elaboração, sobretudo quando analisamos a legislação do período imperial brasileiro, propomos neste artigo uma revisão da legislação brasileira acerca dos direitos da população negra, com o objetivo de verificar de que

forma o sistema jurídico aborda a questão racial.

Da Constituição do Império a Abolição

Não obstante o ordenamento jurídico imperial brasileiro possuir uma série de leis e decretos que, em tese, beneficiariam os escravizados garantindo-lhes, em casos específicos o status de emancipados e/ou libertos, observa-se pela aplicação das leis que o “real” se afastou bastante do “legal”, considerando “legal” o que está normatizado e formalizado através de um dispositivo - seja lei (de natureza complementar ou ordinária) ou decreto.

Com a Constituição Imperial outorgada em 1824, o Brasil passou a ter uma legislação própria, completa por uma série de leis ordinárias, com única emenda- o Ato Adicional – e única reforma de texto, adotada pela Lei de 12 de agosto de 1834.

Ocorre que, a Constituição Imperial silenciava formalmente em relação a existência de trabalho escravo no Brasil. Neste sentido, rezava em relação a nacionalidade, *in verbis*:

TÍTULO 2º

Dos Cidadãos Brasileiros.

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

I. Os que no Brazil tiverem nascido, **quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.**

II. **Os filhos de pai Brasileiro, e os illegitimos de mãe Brasileira**, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.

III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.

V. **Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião.** A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.” **(destaques e grifos nossos, mantida a grafia original)**

O art. 6º, trazido à colação, evidencia que o direito à cidadania era garantido aos nascidos em território nacional. Destacamos, no entanto, a expressão “ingênuos”, que era a forma do Estado se referir nos textos legais aos escravizados, uma vez que, a Constituição Imperial, silenciava quanto a existência de mão-de-obra escravizada.

No entanto, observamos que a expressão “liberto” é largamente encontrada no texto legal em referência.

Quanto aos estrangeiros, especificamente os escravizados oriundos de

países africanos, através do tráfico negreiro, a Constituição menciona apenas que é possível a sua naturalização, obedecendo critérios específicos (qualidades precisas), fixados em lei própria.

A mesma Constituição acrescentava, no artigo 179, XVIII c/c XIX, os dispositivos acerca dos direitos civis e políticos, *in verbis*:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que **tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império**, pela maneira seguinte.

(.)

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um **Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.**

XIX. **Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis.” (destaques e grifos nossos, mantida a grafia original).**

Observe-se que, a escravidão ainda era uma realidade no Brasil, apesar da Constituição “garantir” direitos civis e políticos com base na liberdade, entendida neste contexto, como direito individual que era negado aos escravizados.

Dentre as leis complementares com impacto direto sobre os escravizados, destacam-se as seguintes:

- a) A de 16 de dezembro de 1830 (Código Criminal);
- b) A lei de 7 de novembro de 1831 (que declarava livres todos os escravos vindos de fora do Império);
- c) A de 20 de dezembro de 1832 (Código de Processo Criminal);
- d) A de nº 261 de 3 de dezembro de 1841 (Reforma do Código de Processo Criminal);
- e) A de nº 556 de 25 de junho de 1850 (Código Comercial);
- f) A de nº 581, de 4 de setembro de 1850 (Lei Eusébio de Queiroz);
- g) A de nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras);
- h) A de nº 2040, de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre);
- i) A de nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881 (Lei Saraiva), que instituiu o voto direto;
- j) Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885 (Lei do Sexagenário);
- k) Lei de nº 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea).

Destaque-se que a Lei Saraiva, faz menção expressa às exceções Constitucionais para o registro de eleitor, fazendo remissão ao artigo 94 da Constituição Imperial, *in verbis*:

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Província todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. **Exceptuam-se:**
I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego.

II. **Os Libertos.**” (destaques e grifos nossos, mantida a grafia original).

Importante destacar a análise da professora Eunice Aparecida de Jesus Prudente¹, a respeito do advento do Código Criminal de 1830, sublinhando os aspectos diferenciados na cominação da pena, em caso de ser o réu escravizado. Senão, vejamos:

(...) Entretanto, o Código Criminal que veio à luz em 1830 impunha as tais penas cruéis ao escravo, já proibidas pela Carta Magna, justamente quando este resistisse à escravização. Isso em pleno florescimento da doutrina liberal. O art. 60 do Código Criminal do Império é grotesco em sua severidade: **“Se o Réu for escravo, e incorrer em pena que não seja capital ou de galés será condenado na de açoites e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar”**(grifos no original).

É importante destacar ainda, o Decreto nº 1303, de 28 de dezembro de 1853², que declarava que os africanos livres (em consequência do alvará 1818, art. 5º³), cujos serviços fossem arrematados por particulares, ficariam emancipados depois de quatorze anos, quando o requeressem, e providencia sobre o destino dos mesmos africanos.

No entanto, todo o arcabouço jurídico para garantir a emancipação e o consequente status de liberto aos escravizados, após o advento do Decreto nº 1303, de 1853 e da Lei de Euzébio de Queiróz (1850), não foi suficiente para garantir a efetividade das normas.

Neste sentido, Daryle Williams⁴ faz menção ao jurista Agostinho Marques Perdigão Malheiro, citando o “Ensaio histórico-jurídico-social sobre a escravidão no Brasil”, onde afirma o jurista que, “o africano livre era tratado como escravo”.

Durante o período fixado (1516-1888), verificamos que as inúmeras normas legais codificadas excluíaam os escravizados, deixando-os a margem da sociedade imperial: não tinham assegurados os direitos individuais, nem gozavam da proteção do Estado. Tal proteção, só lhes era garantida enquanto propriedade privada dos senhores e sobre quem, estes mesmos senhores, poderiam exercer todos os direitos decorrentes da condição de proprietário.

1 PRUDENTE, E. A. de J. O negro na ordem jurídica Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, v. 83, 1988, p. 138

2 **Coleção de Leis do Império do Brasil** - 1853, p. 420, v. 1. pt. II, disponível em www2.camara.leg.br.

3 Determinava que os escravos resgatados do tráfico fossem destinados a servir como libertos por tempo de 14 anos, em algum serviço público ou particular.

4 WILLIAMS, Daryle. A necessária distinção entre liberdade e emancipação: noções africana, inglesa e brasileira do que é ser emancipado. In: **Instituições Nefandas: o fim da escravidão e da servidão no Brasil, nos Estados Unidos e na Rússia**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2018, p.156. Disponível em: www.rubi.casaruibarbosa.gov.br.

Nesta perspectiva, com o apanhado das leis que constituíram o direito positivo brasileiro, no período compreendido entre 1516 e 1888, podemos afirmar que o negro, na situação de escravizado, era apenas *objeto de direito*, sobre quem se firmavam acordos, sobre quem se legislava, mas não *para quem* se legislava.

Embora o ordenamento jurídico prevísse “direitos e garantias individuais”, as normas já nasciam eivadas de nulidade, tendo em vista a principal contradição da Constituição Imperial: prever a “liberdade” como cláusula fundamental, ao mesmo tempo em que as Leis complementares e ordinárias negavam formalmente as condições necessárias para que estes direitos e garantias individuais fossem alcançados pela população negra-seja liberta, seja escravizada.

O exercício da cidadania constituía uma ficção, já que privados de liberdade e incluídos na categoria de “bens”, tinham seus direitos formalmente negados. O mesmo, podemos afirmar em referência aos libertos, já que as condições para o exercício da cidadania (possuir bens de raiz, por exemplo), era impossível por proibição legal.

O Pós-Abolição

Observa-se que o pós-abolição foi um período marcado pela inexistência de ordenamento jurídico que garantisse a população negra a efetividade dos direitos já consagrados na Constituição da República, sobretudo no que diz respeito ao direito ao trabalho, uma vez que o que se seguiu, foi uma política imigratória que explicitava a preferência ao imigrante – branco- sob a alegação de que não havia no país uma força de trabalho suficiente, a despeito da mão-de-obra negra.

Neste sentido, é oportuno trazer à colação os ensinamentos de Ribeiro (2014, p.162), quando analisa a elaboração das leis e assevera que:

(...) verifica-se a necessidade de quebrar a lógica da neutralidade e/ou imparcialidade que tem sido desempenhada pelo Estado em relação aos problemas gerados pela escravização e pelas estratégias capitalistas, que resultaram na não inclusão dos negros após a abolição com graves repercussões nos dias atuais.

Tanto a análise é acertada que, apenas em 1951, foi promulgada a Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951) que tipificou como contravenção penal a prática de discriminação racial.

No entanto, apesar da existência de norma que tipificava a conduta e previa a sanção para a contravenção, havia grandes dificuldades na qualificação do tipo penal, já que ainda existe a resistência de reconhecer que uma prática individual tenha sido discriminatória, com base na raça. Tanto é que, tornou-se famosa a declaração da jornalista Glória Maria, ao afirmar que foi uma das primeiras pessoas a “utilizar” a Lei, na década de 70, quando foi im-

pedida de entrar em um hotel pela porta da frente.

Com o advento da Constituição de 1988, houve a inclusão no texto constitucional da palavra racismo, ao invés de discriminação racial, sendo preceituado no art. 4º, inciso VIII, “o princípio do repúdio ao terrorismo e racismo” e no art. 5º, inciso XLII, a disposição de que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

A Lei a que se refere o art. 5º, inciso XLII, da CF/88, só foi sancionada e publicada no ano seguinte, sendo a Lei nº 7.716/89 – Lei Caó – o marco para a definição das condutas que configurariam racismo, sujeitas a pena de reclusão, em complemento ao texto Constitucional.

Já a Lei nº 9.459/97, acrescentou o § 3º ao artigo 140 do Código Penal, criando o tipo penal da injúria racial ou qualificada, que comina pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, “se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” a que conceitua o tipo penal, na medida em que injuriar seria ofender a dignidade ou o decoro utilizando elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Em novembro de 2003, foi criada a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PNPIR, através do Decreto nº 4886 e o Decreto nº 4885 que criou o Conselho Nacional de Promoção de Igualdade Racial – CNPIR. Ambos os decretos elencam aspectos normativos e executivos para a condução das políticas públicas referentes a promoção de igualdade racial, a nível federal.

É importante ressaltar também que, com o advento da Lei nº 10.639/2003, houve a alteração da Lei nº 9394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”.

Em 2008, a publicação da Lei nº 11.645/08, alterou novamente a LDB para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”.

Em 2010, a Lei nº 12.288/10 Instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, com o objetivo 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”.

Já o Decreto nº 8136, de 5 de novembro de 2013, aprovou o regulamento do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR), instituído pela Lei nº 12.288/10.

Em sede jurisprudencial, merece destaque o julgamento pelo STF do *habeas corpus* nº 82.424, que reconheceu e validou os princípios constitucionais da imprescritibilidade do crime de racismo, em decisão que versava sobre publicação de livro com conteúdo antissemita, cujos trechos da ementa destacamos quatro itens que elucidam os conceitos jurídicos de imprescritibilidade e

a abrangência do crime de racismo, *in verbis*:

(...) 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delito dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula da imprescritibilidade, para que fique *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regem sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

(...)

15. Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, o esquecimento. **No estado democrático de direito devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendem justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.**

16. **A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem (destaques e grifos nossos).**

Neste sentido, é importante verificar que o processo de subalternização foi se modernizando, acompanhando a evolução do pensamento social brasileiro. Primeiro, na negativa da existência de qualquer tipo de discriminação/preconceito que tivesse como origem a raça e depois, pelo parcial reconhecimento de que haviam certas impossibilidades para negros e negras, que advinham da cor da pele.

Ianni (2004) leciona que, “(...) no limite, a questão racial, em todas as suas implicações sociais, políticas, econômicas, culturais, ideológicas, pode ser vista como uma expressão e um desenvolvimento fundamentais do que tem sido a dialética escravo e senhor no curso da história do mundo moderno”.

Segundo Ianni (2004) “é a ideologia racial que articula e desenvolve a gama de manifestações, signos, símbolos ou emblemas com os quais indivíduos e coletividades “explicam”, “justificam”, “racionalizam”, “naturalizam” ou “ideologizam” desigualdades, tensões e conflitos raciais”.

E é neste sentido que Almeida (2019) afirma que “o racismo é sempre estrutural, ou seja, de que ele é um elemento que integra a organização econômica e política da sociedade”.

Conclusão

Pela análise da legislação apresentada, observa-se que apenas a partir

dos anos 80, o ordenamento jurídico brasileiro passou a considerar afrontas aos direitos e garantias individuais da população negra como um problema da sociedade brasileira.

Resultado do senso comum de que não existe discriminação racial no Brasil, os avanços em relação a cominação de penas para as práticas racistas e discriminatórias foram lentas e continuam exigindo um esforço contínuo da sociedade civil, no sentido de provar que o racismo é uma realidade brasileira e permeia as relações em todos os níveis de interação – seja individual ou coletiva.

SANTOS (2017), afirma que “o racismo institucional, enquanto ideologia, (...) não atua somente no campo das estruturas; ele cria modos de ser e pensar, é sistêmico, por isso determina as ações dos indivíduos na medida em que define e impregna a cultura”.

Assim, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial é permeado pelo racismo, mesmo quando nega a existência dele. E, o fato de negar-lhe a existência, é um indicador de como operam as instituições brasileiras, solapadas pelo racismo estrutural e institucional

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019;

IANNI, Otávio. **Dialética das relações raciais**. Estudos Avançados 18 (50), 2004, pp. 21 – 30;

PRUDENTE, E. A. de J. O negro na ordem jurídica Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, v. 83, 1988;

RIBEIRO, Matilde. **Políticas de promoção de igualdade racial no Brasil (1986-2010)**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2014;

SANTOS, Tiago Vinícius André dos. “Para além da desmilitarização do sistema de segurança pública: Educação em Direitos Humanos como ferramenta de superação do racismo institucional”. In: **Cultura afro-brasileira e racismo: reflexões e práticas dos direitos humanos, literatura e questões de gênero**. KLEIN, Ana Maria; NIGRO, Cláudia Maria Ceneviva; GALINDO, Monica Abrantes (orgs). Curitiba: Appris, 2017;

WILLIAMS, Daryle. A necessária distinção entre liberdade e emancipação: noções africana, inglesa e brasileira do que é ser emancipado. In: **Instituições Nefandas: o fim da escravidão e da servidão no Brasil, nos Estados Unidos e na Rússia**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2018. Disponível em: www.rubi.casaruibarbosa.gov.br.

Coleção de Leis do Império do Brasil- 1853, v. 1. pt. II, disponível em www2.camara.leg.br.

Constituição Federal do Brasil. Brasil: 1988.

A (DES)CONSTRUÇÃO DO GÊNERO FEMININO PARA A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Júlia Teixeira de Carvalho

Graduada em Administração e graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Puc Minas. Atualmente, ocupa o cargo de Controle Interno na Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista- Estado de São Paulo, Brasil

Resumo:

O presente artigo trata da (des)construção do gênero feminino a fim de uma concreta igualdade jurídica à luz dos direitos humanos. Para isso foi feita uma revisão bibliográfica acerca do contexto da mulher nos direitos humanos. Posteriormente, uma análise da construção social do papel feminino na sociedade a partir de dois principais teóricos, Pierre Bourdieu e Judith Butler. Por fim, uma investigação sobre o princípio da igualdade, seu papel no ordenamento jurídico e aplicação aos direitos das mulheres. Constatou-se que os direitos das mulheres são tutelados na ordem nacional e internacional pelos direitos humanos, mas a definição de papéis sociais deve ser reconstruída e enseja uma igualdade jurídica livre de distinções artificiais e simbólicas.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Mulher; Igualdade; Gênero; Dominação simbólica.

Introdução

Na atual sociedade, apesar de tantos avanços, ainda é evidente o atraso histórico no que se refere à efetivação dos direitos humanos e fundamentais das mulheres. Apesar da positivação de muitas normas com o objetivo de concretizar os direitos femininos, a desigualdade persiste e é dotada de mecanismos simbólicos.

Nesse sentido, é necessário entender a situação dos direitos fundamentais das mulheres no âmbito dos direitos humanos. De que forma a ordem jurídica internacional e nacional têm tratado a efetivação os direitos das mulheres.

Para a equidade de gênero, é importante uma investigação acerca da construção dos papéis sociais dos gêneros. A sociedade adota meios simbó-

licos de dominação e poder e tem como base das leis, em sentido lato, essas construções sociais que são tomadas como de caráter ontológico, substancial e universal. Mas, em verdade, é preciso desconstruir esses conceitos, trazendo à tona a pluralidade e diversidade.

Assim, o princípio da igualdade deve ser efetivado materialmente. Para isso, necessário é entender sua concepção além do liberalismo econômico e seu real papel dentro da ordem jurídica. Isso partindo da ideia de que o direito deve se abrir à diversidade e não criar caixas restritivas¹.

A Mulher como Tutela dos Direitos Humanos

Com a Declaração Universal de 1948 há o início do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos com vários tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais. Esse sistema normativo global de proteção dos direitos humanos se dá no âmbito das Nações Unidas. Na abordagem desse sistema normativo há um processo de especificação do sujeito de direito. O sistema é integrado por instrumentos de alcance geral e instrumentos de alcance específicos. Dessa forma, institui-se, no âmbito do sistema global, a coexistência de ambos sistemas de forma complementar².

Segundo Piovesan, o sistema especial de proteção aborda o processo de especificação do sujeito de direito, o qual passa a ser visto em sua especificidade e concretude. O sistema geral de proteção alcança toda e qualquer pessoa em caráter abstrato e geral³. Nesse sentido, a proteção da mulher, no âmbito dos direitos humanos, se dá dentro do sistema especial, o qual traz as suas peculiaridades e particularidades.

Como sujeito de direito, diz Piovesan, as mulheres demandam respostas específicas e diferenciadas às suas violações de direitos⁴. Isso traz a noção do respeito à diferença e a diversidade no sistema jurídico, em que pese o direito de igualdade quando a diferença inferioriza e da diferença quando a igualdade descaracteriza⁵.

Segundo Piovesan, em 1979, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984. Ela se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade, esta vista como obrigação vinculante e objetiva⁶. A discriminação, segundo a autora, é vista como toda

1 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. *Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero*. V.18 n. 116 . Brasília. Revista Jurídica da Presidência . Out. 2016./Jan. 2017. p. 481-506. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1465-3275-1-pb.pdf>> Acesso em : jan.2019.

2 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 205-206.

3 *Ibidem*, p. 206.

4 *Ibidem*, p. 206.

5 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

6 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.

forma de distinção que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdades de condições, dos direitos fundamentais em qualquer campo social. Esta convenção também permite a “discriminação positiva”, pela qual o Estado pode adotar medidas provisórias para acelerar o processo de equalização entre homens e mulheres⁷. Essas medidas compensatórias visam a remediação às desvantagens de um passado histórico discriminatórias, garantindo a pluralidade e diversidade social. No Brasil, tem-se como exemplo concreto de ação afirmativa em favor das mulheres a Lei nº9.100/95 que determina que vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido fossem preenchidas por candidaturas de mulheres para o Poder Legislativo.

No âmbito internacional, expõe Piovesan, os direitos humanos das mulheres foram reforçados pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e pela Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995 e enfatizaram que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais⁸. Diante disso, verifica-se a importância dos direitos das mulheres, sem os quais não há que se falar em direitos humanos.

Outro importante documento foi a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que foi editada em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995. A convenção dispõe que a violência contra a mulher “constitui grave violação aos direitos humanos e ofensa à dignidade humana, sendo manifestações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres”⁹. Ainda, define a violência contra a mulher como qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause dano, morte ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher na esfera pública ou privada. Todas essas convenções exprimem a urgência de se eliminar a violência e discriminação contra a mulher bem como promover a igualdade material e substantiva.

A partir da positivação desses direitos fundamentais, o Estado passa a ter o dever de proteção ou de realização prestacional. Apesar de tornar o sistema demasiadamente dependente do Estado, a positivação foi (e é) um importante instrumento para a efetividade de demandas que eram apenas ideais¹⁰. Nesse sentido, os direitos e aspirações humanas femininas passam a depender de uma efetiva proteção do Estado.

A convicção de que todos os seres humanos devem ser igualmente respeitados, pelo fato de ser humano, é vinculada à uma instituição social: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos indivíduos de uma sociedade¹¹. Não obstante, aduz Fábio, a igualdade é um princípio

207.

7 *Ibidem*, p.207.

8 *Ibidem*, p.214.

9 *Ibidem*, p. 215.

10 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2ª edição. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 21-22.

11 COMPARATO, Fábio konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. - 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 24.

essencial de todo ser humano, apesar de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. Essa igualdade de essência da pessoa forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. São direitos comuns a todos os homens e resultam de sua própria natureza, não sendo meras criações políticas (leis)¹².

A criação de direitos humanos pelo Estado, alega Comparato, conduziria à impossibilidade de atribuir-lhes o caráter de exigência de normas universais, sem as quais, conforme Kant, não há ética racionalmente justificável e não se trataria de atributos inerentes à condição humana. O que torna irrecusável encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal¹³.

Os direitos do homem, segundo Canotilho, são válidos a todos os povos, em uma concepção jusnaturalista universalista¹⁴, e, portanto, não cabem dicotomias entre pessoas por construções sociais em relação aos gêneros. Nas palavras de Carlos Roberto de Siqueira Castro “quanto maior for a distância que separa homens e mulheres em um agregado humano, maior será, na mesma medida, o atraso dessa estrutura social”¹⁵. Daí a necessidade de igualdade para o desenvolvimento da sociedade.

A Construção Social do Gênero Feminino

Análise a partir de Pierre Bourdieu

A sociedade, formada por instituições e através delas, cria mecanismos simbólicos e estruturas de poder. Os dominantes exercem esse poder sobre os dominados. Na perspectiva do gênero feminino, a mulher sofre a dominação do homem na sociedade através dos mecanismos sociais. Esse aparato tira desse grupo minoritário a sua possibilidade de emancipação e igualdade na ordem jurídica.

A dominação masculina, da forma como é imposta e vivenciada, é resultante do que Bourdieu chama de violência simbólica¹⁶. Ela é uma violência suave, insensível, invisível a suas vítimas e se exerce por vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, mais precisamente, do desconhecimento delas. Nesse sentido, é preciso aprender “os processos que são responsáveis pela transformação da história em natureza, do arbitrário cultural em natural”¹⁶. No mesmo sentido, Carlos Roberto afirma que é indispensável distinção crítica entre o que se constitua fato natural e o que se constitua fato social (onde inclui o fato jurídico) e que ensejaram a inferiorização da mulher

12 *Ibidem*, p. 32.

13 *Ibidem*, p. 72.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393. ¹⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 131.

15 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução Maria Helena Kühner. - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 1.

16 *Ibidem*. p. 02.

frente a seu congêneremasculino¹⁷.

Para uma análise científica e objetiva, Bourdieu busca historicizar o que é visto como mais natural na ordem social, que é a divisão entre os sexos. E para isso é preciso verificar as estratégias destinadas a transformar o estado atual da relação de forças materiais e simbólicas entre os sexos. E essa relação não se encontra apenas nos lugares mais visíveis de seu exercício, ou seja, dentro da unidade doméstica, mas em instâncias como a Escola ou o Estado, onde são elaborados e impostos os princípios de dominação que se exercem no universo mais privado¹⁸.

A força da ordem masculina dispensa justificação, ela impõe-se como neutra e sem necessidade de discursos para legitimação. A ordem social tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: a divisão social do trabalho, estrutura do espaço, estrutura do tempo¹⁹. A diferença biológica entre os sexos, seus corpos, e, especialmente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros²⁰. Frisa-se que essa construção social encontra seus princípios nos princípios de divisão da razão androcêntrica²¹.

Entre várias formas de relações sociais de dominação, está a relação sexual. Ela é construída através do princípio de divisão fundamental entre masculino, na condição ativa, e o feminino, na condição passiva. O desejo masculino, como desejo de posse, como dominação erotizada, e o desejo feminino como desejo de dominação masculina, como subordinação erotizada, ou como reconhecimento erotizado da dominação²².

A ordem social impõe medidas que excluem as mulheres das tarefas mais nobres, assinala-lhes lugares inferiores, ensina-lhe a postura correta do corpo, atribui-lhe tarefas penosas, baixas e mesquinhas, sempre tirando os pressupostos fundamentais das diferenças biológicas, que ficam à base das diferenças sociais²³.

Ainda, as maneiras de usar o corpo são tomadas como uma dimensão ética para homens e mulheres. A estas, está prevista a contenção, e àqueles posturas relaxadas que visam demonstrar seu poder, impensáveis para uma mulher²⁴. As mulheres são postas pela resignação e descrição, o que demonstra o caráter submisso que a elas é atribuído.

A relação de dominação depende da perpetuação ou da transformação das estruturas de que é resultante. Isso implica a estrutura de bens simbólicos

17 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 131.

18 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução Maria Helena Kühner. - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 5.

19 *Ibidem*, p. 10.

20 *Ibidem*, p. 10.

21 *Ibidem*, p. 13.

22 *Ibidem*, p. 15.

23 *Ibidem*, p. 17.

24 *Ibidem*, p. 21.

em que a lei fundamental é que as mulheres neles são tratadas como objetos que circulam de baixo para cima²⁵.

Na lógica da economia de trocas simbólicas, a saber, na construção social das relações de parentesco e de casamento, as mulheres são reduzidas à condição de objetos, ou de instrumentos simbólicos da política masculina, ficam reduzidas à condição de instrumentos de produção ou de reprodução do capital simbólico e social. As mulheres são excluídas de todos os lugares públicos, em que se realizam jogos mais sérios da existência humana, os jogos de honra, uma partilha que se mostra arbitrária²⁶.

As injunções de um mundo sexualmente hierarquizado prepararam as mulheres “a aceitar como evidentes, naturais e inquestionáveis prescrições arbitrárias que se imprimem insensivelmente na ordem dos corpos”²⁷. Bourdieu narra que elas são inscritas na fisionomia do ambiente familiar, sob a forma de oposição entre o universo público, masculino, e o privado, feminino. Entre a praça pública, lugar de perigos, e a casa. As mulheres, na maioria, são representadas no espaço doméstico, enquanto os homens em lugares exóticos. Esses lugares, com suas cores e objetos pesados, remetem à dureza e rudeza viril, enquanto os espaços “femininos” são de cores suaves, rendas ou fitas que dizem respeito à fragilidade e frivolidade²⁸. É uma estrutura que se constrói de maneira sexuada e reforça a dicotomia sexual fundamental.

A masculinidade é vista sob a forma de uma nobreza. Os homens não podem se rebaixar a realizar tarefas socialmente designadas como inferiores, mas essas mesmas tarefas são transformadas em nobres quando realizadas por homens. Ou insignificantes, fáceis e fúteis, quando realizadas por mulheres, como o cozinheiro e cozinheira, o costureiro e a costureira. A qualificação de uma profissão não se acha em si mesma, mas ela se qualifica pelo fato de ser realizada por homens²⁹.

A dominação masculina constitui as mulheres como objetos simbólicos, cujo ser é um ser-percebido, e conseqüentemente coloca-as em permanente estado de insegurança corporal, uma dependência simbólica. Elas existem pelo e para o olhar dos outros, enquanto objetos receptivos, atraentes e disponíveis. Espera-se que elas sejam “femininas”, ou seja, sorridentes, simpáticas, atenciosas, submissas, discretas, contidas e até mesmo apagadas. Em conseqüência, “a dependência em relação aos outros tende a se tornar constitutiva de seu ser”³⁰. O que tira seu caráter autônomo de existência.

Nos quadros acadêmicos, as diplomadas têm sua principal oferta de trabalho nas profissões intermediárias de nível médio e continuam sendo excluídas dos cargos de autoridade e de responsabilidade, especialmente na economia, nas finanças e na política. Ainda, a igualização de oportunidades de

25 *Ibidem*, p.27.

26 *Ibidem*, p.31.

27 *Ibidem*, p.35.

28 *Ibidem*, p.37.

29 *Ibidem*, p.38.

30 *Ibidem*, p.42.

acesso e índices de representação não deve mascarar as desigualdades que persistem na distribuição entre os diferentes níveis escolares e, ao mesmo tempo, entre as carreiras possíveis³¹.

No mercado de trabalho, as mulheres são sempre menos remuneradas que os homens, e mesmo em situação de igualdade, elas obtêm cargos menos elevados com os mesmos diplomas, e são mais atingidas pelo desemprego e pela precariedade de empregos. Nesse sentido, elas estão mais ligadas ao Estado Social e às posições “sociais” dentro do campo burocrático e, por isso, são as principais vítimas da política neoliberal, que visa reduzir a dimensão social do Estado e favorecer a “desregulamentação” do mercado de trabalho³².

Qualquer que seja a posição social da mulher no espaço social, elas estão separadas dos homens por um coeficiente simbólico negativo e afeta tudo que elas são ou fazem. A perpetuação das diferenças é a permanência que a economia dos bens simbólicos deve à sua autonomia relativa, que permite a dominação masculina se perpetuar. Há o apoio permanente que a família, principal guardiã do capital simbólico, recebe das Igrejas e do Direito. O exercício legítimo da sexualidade permanece ordenado e subordinado à transmissão do patrimônio, que é uma via legítima da transferência de riqueza³³.

As mulheres são levadas a tratar de si próprias como objetos estéticos e, por isso, dedicar atenção ao que se refere à beleza, elegância do corpo, das vestes, da postura. Isso está na divisão do trabalho doméstico e se estende ao mercado de trabalho³⁴.

Diante dessas perspectivas de dominação, é necessário:

Uma ação política que leve realmente em conta todos os efeitos de dominação que se exercem através da cumplicidade objetiva entre as estruturas incorporadas (tanto entre as mulheres quanto entre os homens) e as estruturas de grandes instituições em que se realizam e se produzem não só a ordem masculina, mas também toda a ordem social (a começar pelo Estado, estruturado em torno da oposição entre sua “mão direita”, masculina, e sua “mão esquerda”, feminina, e a Escola, responsável pela reprodução efetiva de todos os princípios de visão e de divisão fundamentais, e organizada também em torno de oposições homólogas) poderá, a longo prazo, sem dúvida, e trabalhando com as contradições inerentes aos diferentes mecanismos ou instituições referidas, contribuir para o desaparecimento progressivo da dominação masculina³⁵.

Análise a partir de Judith Butler

A mulher tenta ser definida como um sujeito dentro da ordem jurídica, mas, a partir do discurso feminista, essa concepção dominante passou a ser

31 *Ibidem*, p. 55.

32 *Ibidem*, p. 56.

33 *Ibidem*, p. 58.

34 *Ibidem*, p. 59.

35 *Ibidem*, p. 73.

questionada. O próprio sujeito das mulheres não é mais compreensível em formas estáveis ou permanentes³⁶.

Foucault, segundo Butler, afirma que os sistemas jurídicos de poder produzem os sujeitos que subsequentemente passam a reapresentar³⁷. Assim, as noções jurídicas de poder passam a regular a vida política negativamente, ou seja, por meio da limitação, regulamentação e “proteção” dos indivíduos relacionados à uma estrutura política, através de uma ação contingente de escolha³⁸.

O sujeito é de suma importância para a política feminista, pois os sujeitos jurídicos são produzidos por vias práticas de exclusão que não “aparecem”, quando estabelecida a estrutura jurídica da política. Nesse sentido, a construção política do sujeito está vinculada a objetivos de legitimação e de exclusão que são ocultos e naturalizados. “O poder jurídico ‘produz’ inevitavelmente o que alega meramente representar”³⁹. Com isso, a lei cria um sujeito e o legitima como se estivesse apenas o representando.

Além dessas noções de sujeito, há outro problema político que o feminismo encontra na ideia de que o termo “mulheres” denote uma identidade comum. E isso não é possível uma vez que as identidades são discursivamente constituídas e se torna impossível separar a noção de “gênero” das interseções políticas e culturais em que ela é produzida e mantida⁴⁰.

Nesse viés, a tarefa não é a recusa da política representativa. As estruturas jurídicas e da política constituem o campo contemporâneo de poder, não há posição fora desse campo. Portanto, a tarefa é formular, dentro da estrutura constituída, uma crítica às categorias de identidade que as estruturas jurídicas contemporâneas engendram, naturalizam e imobilizam⁴¹. É preciso fazer, segundo Butler, uma genealogia feminista da categoria das mulheres.

Faz-se necessário a distinção entre sexo e gênero, ainda que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído, e, consequentemente, não é resultado causal do sexo nem fixo como este⁴². Diante disso, não se torna viável que os gêneros devam permanecer em número de dois. Simone de Beauvoir⁴³ afirma que não nascemos, mas nos tornamos mulher. Para ela, o gênero é construído. O corpo se torna instrumento de vontades de que se apropriam e determinam o significado cultural.

No processo de construção do gênero, e como ponto de partida de uma

36 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013, p.18.

37 FOUCAULT, Michel apud BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 18.

38 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013, p.18.

39 *Ibidem*, p.19.

40 *Ibidem*, p.20.

41 *Ibidem*, p.22.

42 *Ibidem*, p.24.

43 BEAUVOIR, Simone. *O Segundo sexo – fatos e mitos*; tradução de Sérgio Milliet. 4 ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1980.

teoria social do gênero, a concepção universal do gênero, pautada em uma metafísica da substância, desloca-se pelas posições históricas ou antropológicas que compreendem o gênero como uma relação entre sujeitos socialmente constituídos em específicos contextos. Como fenômeno inconstante e contextual, o gênero não denota um ser substantivo, mas ponto de convergência entre relações cultural e historicamente convergentes⁴⁴.

Essa desconstrução de substância metafísica com base no pensamento nietzscheano aponta para uma armadilha das ilusões do “Ser” e da “substância” que refletem uma realidade ontológica anterior. A identidade de gênero, nesse sentido, deve ser pensada à uma ordem plural. Certamente, o efeito substantivo é performativamente produzido e imposto pelas práticas reguladoras políticas e jurídicas da coerência do gênero⁴⁵. Para repensar as categorias de gênero fora da metafísica da substância é preciso considerar a afirmação de Nietzsche, em a ‘A Genealogia da Moral’, de que “não há ‘ser’ por trás do fazer, do realizar e do tornar-se; o ‘fazedor’ é uma mera ficção acrescentada à obra-obra é tudo”⁴⁶.

No mesmo sentido, afirma Butler: “não há identidade de gênero por trás das expressões de gênero, essa identidade é performativamente constituída, pelas próprias ‘expressões’ tidas como resultados”⁴⁷. Assim, percebe-se o caráter metafísico na origem de conceitos de identidade de gênero, quando, em verdade, a realidade abraça uma pluralidade de sentidos legítimos.

Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher

A mulher, sendo minoria na sociedade, precisa da garantia de seus direitos fundamentais que tantas vezes são relegados pelo Estado. E esse respeito, o desafio é a igualdade da mulher. Nas palavras de Hannah Arendt: “a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado, mas um construído”⁴⁸ e o direito tem esse desafio de concretizar a igualdade material da mulher:

Para que se chegue a essa materialidade, é preciso considerar uma hermenêutica constitucional que se volte à realidade para que se obtenha a concretização da norma constitucional: “o âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais, que são destacados da realidade social na pers-

44 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013, p.29.

45 *Ibidem*, p. 48.

46 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A genealogia da moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 45.

47 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013, p.48.

48 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 146.

pectiva seletiva e valorativa do programa da norma”.⁴⁹

Para a concretização dos princípios fundamentais é imprescindível a compreensão do valor normativo destes. Nesse sentido, Dworkin faz uma crítica ao sistema de regras, afirmando que a “norma”, em sentido lato, possui como espécies tanto as “regras” quanto os “princípios”⁵⁰. Para Lênio Streck:

Dworkin, contrapondo-se ao formalismo legalista e ao mundo de regras positivista, busca nos princípios os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio. É nesse contexto que Dworkin trabalha a questão dos *hard cases*, que incorporam, na sua leitura, em face das dúvidas sobre o sentido de uma norma, dimensões principiológicas, portanto, não consideradas no quadro semântico da regra⁵¹.

Dessa forma, os princípios consideram as especificidades da realidade jurídica e buscam uma integração do direito, de modo que seja efetiva a sua concretização. Nesse viés, é necessária a análise da realidade social, hoje, da mulher, para a concretização do princípio da igualdade.

Primeiramente, oriundo do liberalismo, o princípio isonômico jamais foi impeditivo de classificações e discriminações legislativas, requerendo apenas o tratamento jurídico igual para todos ou, pelo menos, para todos que estejam na mesma circunstância fática⁵².

Essa visão individualista e liberal da regra isonômica, fez com que o direito constitucional moderno, no século XIX, tivesse a ideia de liberdade no ideal de liberdade, de modo a exigir do Estado uma atitude de omissão na regulamentação da economia, que deveria organizar-se de acordo com a lei natural⁵³. Nesse tempo, então, não se impuseram à entidade estatal ações positivas e concretas com vistas à correção das desigualdades no meio social, o que só ocorreu com as constituições socialistas e algumas neoliberais, no século XX⁵⁴.

Mas a concepção moderna do princípio da igualdade vem se adaptando às modernas exigências igualitárias da organização social e política. Nesse sentido, José Afonso da Silva⁵⁵ comenta que a igualdade não se trata de mera

49 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Traduzido por Peter Naumann. - Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 49.

50 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

51 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 250.

52 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 36.

53 HAYEK apud CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 37.

54 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 38.

55 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 219. ⁵⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a*

isonomia formal, não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, em situações pertinentes a ambos os sexos, resultará em infringência constitucional.

Ocorre que no Brasil, apesar de sucessivas regras constitucionais preconizando de modo expresso a igualdade jurídica entre homem e mulher, ainda é alto o grau de desproteção jurídica do sexo feminino no país na ordem infraconstitucional, em razão da fraqueza das instituições em implementar nossa lei fundamental.⁵⁷

Mas, para além de classificações legislativas em razão do sexo, o problema deve colocar-se em termos de vedação das discriminações artificiais, injustificáveis e antinaturais que servem apenas para fomentar estereótipos que atribuem à mulher um papel distinto (e inferior) ao do homem, como diz Pontes de Miranda:

Os adeptos das desigualdades entre o homem e a mulher batem as telas de que as células do corpo da mulher levam a marca de seu corpo (e as dos homens?); de que o útero, ao vir a menopausa, se atrofia, o que não ocorre aos testículos do homem, e de que não tem havido muitos sábios mulheres (esperemos!). Aqui entra o mesmo vício de argumentação – o de se procurar superioridade, em vez de se indagar das igualdades existentes, da utilizabilidade mesma das diferenças, como entre ovarão A e ovarão B. Não há de se fazer igual o que é diferente. O que importa é desbastar desigualdades artificiais: saber-se até onde são iguais, pesquisar-se a extensão, o valor e o uso das diferenças, eliminar-se o erro de serem tratados desigualmente o homem e a mulher, onde e quando são iguais⁵⁶.

Assim, intérpretes da lei e legisladores devem eliminar odiosas e injustificáveis discriminações jurídicas e socioculturais acerca do papel da mulher na sociedade contemporânea.

Conclusão

A partir das considerações desta pesquisa, percebe-se que a mulher e, conseqüentemente, seus direitos, são tutelados pelos Direitos Humanos. Esses buscam a dignidade da pessoa humana como algo intrínseco ao homem e não passível de criações sociais que impedem, limitam ou diminuem o usufruto pleno dos direitos fundamentais. Nesse sentido, as mulheres têm especial proteção no sistema de direitos humanos Internacional e, por isso, chega também às constituições, as quais preveem normas e princípios fundamentais.

A construção social do gênero feminino é formada por um conjunto de bens simbólicos que representam a dominação masculina na sociedade. Os

igualdade da mulher no direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 90-91.

56 MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 433.

meios utilizados, por vezes, passam despercebidos, mas eles são reais e se utilizam de vestuários, posturas, profissões no mercado de trabalho, papéis criados simbolicamente para que o homem exerça sua dominação.

Ainda, essa constituição social dos papéis do gênero feminino é tomada como algo universal e substancial da mulher. Mas é preciso a desconstrução da metafísica desses conceitos tomando por base a realidade, a qual comporta e é dotada de uma pluralidade e diversidade que precisam ser legitimadas e amparadas pela ordem jurídica.

Diante das constatações é preciso que se efetive o princípio da igualdade no que se refere ao gênero feminino. Esse princípio, hoje, adota a interpretação da igualdade na diferença, uma vez que tratar todos igualmente implica em reconhecer a diversidade e não criar distinções artificiais e simbólicas que não garantem sua efetiva concretização.

Referências

ARENDETT, Hannah. A condição humana. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero. V. 18 n. 116. Brasília. **Revista Jurídica da Presidência**. Out. 2016./Jan. 2017. p. 481-506. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1465-3275-1-pb.pdf>> Acesso em: jan. 2019.

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo sexo – fatos e mitos**; tradução de Sérgio Milliet. 4 ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1980.

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

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. - 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. - Porto Alegre: Síntese, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2ª edição. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OS TRIBUNAIS DE SALTO: UM OLHAR SOBRE A PROMOÇÃO DAS MAGISTRADAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Isabel Cristina Ribeiro dos Reis

Mestranda em Ciências Sociais pela UFRRJ. Professora do curso de Direito das Universidade Estácio de Sá e Universidade Castelo Branco e Doutoranda pela UNESA

Resumo:

O artigo objetiva fazer uma análise da participação feminina no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A proposta apresentada tem como ideia inicial a análise sistemática sobre a presença das mulheres nas esferas de decisão do Poder Judiciário de maneira exploratória, descritiva e analítica de cunho qualitativo e quantitativo, onde se buscará discutir como se dão as dinâmicas de formação, atuação e presença no Tribunal de Justiça. Ante a tarefa de apreender pela instituição as tensões de gênero, tendo em vista o discurso uniformizado de igualdade dos direitos, entende-se que a realização de um trabalho utilizando entrevistas individuais em profundidade nos permite captar melhor as percepções de homens e mulheres sobre a reprodução das desigualdades neste campo. Torna-se importante observar que as falas são de grande importância para observarmos questões relacionadas com as tensões de gênero que, de maneira muito sutil, são disfarçadas nos discursos oficializados da instituição.

Palavra-chave: Tribunal de Justiça – TJRJ; Gênero; Trabalho; Participação feminina.

Há sim discriminação, mesmo em casos como os nossos, de juízas que conseguimos chegar a posições de igualdade. Há sim discriminação contra nós, mulheres, em todas as profissões, e é o fato de continuar a ter discriminação contra a mulher que nos faz precisar, ainda, de determinadas ações positivas. (...) Temos uma sociedade extremamente preconceituosa em vários temas, racista em vários temas e no caso da mulher, muito preconceituosa (...) Se fosse igual, ninguém estava falando¹.

¹ Ministra Carmem Lúcia, na primeira sessão plenária que presidiu na qualidade de Presidenta do STF (15/9/16), respondendo a observações feitas pelo Ministro Gilmar Mendes por ocasião do pedido de vista formulado no RE 658312, que discute a recepção do

Vossa Excelência vê como é a vida... Nós (mulheres) temos um dia, Vossa Excelência tem todos os outros. Olha o princípio da igualdade...² (Ex-Presidenta³ do STF, Carmem Lúcia).

Introdução

A notoriedade ao qual foram alçadas as práticas do Poder Judiciário, em especial, as atuações do Supremo Tribunal Federal, cuja a primeira mulher a compor o seu colegiado foi a ministra Ellen Greice, nomeada em 2000, cento e vinte anos após a criação desse colegiado, que ocorreu em 1890, e presidido, posteriormente, por outra mulher, a ministra Carmem Lúcia, tem suscitado manifestações de todas as ordens, deixando evidente que o espaço jurídico vem se transformando e, uma das transformações que saltam aos olhos, são mulheres ocupando funções antes consideradas masculinas.

A igualdade de direitos é a palavra central do discurso do Poder Judiciário. Esse discurso não é inclusivo já que trata, em seu fundamento, de igualdade entre os homens, deixando claro se tratar de um discurso androcêntrico. Conforme aponta Nilza Menezes (2015), “levanta uma bandeira de respeito às diferenças e de distribuição de justiça com igualdade, mas que, no entanto, apresenta-se no seu seio marcado por representações sociais que na sociedade se revela como um discurso masculino.” Sendo assim, trata-se de um discurso que submete o feminino ao silenciamento, como exemplo, cita-se: “que apesar do ingresso substancial das mulheres, o concurso continua sendo para “magistrados” ou “juízes”. Essa postura indica que, apesar da entrada das mulheres, a função é masculina, sendo uma atividade relacionada com a figura de força e poder.”

Apesar do gradual acesso das mulheres, via concurso a cargos na esfera do judiciário, o acesso ao ambiente recursal – Tribunais de composição colegiada –, não é paritário, nada equitativo, reproduzindo a sociedade marcada pelo patriarcalismo que dá lugares diferenciados para homens e mulheres onde as desigualdades se apresentam. As mulheres não estão equitativamente representadas nos órgãos do Judiciário onde efetivamente ocorrem as decisões.

artigo 384 da CLT (intervalo de 15 minutos para a mulher antes da jornada extraordinária/) pela Constituição da República. STF recomeça discussão sobre intervalo de 15 minutos para mulheres antes de horas extras. *Notícias STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325337&caixaBusca=N>. Acesso em: 28 mai. 2019.

2 Ex-Presidenta do STF, Ministra Carmem Lúcia, na sessão plenária do dia 8/3/17, respondendo ao cumprimento do Ministro Luis Roberto Barroso pelo Dia Internacional da Mulher. O registro foi feito na seguinte reportagem: ‘Nós (mulheres) temos um dia, Vossa Excelência tem todos os outros’, diz Carmem Lúcia. *The Huffington Post*. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/2017/03/08/nos-mulheres-temos-um-dia-vossa-excelencia-tem-todos-os-outr_a_21876558/. Acesso em: 28 mai. 2019.

3 BECHARA, Evanildo. Imortal da Academia Brasileira de Letras, responsável pelo setor de lexicologia e lexicografia da ABL.

Na pesquisa quali-quantitativa elaborada por de Marcos Carnevale (2015), fica evidente o papel dos Tribunais como espaços de decisão determinantes, vejamos: “Sem dúvida, a peça-chave no funcionamento do Judiciário, pois só eles têm o poder de fazer os processos avançarem, dando solução aos conflitos(...)”.

Diante ao exposto, lançando um olhar para a construção das instâncias de decisão colegiada no Poder Judiciário no Brasil, elaboramos a pergunta tópico que norteia a pesquisa da seguinte forma: quais processos se estabelecem que apontem a representatividade feminina no Poder Judiciário e o impacto desse quali-quantitativo na atuação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro?

O Poder Judiciário e Seus Gêneros

O Contexto Social Feminino e o Paradigma Cultural

O pesquisador quando lança seu olhar sobre um objeto de pesquisa que busca focalizar as relações sociais de diferença e desigualdade pretende estabelecer os marcadores que mais serão apropriados à uma análise que consiga interpretar a realidade, sejam eles: classe, raça, gênero, religião, deficiência física, nacionalidade e etc. (CRENSHAW, 2002). A partir desse limitador, o pesquisador se dispõe a analisar a questão que está inserida no eixo sobre gênero e desigualdade no espaço público, lançando um olhar para a construção das instâncias de decisão colegiada no Poder Judiciário no Brasil.

Antes de uma explanação teórica, acho necessário me expor enquanto pesquisadora, tratar de quem sou e do meu lugar de fala (RIBEIRO, 2017). Sou uma mulher oriunda da classe trabalhadora, filha e neta de pai, mãe e avós portugueses, que vieram jovens para o Brasil com a proposta de novos caminhos e horizontes. A primeira da minha família materna e paterna a ser graduada. Apesar de pouca cultura e educação, meus pais já na década de 70 eram precursores nas suas opiniões em relação a figura feminina diante de uma sociedade predominantemente machista. O incentivo aos estudos sempre foi presente e com certo conforto que o trabalho braçal de meu pai permitia. Ingressei na minha primeira graduação em Letras, em 1979, na extinta Universidade Gama Filho. Alguns anos após, ultrapassada a maternidade, na mesma instituição, ingressei no curso de Direito, esta sim, me envolveu e desde então exerce-a, juntamente com o magistério superior, na qualidade de professora do curso de Direito.

A partir do que sou e das oportunidades que tive, me deparei com a busca incessante da justiça como forma de reconhecimento igualitário no decorrer da graduação e mais profundamente no mestrado, convencida pela abordagem de algumas disciplinas cursadas que tratam de trabalho, gênero e feminismo pude ver que a exploração, a subordinação e a dominação eram aspectos de uma profissão que me envolvia no meu exercício profissional. A partir de então, não tive mais como ignorar este fato e fui seduzida pelo viés empírico da questão.

Há pouco tempo, muito pouco, não se podia falar em cidadania feminina. Só em 1932 passou a existir o voto feminino no Brasil (DIAS, 2008). Até 1962, as mulheres, ao casarem, tornavam-se relativamente capazes, sendo assistidas pelo marido para os atos da vida civil e necessitando de sua autorização para trabalhar (DIAS, 2008).

O Código Civil de 1916, retratava o perfil da sociedade da época. Ao homem cabia o espaço público e à mulher, o espaço privado, nos limites da família e do lar, a ensejar a formação de dois mundos: um de dominação, externo, produtor, o outro de submissão, interno e reprodutor. A essa distinção estão associados os papéis ideais de homens e mulheres: ele provendo a família e ela cuidando do lar, cada um desempenhando a sua função através da chamada divisão sexual do trabalho.

Esse era o modelo de família, considerada a célula *mater* da sociedade. Uma verdadeira instituição, “abençoada pelos sagrados laços do matrimônio”, em face da forte influência religiosa, que vê o casamento como um sacramento. Em decorrência da estrutura rural então vigente, a família tinha uma formação extensiva, com numerosa prole, formando uma verdadeira unidade de produção. Filhos, parentes e agregados constituíam mão-de-obra barata para o desempenho das atividades agropastoris. O chefe da sociedade conjugal era a figura central, tomava as decisões e administrava o patrimônio. Como não havia o reconhecimento de relações fora do casamento, a família matrimonializada identificava-se como entidade patrimonializada. Sua mais aparente característica era a hierarquização, com um viés patriarcal, que outorgava ao homem um papel paternalista de mando e poder, exigindo uma postura de submissão da mulher e dos filhos.

As lutas emancipatórias levaram as mulheres a descobrir o direito à liberdade, passando a almejar a igualdade e a questionar a discriminação de que sempre foram alvo. As ativistas, que passaram a ser chamadas de feministas, foram pejorativamente identificadas como lésbicas ou como mulheres feias e mal-amadas, que odiavam os homens e queriam seu lugar. Esta foi uma estratégia de desqualificar e esvaziar o movimento e suas demandas históricas. O medo da identificação com esse estereótipo gerou certa aversão a essa expressão, que foi repudiada por parte das próprias mulheres. Com isso, o movimento acabou por ser inicialmente marginalizado.

De outro lado, a emergente evolução dos costumes, somada ao surgimento de métodos contraceptivos, levou à descoberta do prazer feminino, deixando a mulher de ser refém do medo da gravidez. Ditas mudanças forjaram o que Norberto Bobbio – célebre filósofo contemporâneo – identificou como a maior revolução do século: a revolução feminina.

Essas alterações de paradigma acabaram se refletindo na própria composição da família, que se tornou nuclear. Passou a mulher a participar, com o fruto de seu trabalho, da manutenção da família, o que lhe conferiu certa independência. Começou ela a cobrar uma maior participação do homem no ambiente doméstico, impondo-lhe a necessidade de assumir responsabilida-

des dentro de casa e partilhar do cuidado com os filhos.

No entanto, ainda é forte a resistência aos novos papéis. Tolera-se com mais facilidade a profissionalização feminina, até por fatores econômicos, assim como, de forma ainda tímida, sua participação nas esferas do poder. Maior é o preconceito no que diz com as modificações comportamentais que ponham em risco a moralidade da família e a tradicional divisão de papéis.

O Poder Judiciário ainda é uma instituição das mais conservadoras e sempre manteve uma posição discriminatória nas questões de gênero. Com uma visão estereotipada da mulher, exige-lhe uma atitude de recato e impõe uma situação de dependência. Ainda se vislumbra nos julgados uma tendência perigosamente protecionista que dispõe de uma dupla moral. Em alguns temas, vê-se com bastante clareza que, ao ser feita uma avaliação comportamental dentro de requisitos de adequação a determinados papéis sociais, é desconsiderada a liberdade da mulher.

Ressalta Sílvia Pimentel (DIAS, 2018), na obra que visualiza o Direito sob a ótica das relações de gênero, que a mulher é julgada tomando por parâmetro o comportamento-padrão. Na argumentação judicial, é geralmente definida mediante adjetivos como: inocência da mulher, honestidade, conduta desgarrada, vida dissoluta, expressões todas elas ligadas exclusivamente ao seu comportamento sexual. No entanto, essa adjetivação não é usada como referencial na análise do comportamento masculino.

O Retrato da Desigualdade de Gênero no Poder Judiciário

É fácil perceber que há desigualdade de gênero no Poder Judiciário, ambiente laboral em que as magistradas estão sub representadas e vivenciam experiências negativas por serem mulheres⁴. Os dados⁵ desagregados por gênero informam uma média geral de 62,7% de homens e 37,3% de mulheres, mas há desigualdades regionais: nas 27 unidades parciais da Federação brasileira, há Estados como o Amapá, com apenas 9,8% de representação feminina, e outros como o Rio de Janeiro, com 53,6% de mulheres magistradas, sendo o Nordeste a Região que engloba o maior número de Estados com mais de 40% de juízas (Bahia, Rio Grande do Norte e Sergipe).

Observando os dados desagregados por ramo do Poder Judiciário, tem-

4 Pimentel, Di Giorgi e Piovesan, *A Figura/Personagem Mulher em Processos de Família*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 141.

5 No último Censo do Poder Judiciário, cerca de um terço das juízas que responderam ao CNJ expressaram ter vivido experiências negativas na carreira pelo fato de serem mulheres, seja por parte de outros profissionais ou dos jurisdicionados. Além disso, enfrentam mais dificuldades nos processos de remoção e promoção do que os colegas homens, percebem sua vida pessoal afetada em maior medida pelo exercício da magistratura e experimentam mais dificuldades no exercício da magistratura. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário*: VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos. Brasília: CNJ, 2015. 212p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2019. As “opiniões das magistradas sobre desigualdade de gênero” foi objeto do item 3.5 do Censo (p. 85 e seguintes).

se a seguinte proporção de mulher para homens no Brasil: 1M/1H na Justiça do Trabalho, 1M/2H na Justiça Estadual e 1M/3H na Justiça Federal. É nesse ramo que se verifica a mais intensa sub-representação feminina: 73,8% dos juízes federais são homens e 26,2% são mulheres. Os desembargadores federais são impressionantes 100% no Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, órgão do Poder Judiciário que somente teve uma única magistrada como desembargadora federal em toda a sua existência (BERNARDES,2017).

Tal dado reforça a iniquidade da situação dessa trabalhadora: a mesma Região que abrange mais Estados com a melhor representatividade de gênero na 1ª instância é a que não tem nenhuma mulher na 2ª instância. Seguem-no o TRF1, com 81,5% de homens; o TRF4, com 76%; o TRF2, com 74%; e o TRF3, com 72%.

Na política associativa, contam-se nos dedos de uma das mãos as Presidentas de associações nacionais de juízes: Ilce Marques de Carvalho (89/91), Maria Helena Mallmann Sulzbach (95/97) e Beatriz de Lima Pereira (97/99) presidiram a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA); Kenarik Boujikian (99/01 e 13/15) e Dora Martins (07/09), a Associação Juízes para a Democracia (AJD).

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) jamais tiveram uma Presidenta. Talvez uma primeira medida para reverter tal estado de coisas seja incluir as juízas no nome desses coletivos.

Esses números dão ideia do longo caminho a trilhar rumo à equidade de gênero no Poder Judiciário brasileiro. Para abreviar esse percurso e enfrentar a sub representatividade das mulheres na magistratura federal, a AJUFE instituiu a Comissão do Acompanhamento do Trabalho da Mulher no Judiciário, que se reuniu em 8/3/17 com a Ex-presidenta do STF, Ministra Carmen Lúcia, para relevar a necessidade, dentre outras, de o Conselho Nacional de Justiça proceder a uma ampla pesquisa sobre a magistrada no Poder Judiciário brasileiro.

Segundo a coordenadora da comissão, a juíza federal Clara da Mota Santos Pimenta, a pesquisa permitirá identificar os “entresijos visíveis e invisíveis [que] as mulheres têm encontrado para sua ascensão na magistratura e por que chegamos a esses números se temos um número de inscritas quase paritário com os homens”⁶

Para Márcia Tiburi⁷ “dominação masculina”.

É o dispositivo que atua para manter a desigualdade de gênero tanto no espaço público da política e da economia quanto no espaço pri-

6 SUPREMO Tribunal Federal. Presidente do STF e do CNJ recebe juízas federais. *Notícias STF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337742>. Acesso em: 28 mai. 2019.

7 Cf., a respeito dessas categorias, TIBURI, Márcia. *Filosofia Feminista*. Espaço Cult, Altos Estudos. Disponível em: <http://espacorevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi>. Acesso em: 28 mai. 2019.

vado das relações pessoais em função de determinações de gênero. “Gênero” é a categoria de pensamento que demonstra a consciência surgida na história da invenção social dos papéis atribuídos a figuras marcadas como homens e figuras marcadas como mulheres. (TIBURI, 2019).

De acordo com a contribuição de Scott (1995) para o campo dos estudos de gênero, a categoria gênero deve ser analisada como uma categoria histórica útil, ou seja, a autora defende uma análise de gênero como uma categoria analítica. Para a autora a palavra “gênero” foi usada historicamente para substituir a palavra “mulheres” e que qualquer informação a respeito das mulheres também sugere informações sobre os homens (SCOTT, 1995, p.75). A autora salienta que o uso do termo “gênero” sugere uma busca das acadêmicas feministas na década de 80 de encontrarem legitimidade do campo. A autora também concebe gênero como elemento importante nas relações sociais e suas diferenças entre os sexos (p.86), rejeitando premissas biológicas para explicação do conceito.

Ginsburg: ‘Até Que Haja Nove de Nós’

Começamos com uma frase Ruth Bader Ginsburg, a juíza liberal da Suprema Corte dos Estados Unidos falecida em setembro do corrente ano, quando questionada sobre quantas mulheres deveriam compor o tribunal para se poder falar de igualdade. Respondeu Ginsburg: “Até que haja nove de nós”. A Suprema Corte dos Estados Unidos, instância maior do Judiciário, tem nove juízes. Nessa fala, Ginsburg quis ilustrar, de maneira provocativa, que só haveria paridade real se todos os juízes fossem mulheres.

A baixa representação das mulheres em cargos de decisão nos tribunais do Brasil não poderia ser mais evidente quando se observa os dados apresentados. O que constatamos é que o princípio da igualdade, tão festejado e presente na Constituição da República no artigo 5º, não se transforma em efetiva participação igualitária nos tribunais. De imediato se pode observar que o que por anos defendeu o espírito diverso da Constituição de 1988 não está sendo suficiente e continuamos reproduzindo práticas discriminatórias contra as mulheres. Isso fica evidente particularmente diante da dificuldade na construção das carreiras quando comparadas aos colegas homens. Foram muitas as dificuldades para conseguir entrevistar membros dos tribunais colegiados no contexto pandêmico.

O fato de eu fazer parte ativamente do universo jurídico como advogada e professora de direito não foi o suficiente para conseguir conversar com esse seguimento de maneira abrangente no TJRJ. Confirmou-se para mim o que de alguma forma já foi mapeado anteriormente sobre as dificuldades de acesso às pessoas em cargos altos de poder. Quanto mais alta a ocupação na hierarquia social mais raro se torna conseguir o contato. No meu caso essa dificuldade naturalizada foi sensivelmente agravada pela pandemia, como já dito

anteriormente e, por certo, trabalhos futuros irão trazer dados importante sobre o impacto dela [pandemia] na vida das mulheres.

A pesquisa inicialmente pretendia ter como lócus analítico entrevistas em profundidade com desembargadores e juízes de ambos os sexos feitas presencialmente. A pandemia de covid que assola o mundo desde março de 2020 interferiu significativamente nesta pretensão, me obrigando a redefinir o método e a maioria das entrevistas ocorreram por escrito de maneira estruturada.

Entrevistei 8 membros da magistratura, estando 7 na ativa e um aposentado desde 2014. Nenhum dos entrevistados me pediu qualquer tipo de sigilo sobre o conteúdo da entrevista nem que fosse resguardada sua identidade. As entrevistas analisadas são de pessoas com idades entre 31 e 75 anos. Dentre os meus entrevistados, 4 (quatro) são juízes de primeira instância, também conhecidos como juízo singular, e 4 (quatro) desembargadores, pertencentes a instância superior, órgão colegiado do Tribunal de Justiça.

Entre todos os meus entrevistados somente uma das mulheres é divorciada, os demais são casados ou vivem em união estável. Todos têm filhos. Somente dois deles se graduaram em instituições de ensino superior privada (Universidade Santa Úrsula e Universo) os demais são todos egressos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

A carreira inicial e direta na magistratura se dá por concurso público de provas e títulos com grau de dificuldade considerado muito elevado diante da concorrência de muitos candidatos. Já nos tribunais há a previsão legal de reserva de vaga para membros do Ministério Público e da advocacia, portanto, há membros que não são juízes de carreira. Devido ao grau de dificuldade para ingresso na carreira, o investimento de tempo e dinheiro é grande, demandando, com regularidade sistemática, a necessidade de uma rede de apoio nem sempre possível a todos. Perguntados sobre o despendido na preparação para o concurso e sobre a exclusividade desse tempo os homens mostram mais possibilidades de dedicação exclusiva do que as mulheres.

As respostas dos entrevistados sobre a preparação para o concurso já indicam, no meu campo, que os homens se valeram mais de dedicação exclusiva, ou seja, se a necessidade de prover o próprio sustento ou atender a atividades alheias ao estudo durante o período preparatório, sendo que um deles, entrou pelo quinto constitucional (cargo de indicação política). Em contrapartida, nenhuma das mulheres entrevistadas se dedicou exclusivamente a preparação para o concurso. Atividades profissionais e/ou familiares andavam concomitantemente com os estudos. Isso ilustra uma divisão sexual do trabalho que torna as mulheres competidoras com desvantagens na acirrada disputa.

Destaco, a fala de dois entrevistados, um juiz singular de 29 anos e uma desembargadora, de 54 anos, que se referiram ao caráter político da promoção para os tribunais, atentando-se para questões de ingerência política como fundamental na promoção feminina. Para a desembargadora, a visibilidade é

basilar, no que tange a ascensão profissional. É interessante pensar sobre isso, pois nos remete imediatamente a invisibilidade feminina e a imagem consolidada no imaginário social sobre o perfil dos juízes e desembargadores. Gloria Steinem, uma das figuras históricas do feminismo americano, disse uma vez, algo mais ou menos assim: *as mulheres foram metade do passado, mas não metade da história*. Estas palavras ilustram a invisibilização feminina que opera de muitas maneiras e denota as condições desiguais a partir das quais se constroem as carreiras.

Os demais entrevistados homens pouco opinaram sobre a existência de dificuldades específicas para as magistradas alcançarem os postos mais altos da magistratura, em regra, falaram de maneira lacônica. Somente um deles disse categoricamente que não e aponta um fator objetivo – tempo na carreira – para justificar a reduzida representatividade feminina nos tribunais.

As demais entrevistadas, destacam a existência de dificuldades particulares para as magistradas alcançarem os postos mais altos da magistratura. A juíza recém empossada diz não ter se deparado com práticas discriminatórias na promoção da carreira. Aqui cabe esclarecer que ela, além de jovem, é juíza em início de carreira e nunca participou de nenhum processo de promoção. O fato de não ter se deparado não é indicativo de que não há práticas discriminatórias e dificuldades específicas relativas ao gênero.

Considerações Finais

Historicamente, as mulheres não faziam parte das profissões jurídicas legal até o início do século XX. A composição social até então era tradicionalmente masculina e formada principalmente por uma elite ligada ao poder político. Em contraste hoje, a presença de mulheres é significativa. A incorporação maciça das mulheres ocorre em um contexto de grandes transformações das profissões jurídicas. A expansão das cortes de advogados - ligada à democratização do acesso ao ensino superior - e transformações estruturais da economia, bem como as reformas do poder judiciário que ocorreram.

O número crescente de mulheres em ambientes historicamente masculinos é uma ferramenta fundamental para erradicar as práticas misóginas e patriarcais. Só se aprende a interagir com as mulheres em termos igualitários quando não se pode ignorá-las. Os dados nos mostram que as mulheres, cada vez mais, estão ocupando espaços de poder, entretanto, esses avanços estão lentos demais diante de práticas discriminatórias, que atuam de maneira estruturada e, como tal, muitas vezes naturalizadas. A questão da visibilidade levantada por entrevistados orienta essa narrativa. Em termos sociopolíticos, a existência das mulheres depende da criação de condições para a sua visibilidade, uma vez que a maioria das culturas tende a manter as mulheres invisíveis, sem reconhecimento.

Frente a tais situações, pinçadas como reflexos de questões mais amplas, não se pode negar que as mulheres são vítimas dos tribunais brasileiros. Os

processos sofrem influência de normas sociais permeadas de preconceitos de gênero. Diante do fenômeno, ressaltou-se a prevalência de juízes homens nas instâncias superiores do judiciário brasileiro como parte da questão. A presença de algumas mulheres nas altas instâncias do judiciário conduziu a uma situação que vai muito além da simples igualdade de oportunidades: permitiu também que se mapeasse práticas discriminatórias. Quanto mais mulheres vão ascendendo aos postos, mais a questão aparece e é debatida. No entanto, enquanto algumas mulheres chegam ao topo da escada do sucesso, a maioria delas permanece excluída.

O aumento das mulheres nas carreiras jurídicas não significou o desaparecimento das desigualdades gênero. Além disso, essas desigualdades surgem em uma profissão que é uma área de importância política, pois é aí que os diferentes sujeitos individuais e coletivos buscam e reforçam seus interesses colocando em ação o poder coercitivo do Estado e o político é uma área que ainda se caracteriza pela persistência das desigualdades de gênero, e por encontrar a profissão ligada a essa área, nos perguntamos se as desigualdades de gênero não aparecem em maior escala e profundidade do que em outras áreas de trabalho.

Há a necessidade de uma profunda reflexão, para que se aparem diferenças que não têm mais sentido na sociedade atual. Os operadores do Direito precisam atentar em que não pode persistir essa injustificável diferenciação de gênero, fazendo-se imperioso eliminar qualquer resquício de discriminação contra a mulher. É *mister* uma revisão crítica e uma nova avaliação valorativa do fenômeno social, para que se alcance a perfeita igualdade.

Referências

BERNARDES, Célia Regina Ody. *Juízes transgressores, mulheres encarceradas*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/09/21/juizes-transgressores-mulheres-encarceradas/>. Acesso em: 14 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. *A Era do Direito*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª Tiragem. Elsevier. 2004.

CARNEVALE, Marcos. *Crise social e Poder Judiciário: uma análise sociológica dos quantitativos do CNJ*. Ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 2015.

CRENSHAW, Kimberlé. *Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero*. 2002.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher e o Poder Judiciário*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 10 Dez. 2008. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/2229-a-mulher-e-o-poder-judiciario.

MENEZES, Nilza. *Vozes em contralto: o lugar das mulheres magistradas no Judiciário e Rondônia*, Mandrágora, v.21. n. 2, 2015, p. 159-177.

SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 13:

216, janeiro-abril/2005.

TIBURI, Márcia. Filosofia Feminista. **Espaço Cult, Altos Estudos**. Disponível em: <http://espacorevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi>. Acesso em: 28 mai. 2019.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br



EDITORA FIBRA

www.editorafibra.com.br
contato@editorafibra.com.br



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS
VOLUME 6**

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

www.cidhcoimbra.com



Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

ISBN 978-65-89537-06-9



9 17865891537069