

RESPONSABILIDADE DO ESTADO



X
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA

SÉRGIO TIBIRIÇA AMARAL

TIAGO CAPPI JANINI

©2020 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Dirceu Pereira Siqueira, Sérgio Tibiriça Amaral & Tiago Cappi Janini
(Orgs.)

Horácio Wanderlei Rodrigues
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do X SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Prof. Dr. Tiago Cappi (UNISAL)
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UNIVEM)
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (Faculdades Londrina)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Responsabilidade do Estado / Dirceu Pereira Siqueira, Sérgio Tibiriça Amaral & Tiago Cappi Janini, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-00-13232-8

1. Responsabilidade do Estado / Dirceu Pereira Siqueira, Sérgio Tibiriça Amaral & Tiago Cappi Janini

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Responsabilidade do Estado.
CDU-342

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

SUMÁRIO

A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O DIREITO DE ACESSO À SAÚDE E O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E O INSTITUTO DA LICENÇA COMPULSÓRIA...5

Rafaella Antonietti MENDONÇA
Antonio Augusto Domingues ZWICKER

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO PILAR DA ATUAÇÃO, INDEPENDÊNCIA E SELEÇÃO DOS AGENTES ESTATAIS E DA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DE PRECEDENTES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....17

Amanda Yamaguchi da SILVA
Isabela Mendez BERNI

A NECROPOLÍTICA BRASILEIRA ACENTUADA PELA PANDEMIA: OS DESDOBRAMENTOS NA EDUCAÇÃO E SAÚDE.....39

Maria Eduarda de Camargo YAROS
Vladimir BREGA FILHO

A OMISSÃO DO ESTADO FRENTE À NORMATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS CONFLITOS.....57

Jéssica Cristina Carvalheiro MOURA

A SUSTENTABILIDADE ATRAVÉS DO ECOFEMINISMO: A MULHER E O DIREITO COMO VETORES DO DESENVOLVIMENTO VERDE.....70

Maria Giovana CALDEIRA
Roberta Diniz LIMA

DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E O CUSTEIO DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ IMPLANTACIONAL E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....86

Jaqueline da Silva PAULICHI
Valeria Galdino CARDIN

HOMESCHOOLING: CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....103

Fabiano Augusto de Oliveira SILVA

NECROPOLÍTICA TRANS: A INVISIBILIZAÇÃO DA SUBJETIVIDADE TRANS NO CÁRCERE.....126

Luiza Martins de SOUZA
Maria Eduarda Antunes da COSTA

O ASSÉDIO MORAL DA PESSOA TRANSGÊNERA NO AMBIENTE DE TRABALHO: EM BUSCA DA RUPTURA DOS PARADIGMAS DE VIOLÊNCIA SISTÊMICA DE GÊNERO141

Heloísa Helena Silva PANCOTTI

O PAPEL DO ESTADO NA TOMADA DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA EM PROTEÇÃO À MULHER.....153

Daniela Braga PAIANO

Luiza Ribeiro de OLIVEIRA

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO ART. 20 DA LINDB.....172

Carlos Vinicius JAVORSKI

PANDEMIA DE COVID-19: RESSURGIMENTO DA DISCUSSÃO SOBRE A APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DA FORÇA MAIOR E DO FATO DO PRÍNCIPE NAS RELAÇÕES JURÍDICO-TRABALHISTAS.....186

Ana Maria Alvares SOARES

Welligton Boigues Corbalan TEBAR

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS MEDIANTE O PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....204

Thadeu Augimeri de Goes LIMA

Valter Foletto SANTIN

VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO LITÍGIO TERRITORIAL ENTRE O CEARÁ E O PIAUÍ.....229

João Pedro Felipe GODOI

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER: MOTIVOS PARA A SUA IMPRESCRITIBILIDADE.....247

Beatriz Gimenes de CARVALHO

Fernanda de Matos Lima MADRID

A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O DIREITO DE ACESSO À SAÚDE E O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PATENTES DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E O INSTITUTO DA LICENÇA COMPULSÓRIA

Rafaella Antonietti MENDONÇA¹
Antonio Augusto Domingues ZWICKER²

RESUMO

Motivada pela apreciação do requerimento de fornecimento do medicamento Zolgensma, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a presente pesquisa visa elucidar os desdobramentos que o deferimento de tal pedido pode gerar. O grande impasse se dá pois tal medicamento tornou-se o remédio mais caro do mundo atualmente, configurando assim um pesado ônus para o Brasil que, constitucionalmente, se obriga a fornecer subsídios para o exercício do direito à saúde de seus cidadãos, não importando quais os empecilhos para isso. De forma conjunta, o estudo tem como escopo analisar a hipótese da aplicação da medida da licença compulsória, mantendo em vista, contudo, que tal alternativa traria à baila uma delicada colisão de direitos fundamentais. Para tanto, o estudo terá como objeto central o casos envolvendo, de um lado, indivíduos e, primordialmente, crianças até dois anos, acometidos pela Atrofia Muscular Espinhal (AME), rara doença que gera a paralisia muscular progressiva, e do outro, a multinacional responsável pelo desenvolvimento, produção e venda do medicamento Zolgensma, cujos resultados são os melhores dentre as outras opções de tratamento, estando, desta forma apto a proporcionar melhor qualidade de vida, redução da dependência de aparelhos respiratórios e melhora no desenvolvimento motor dos pacientes.

PALAVRAS-CHAVE: Colisão de direitos fundamentais; Direito à Saúde; Direito de Patente; Propriedade Intelectual; Atrofia Muscular Espinhal; Judicialização da Saúde;

ABSTRACT

Motivated by the appreciation of the Supremo Tribunal Federal (STF), of the application for the supply of the Zolgensma drug, this research aims to elucidate the consequences that the granting of this order may generate. However, the big standoff in the appreciation process is due to the fact that such medicine is listed as the most expensive medication in the world today, setting a heavy burden for Brazil, which constitutionally obligates itself to provide resources to exercise the right to health for its citizens, regardless of the obstacles in its way. Jointly, the study aims to analyze the hypothesis of the application of the compulsory license measure, keeping in mind, however, in view of the fact that such an alternative would bring to light a delicate collision of fundamental rights. To this end, the study will focus on cases involving, on one hand, individuals and, primarily, children up to two years of age, affected by Spinal Muscular Atrophy ("SMA"), a rare disease that generates progressive muscle paralysis, and on the other hand, the multinational corporation responsible for the development, production and sale of the Zolgensma drug. This medication shows better results compared to other treatment options, being able to provide a better quality of life, reduction of dependence on respiratory devices and improvement in the motor development of patients.

KEYWORDS: Collision of fundamental rights; Right to Health; Patent Law; Intellectual Property; Spinal Muscular Atrophy; Judicialization of Health;

1 Discente do 6º termo do curso de Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). E-mail: rafaellaantoniettimendonca@gmail.com.

2 Discente do 4º termo do curso de Direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE – Bauru). E-mail: antoniodzwicker@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Positivado constitucionalmente no art. 196/CF e consubstanciado no direito fundamental à vida, inerente a todos os indivíduos, o direito à saúde é efetivado no Brasil, dentre outros meios, através do Sistema único de Saúde (“SUS”) que, por sua vez, possui a finalidade de promover a igualdade social, no que tange o acesso à saúde, de modo a tornar obrigatório o atendimento público à todos os cidadãos, sendo vedada a cobrança de qualquer quantia para tanto.

Nesse contexto, uma vez que o Estado toma para si esta obrigação positiva de garantir a efetivação do direito à saúde dos cidadãos e, conseqüentemente, disponibilizar para estes, hospitais, serviços médicos, medicamentos, tratamentos diversos, realização de exames e tudo o que for necessário que possa vir a se tornar uma condição para a concreta efetivação do direito à saúde, todos à título gratuito, o mesmo não poderá se utilizar de justificativas referentes ao erário para se desobrigar ao fornecimento de remédios, ainda quando estes caracterizarem um alto custo.

Simultaneamente, configura também como direito inerente, fundamental e constitucionalmente positivado, o direito de propriedade que engloba os inventos industriais, nos termos do inciso XXIX, do art.5º da CF/88, em sua alínea b, os quais são passíveis serem patenteados e, assim, permitem ao seu titular a possibilidade exclusiva de se utilizar de sua invenção, e dos frutos dela provenientes, temporariamente.

Diante disso, teoricamente, por ambos os direitos citados figurarem como direitos fundamentais, os cidadão deveriam ser aptos a gozar destes integral e concorrentemente, contudo, ampliando a análise para a circunstância social na qual os indivíduos buscam diariamente efetivar todos os seus direitos dentro da coletividade, logo conclui-se que, cedo ou tarde, a pretensão à efetivação do direito de um, certamente colidirá com a pretensão à efetivação do direito de outro, oportunidade na qual, inevitavelmente, algum dos dois direitos, ainda que fundamentais, deverá receber limitações.

Em razão do exposto, a presente pesquisa tem como escopo analisar a colisão de direitos fundamentais, especificamente do direito à saúde quando contraposto ao direito à propriedade, elucidada nas hipóteses em que o dever de promover o direito à saúde torna-se excessivamente dificultoso para o Estado, quando o fornecimento de determinado medicamento e/ou tratamento médico representa desproporcional dispêndio do erário, levantando, assim, questões acerca dos desdobramentos dos direitos de patente e exploração exclusiva por parte do laboratório farmacêutico responsável pela invenção, produção e venda de determinado fármaco.

Assim, através do método hipotético-dedutivo, a pesquisa abordará, a princípio, os

conceitos basilares para a sua compreensão, avançando para a apresentação do problema supra exposto no contexto nacional, momento em que, a partir de então, se iniciará a exposição das hipóteses aptas a serem aplicadas aos casos concretos, apresentando conjuntamente não apenas os positivos, mas também os reflexos negativos que tais medidas poderiam gerar.

2. DIREITO DE PATENTE: EVOLUÇÃO, HISTÓRIA E CONCEITO

De plano, a fim de que se compreenda efetivamente todos os aspectos e desdobramentos que serão abordados no presente estudo, faz-se oportuna a elucidação do desenrolar histórico do surgimento dos direitos de propriedade bem como sobre os conceitos referentes aos mesmos.

Em que pese antes disso já existia a busca pela exclusividade na produção dos frutos de suas ideias, tão somente em 1474, é que sobreveio a primeira lei concernente à proteção da propriedade intelectual, qual seja a lei de patente de Veneza que, dentre seus dispositivos, dispunha sobre as diretrizes básicas da novidade, a licença, a proteção à exclusividade durante determinado tempo, entre outros dispositivos que, em muito se assemelham com as normativas que existem atualmente.

No que tange ao contexto nacional, o Brasil, em sua Constituição Federal de 1824 definiu que “os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarização” (Constituição Federal, 1824, art. 179, XXVI).

A preocupação com a criação de dispositivos que fossem capazes de garantir exclusividade ao titular da criação intelectual e impedir que terceiros pudessem se apropriar do conhecimento e da exclusividade de exploração do criador não é algo apenas discutido em nossos tempos, mas se trata de um assunto controvertido há séculos.

Nesse sentido, a propriedade intelectual deve ser compreendida como gênero, possuidor de duas espécies, quais sejam o Direito Autoral e a Propriedade Industrial. O primeiro compreende os direitos pertencentes ao criador de uma obra intelectual, tais como literárias, artísticas, programas de computador e domínios de internet. Por sua vez, a Propriedade Industrial corresponde às patentes de invenção, patente de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, indicações geográficas, entre outros.

Tem-se que, no ano de 1880 foi realizada uma conferência diplomática que tinha a finalidade de discutir os desdobramentos da proteção da propriedade industrial, oportunidade em que se concretizou a Convenção de Paris, que entrou em vigor em 6 de março de 1883, a qual o Brasil foi um dos países signatários e, ainda, aderiu posteriormente seus protocolos adicionais de Haia, em 1925, e de Estocolmo em 1992.

A Convenção de Paris foi o primeiro acordo internacional a tratar sobre a Propriedade Intelectual e continua vigorando em sua versão de Estocolmo, contando atualmente com 173 (cento e setenta e três) países signatários. Esta foi a primeira a tentar harmonizar internacionalmente os vários sistemas jurídicos internacionais que tratavam sobre o assunto, fazendo surgir, assim, o elo entre uma nova categoria de bens de natureza imaterial e o titular do direito de propriedade.

Deve-se destacar que o acordo de 1883 não objetivou uniformizar as leis de cada país signatário, mas conferiu liberdade para que os seus países membros pudessem operar livremente em sua legislação nacional. Desse modo, a Convenção de Paris garante uma extensa liberdade legislativa, permitindo que cada nação legisle com autonomia e segurança. O que de fato a convenção exige é a paridade, ou seja, que os empresários de determinado território recebam o mesmo tratamento que é dado aos estrangeiros.

Para que o titular de uma patente consiga garantir sua proteção em outros territórios ele deverá optar por requerer diretamente do país em que se deseja a proteção, através da Convenção da União de Paris (CUP) ou ainda por meio do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT).

Todavia, ainda que a invenção esteja protegida pelo direito de patente, existem certos casos especiais em que pode se dar a quebra da patente, dispositivo denominado como Licença Compulsória. Tal excepcionalidade pode ocorrer em alguns casos como: pela ausência de fabricação ou fabricação incompleta do produto, pela falta de uso integral do processo patenteado, quando a comercialização não satisfizer as necessidades do mercado, bem como nos casos de emergência nacional ou interesse público.

Desse modo, o instituto da licença compulsória possui uma função clara e objetiva, de não permitir que o titular da patente faça um exercício abusivo da patente, que é de interesse comum de toda a sociedade e não somente do inventor. Entretanto, vale ressaltar que este dispositivo sempre será remunerado, jamais eliminando o núcleo do direito do titular.

Destarte, o direito de patente, assim como os demais direitos, não é absoluto, possui suas exceções e especialidades, conforme exposto adiante.

3 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Figurando como um dos pilares para o efetivo direito exercício da dignidade humana, o direito de propriedade, englobando todas as suas facetas, é garantido constitucionalmente e possui natureza de direito fundamental. Ou seja, corresponde a um dos direitos intrínsecos ao indivíduo, representando o mínimo que deve ser garantido ao ser humano para que este viva dignamente.

Uma vez entendido como um direito fundamental, tem-se que, apesar de a propriedade ser imprescindível para a dignidade, ainda assim não é absoluta visto que, em razão de existirem outros

diversos direitos da mesma natureza, há casos em que o exercício simultâneo destes não é possível, sobretudo no viés da coletividade, onde corriqueiramente surgem conflitos de interesse nas relações interpessoais.

Assim, na ocorrência de direitos contrapostos, sendo estes de natureza fundamental, existem duas possibilidades para solucionar a questão: ou a solução virá positivada constitucionalmente ou, subsidiariamente, ficará à cargo do magistrado frente ao caso concreto, sendo que este sempre deverá levar em consideração a máxima observância dos direitos fundamentais em questão, prezando assim pela mínima restrição destes.

4 O CASO DO MEDICAMENTO ZOLGENSMA

Com relação aos casos concretos de colisão de direitos fundamentais, um dos mais expressivos atualmente se deu no Distrito Federal e foi levado à análise do STF, o confronto entre o direito à vida e a saúde de uma criança frente ao direito de propriedade, especificamente de patente, da multinacional suíça “Novartis”.

O grupo farmacêutico Novartis é o responsável pelo desenvolvimento do medicamento Zolgensma, destinado ao tratamento de crianças com atrofia muscular espinhal (“AME”), uma rara doença hereditária e degenerativa, que afeta uma criança a cada onze mil nascimentos e impossibilita o corpo do indivíduos de produzir uma proteína elementar para o funcionamento e desenvolvimento dos neurônios motores, refletindo no movimento, na fala, na respiração e alimentação, por exemplo.

Em razão de tais sintomas, os pacientes chegam até mesmo a perder sua força muscular, não sendo capazes de manter suas cabeças erguidas.

O advento do Zolgensma representou um expressivo avanço científico, visto que este trata de forma significativamente mais eficaz vez que, para os pacientes acometidos com AME tipo 1 (manifestada no feto ainda dentro do útero), o fármaco realiza uma correção do DNA, transportando a proteína ausente para dentro das células motoras. Por sua vez, com relação a AME tipos 2 e 3, que incidem em crianças da faixa etária entre 7 e 18 meses, a Novartis já possui previsões de que tal correção ocorra neles também.

Uma vez corrigido o DNA, crianças que não seriam aptas a andar e respirar sozinhas, passam a gozar da plena capacidade motora e muscular, podendo crescer e viver normalmente sendo que, para que o resultado desejado seja obtido, é necessário que o tratamento gênico com uma dose única do remédio Zolgensma ocorra antes que a criança atinja 2 anos completos.

O grande impasse se dá pois, atualmente, a dose do medicamento perfaz a quantia de doze milhões de reais, sendo considerado o remédio mais caro do mundo e representando um grande

óbice para países como o Brasil que, constitucionalmente, garante aos cidadãos o direito à saúde, de modo que, em última análise, leva à conclusão de que, em razão disso, caso a família da criança acometida com AME não possua recursos para arcar com o tratamento gênico, os custos então devem ser atribuídos ao Estado.

Frente a isso, em fevereiro de 2020, os pais da bebê Marina M. L. Ciminelli, ajuizaram uma ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela antecipada em caráter de urgência, em face da União, “objetivando o recebimento gratuito e imediato do fármaco denominado Zolgensma® (Onasemnogene Abeparvovec-xioi) para reposição do gene humano SMN1”, conforme a decisão proferida em 13/03/2020, nos autos do proc. nº 1011317-94.2020.4.01.3400, em trâmite perante a 21ª Vara Federal Cível da SJDF.

Felizmente, em setembro de 2020, a família da paciente Marina conseguiu, pelas vias judiciais, o montante necessário para a aquisição do medicamento a tempo de ser aplicado antes que a bebê completasse seu segundo ano de vida. Contudo, ainda assim o problema persiste, visto que, apesar da raridade da situação, a mesma ainda se ocorre em outras famílias brasileiras que, de forma análoga, também poderão recorrer ao poder judiciário para conseguir o fornecimento do medicamento para tratamento da AME.

5 O SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

Preliminarmente, para compreender o possível conflito que pode ser desencadeado em razão de uma deliberação dos Tribunais Superiores que obrigue o Sistema de Saúde do Brasil a fornecer um medicamento de alto custo como o Zolgensma, é imprescindível examinar as particularidades de nossa Saúde pública, observando cada uma de suas problemáticas e buscando prever, com base nos dados disponíveis, as repercussões que tal decisão pode vir a gerar.

Pontua-se que o Brasil é o único país com mais de 200 milhões de habitantes que possui um Sistema de saúde integralmente gratuito, fornecendo todo o auxílio necessário com medicamentos, vacinação e assistência à saúde. Em que pese existam outros países, tais como Suécia, Canadá e Dinamarca, que da mesma forma garantem o acesso à saúde em sua totalidade, nenhum destes possui uma população que se assemelhe quantitativamente à brasileira.

Outrossim, os países que garantem tal sistema de atendimento à sua população, em sua maioria são países desenvolvidos. Nesse sentido, segundo um estudo elaborado pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (“INESC”), nos anos de 2008 a 2018, o investimento anual per capita com saúde no Reino Unido, país que possui um sistema gratuito de saúde, foi de US\$ 4.070,00 enquanto no Brasil, neste mesmo período foi de US\$ 1.282,00.

Destarte, a problemática é clara uma vez que se analisa o caráter dirigente da Constituição

Federal de 1988, que cuida de estabelecer diretrizes gerais a serem perseguidas pelo Estado, tal como a garantia geral de acesso à saúde, por meio do Sistema Único de Saúde (“SUS”).

Em seu turno, tem-se que o SUS busca oferecer atendimento integral à toda população. Ocorre que, tal pretensão não vem a ser concretizada pois, conforme demonstrado pela pesquisa do INESC, o erário investido para tanto se demonstra insuficiente, fazendo com que parte significativa da população fique fora do efetivo exercício ao direito à saúde por parte do Estado. Dessa maneira, conclui-se que, apesar de tal direito universal ser válido, o mesmo não possui eficácia nas circunstâncias atuais.

6 DA LICENÇA COMPULSÓRIA

Frente às limitações financeiras da máquina estatal, são buscadas alternativas que viabilizem a aquisição do remédio para a concretização do direito à saúde. Dentro disso, tendo em vista a exploração monopolizada das técnicas científicas para a produção do Zolgensma, pelo grupo farmacêutico Novartis, e excessivamente oneroso custo do remédio, considera-se à aplicação do instituto da licença compulsória, o qual é regulamentado pela Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96, em seus artigos 68 e seguintes.

Seguindo os parâmetros estabelecidos internacionalmente, por meio de acordos internacionais como o Tratado da Convenção da União de Paris e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, proveniente da Organização Mundial do Comércio (OMC), respectivamente firmados em 1883 e 1994, bem como as diretrizes internas brasileiras ditadas pela Lei de Propriedade Industrial, a licença compulsória pode ser entendida como uma suspensão temporária do direito exploração exclusiva do titular de uma patente.

Nesse palmilhar, a partir da mencionada suspensão temporária, passa a ser permitida a produção, o uso, a venda e a importação, do produto ou procedimento sobre o qual recaiu a licença compulsória, por pessoa diversa do titular da patente.

Frisa-se que, a licença compulsória é uma medida que pode ser acionada pelo país que concedeu a patente ao titular, através da qual o mesmo irá intervir na exploração exclusiva até então exercida, em razão desta estar sendo exercida de forma indevida, por conta de eventuais abusos cometidos pelo seu explorador ou, ainda, quando a aplicação da medida se justificar pelo interesse público.

Contudo, antes de que efetivamente ocorra a licença compulsória, o governo em questão deve tentar negociar com titular do direito de patente e, caso tal tentativa reste infrutífera que, tão somente, após o governo expor os motivos pelos quais será necessária a aplicação da medida, que

esta será decretada. Feito isso, o titular da patente recebe uma remuneração, que deve ser fixada em valor justo e proporcional, bem como receberá o pagamento de royalties.

Para tanto, faz-se oportuna a elucidação do caso ocorrido em 2007 no Brasil com o medicamento “Efavirenz”, o qual era usado por cerca de 40% dos brasileiros para o tratamento da aids, criado pela empresa farmacêutica “Merck Sharp and Dohme”.

A multinacional norte-americana é a responsável pela criação do medicamento mencionado que é destinado para a realização do tratamento antiviral de pessoas infectadas pelo vírus HIV-1, qual seja o causador da aids. Tal vírus deixa o sistema imunológico, responsável pela defesa do organismo, debilitado, facilitando que outras doenças ataquem o corpo do infectado pelo vírus. Por esse motivo, costuma-se dizer que a morte do paciente não ocorre em razão do vírus propriamente dito, mas sim por consequência dele.

Pontua-se que, a licença compulsória não foi a primeira alternativa adotada pelo país pois, a princípio, ocorreram negociações e deliberações, iniciadas em meados de novembro de 2006, mas que restaram infrutíferas. Os impasses negociais se deram pois o Brasil não se contentou com o preço de US\$ 1,59 por comprimido e, apesar de ter conseguido uma redução de 30% dessa quantia, não foi o suficiente, vez que o país almejava pagar o mesmo que a Tailândia, US\$ 0,65 por comprimido.

Em razão disso, após inúmeras tentativas de negociações, sem obter êxito, fez-se necessária a aplicação do instituto da licença compulsória, objetivando impedir uma exploração inadequada do medicamento por seu titular. No entanto, destaca-se que tal decisão só foi possível em razão do posicionamento assumido pelo Brasil, que buscou obedecer ao previsto no Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (“TRIPS”), que estabeleceu em seu artigo 31, b que:

Art.31 - Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo governo, as seguintes disposições serão respeitadas:

b) Só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1994, art. 31, b)

Por conseguinte, após um período de negociações insatisfatórias, o Presidente decretou o licenciamento compulsório para uso público não-comercial no ano de 2007, permitindo que o Brasil importasse medicamentos genéricos de laboratório pré-qualificados pela Organização Mundial da Saúde (“OMS”) durante o período de cinco anos, podendo ser renovado pelo mesmo tempo.

O decreto trouxe vantagens claras para o país no âmbito da saúde e, materializou a

importância da licença compulsória para que o sistema de patentes se tornasse equilibrado, de modo que o titular da mesma usufrua das vantagens que lhe são garantidas, possibilitando que ele recupere o dinheiro investido em suas pesquisas e que também obtenha o lucro almejado. Não obstante, a aplicação da licença compulsória não permite que o inventor cometa excessos, colocando-o em situação de sujeição à quebra da patente.

Nesse sentido, deve-se considerar da mesma forma, os impactos que foram gerados à empresa que sofreu com a quebra patente, a qual teve seu privilégio de exclusividade na exploração cerceado significativamente. Fato é que, uma vez quebrada a patente, inevitavelmente tem-se o surgimento de certo desestímulo para os pesquisadores da Merck Sharp and Dohme que desenvolveram o medicamento, bem como presume-se que tal efeito reverberou nas demais empresas que, de certo, sentiram uma vulnerabilidade ao verem que seu direito de patente não era de fato absoluto.

7 DAS HIPÓTESES APLICÁVEIS À PROBLEMÁTICA

Tendo em vista o caso apresentado no tópico anterior, passa-se a considerar a aplicação análoga, das resoluções ali tomadas, ao presente objeto de estudo.

Para tanto, elucida-se um dos conceitos basilares do Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público. Tal princípio estabelece que sempre que houver um conflito entre a necessidade particular e público coletivo, deve-se prevalecer o comunitário, tendo em vista que a coletividade se encontra em um patamar acima do individual. Entendendo, o Interesse Público como preponderante, considera-se a aplicação licença compulsória, para que dessa maneira, mais pessoas tenham acesso ao medicamento por um valor suportável pela União, comprometendo minimamente as demais necessidades da saúde pública.

A hipótese de licenciar compulsoriamente a patente pertencente à Novartis já foi, inclusive, objeto de discussão levantada pela deputada Marina Santos em novembro de 2019, na Câmara dos Deputados, através do Requerimento de Audiência Pública (REQ 356/2019 CSSF) intitulado “A importância do Licenciamento Compulsório no acesso de medicamentos no Brasil”. Em tal documento, Marina Santos defendia que “ano após ano tratamentos mais caros são lançados no mercado, sendo necessário discutir como a licença compulsória pode ser uma estratégia eficaz de redução de preços”.

Sob a mesma ótica, em setembro de 2016, após a convocação do Secretário Geral das Nações Unidas, na época o Sr. Ban Ki-moon, foi lançado o relatório do Painel de Alto Nível que versava sobre a desproporcionalidade entre o acesso a medicamentos essenciais e as regras de propriedade intelectual. Tal relatório recomendou, por fim, que as nações legislassem sobre a

matéria de modo a facilitar a emissão de licenças compulsórias.

8 DO PROCEDIMENTO

Ainda vislumbrando a hipótese da licença compulsória no caso em tela, o procedimento para tanto se iniciaria através do Poder Executivo Federal que, através de um Decreto publicado no Diário Oficial da União, declararia o interesse público para o licenciamento.

A partir disso, seriam iniciadas as negociações entre o titular da patente e os representantes do poder executivo e, caso restasse provado que o titular em questão não consegue atender ao pedido nos termos apresentados, o Poder Público licenciará de ofício a patente.

Pontua-se que, o ato que declarar a aplicação da licença compulsória, deve estabelecer qual será o prazo que tal vigência perdurará, bem como quais serão as condições oferecidas ao titular da patente do fármaco no que tange, sobretudo, à remuneração. Para a fixação do quantum remuneratório, deve-se considerar as circunstâncias econômicas relevantes, englobando o preço comercial de produtos com a mesma finalidade, de acordo com o art. 5º, do Decreto nº 3.201/99.

Com relação à remuneração, tem-se também que, conforme estabelecido no art.6º do supramencionado Decreto, “A autoridade competente poderá requisitar informações necessárias para subsidiar a concessão da licença ou determinar a remuneração cabível ao titular da patente”.

Ressalta-se que, conforme previsto no art. 7º do Decreto nº 3.201/99, na hipótese da incidência de extrema urgência, a licença compulsória poderá se dar mesmo sem a prévia observação dos requisitos supramencionados. Na ocorrência de tal situação, o titular da patente deverá ser imediatamente informado.

9 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, uma vez que o ordenamento legislativo brasileiro concentra nas mãos do Estado a obrigação de garantir o acesso à saúde para todos os cidadãos, sobretudo por meio de seu Sistema Único de Saúde, medicamentos de altíssimo custo como o Zolgensma, podem representar uma barreira para que o Brasil atinja seu objetivo inicialmente proposto. Exemplo disso se deu no recente julgamento do Agravo de Instrumento nº 1008072-90.2020.4.01.0000, que atacava decisão interlocutória sobre o deferimento de tutela antecipada que tinha como objeto o remédio Zolgensma.

Conforme já mencionado, a agravante em questão conseguiu o acesso ao fármaco, contudo, tal problemática ainda possui diversas barreiras para superar pois, cada vez mais, os métodos utilizados elevam o preço final do medicamento, o que é agravado pela comercialização monopolizada desses.

Desse modo, elencando hipóteses resolutivas para a problemática apresentada, considera-se a possibilidade de licenciar compulsoriamente a patente pertencente ao grupo farmacêutico Novartis, justificando tal com o aparato legal positivado no Acordo de TRIPS, especificamente em seu artigo 8º que viabiliza tal conduta a fim de proteger o interesse público “em setores de importância vital para o desenvolvimento socioeconômico e tecnológico”.

Ademais, tem-se que é necessário dar o devido destaque a problemática da falta de transparência na produção de medicamento e vacinas, assunto este tratado e amplamente discutido na Convenção de Paris, a fim de que fique claro para todos os interessados quais foram os gastos investidos no desenvolvimento e na produção de determinado medicamento; apenas assim será possível ponderar se o titular da patente tem exercido sua exclusividade de forma abusiva ou não, prezando pelo respeito ao direito de propriedade do inventor, bem como pelo direito à saúde pública, viabilizando o gozo dos avanços tecnológicos na área médica por um preço justo por toda a coletividade.

Por fim, observa-se a necessidade de um investimento mais significativo no sistema de saúde público brasileiro pois, ainda que o valor do medicamento seja minorado, ou seja expedida uma liminar obrigando o sistema a fornecer o medicamento à criança, não seria suficiente visto que a destinação de capital para tanto, abriria uma lacuna em parte diversas do sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Página.

BRASIL. Decreto nº 3.201, de 6 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3201.htm. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm#art1. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

CIDH. **Políticas Públicas com Enfoque em Direitos Humanos (2018)**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticPublicasDDHH.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

CONVENÇÃO de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. 14 de julho de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf. Acesso em: 08 de outubro de 2020.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. 22 maio 1969. Disponível em: <http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

KINSELLA, Norman Stephan. **Contra a Propriedade Intelectual**. 1ª Edição. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2001.

ONU. **Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Acesso a Medicamentos** pede por um novo acordo para eliminar a lacuna de acesso e **inovação em saúde**. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/562094dee4b0d00c1a3ef761/t/57d88054bebafb25556e180e/1473806420774/HLP+Press+Release+FINAL_Portuguese.pdf. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

ONU, Comentário Geral nº 25: Artigo 25, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/general%20comment%2025.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

OMS. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. 1994. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/42593/mod_resource/content/1/%20Trips%20-%20Acordo%20sobre%20aspectos%20dos%20direitos%20de%20propriedade%20intelectual%20relacionados%20ao%20com%C3%A9rcio.pdf. Acesso em: 05 de outubro de 2020.

RODRIGUES, William C.V. Licença Compulsório do Efavirenz no Brasil em 2007. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/rpsp/2009.v26n6/553-559/>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

SANTOS, Marina. **REQ 356/2019 – Câmara dos Deputados**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0CA09D142038BAB959D916934DAB51F9.proposicoesWebExterno1?codteor=1835000&filename=REQ+356/2019+CSSF. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO PILAR DA ATUAÇÃO, INDEPENDÊNCIA E SELEÇÃO DOS AGENTES ESTATAIS E DA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DE PRECEDENTES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Amanda Yamaguchi da SILVA¹
Isabela Mendez BERNI²

RESUMO

O presente artigo busca por meio de um método dedutivo e levantamento bibliográfico analisar o direito à liberdade de expressão perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no que tange as dimensões individual e social do afirmado direito, uma vez que formam uma característica elementar da democracia, assim como seus direitos conexos, como o direito de reunião, associação e direitos políticos. Assim, especialmente em sua dimensão social, o direito à liberdade de expressão, por meio do direito de acesso à informação garante a transparência das informações e da atuação pública estatal, violando diretamente as garantias judiciais dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos quando negado de forma arbitrária ou nos casos em que não são oferecidos os meios necessários para sua obtenção. Da mesma forma, as restrições ao direito de liberdade de expressão em relação aos membros do judiciário, quando realizadas proporcionalmente, reforçam a imparcialidade e independência dos magistrados, garantindo a eficácia dos direitos protegidos pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão. Independência. Transparência. Pluralidade. Democracia.

ABSTRACT

This article seeks, by means of a deductive method and bibliographic survey, to analyze the right to freedom of expression before the Inter-American System of Human Rights, in what concerns the individual and social dimensions of the affirmed right, since they form an elementary characteristic of democracy, as well as its related rights, such as the right of assembly, association, and political rights. Thus, especially in its social dimension, the right to freedom of expression, through the right of access to information, guarantees the transparency of information and state public action, directly violating the judicial guarantees of articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights when arbitrarily denied or when the necessary means are not offered. Likewise, restrictions on the right of freedom of expression in relation to members of the judiciary, when carried out proportionally, reinforce the impartiality and independence of magistrates, guaranteeing the effectiveness of the rights protected by articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights.

KEYWORDS: Freedom of Expression. Independence. Transparency. Plurality. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca por meio de um método dedutivo e levantamento bibliográfico

1 Discente do 6º Termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Endereço eletrônico: amandayamaguchi3008@gmail.com.

2 Discente do 4º Termo de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Endereço eletrônico: isamendezberni@gmail.com

analisar os posicionamentos adotados pelos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, quais sejam a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, em conjunto com a Organização das Nações Unidas acerca do tema liberdade de expressão.

O direito à liberdade de expressão, conforme tratado ao longo deste artigo, possui duas dimensões basilares para sua consagração, sendo estas de igual importância e cumulativas, quais sejam a dimensão individual e social, por meio destas há no direito à liberdade de expressão uma característica elementar da democracia, bem como que a integração deste direito com os direitos de reunião, associação e políticos constituem a solidificação das Instituições Democráticas de Direito, impedindo a formação de ideais autoritários já enfrentados pela própria América Latina no correr histórico.

Dessa forma, o direito à liberdade de expressão possui papel fundamental, principalmente no que tange a informação pública, devendo os agentes públicos agirem com transparência e clareza, incluindo aqui os debates políticos e processos seletivos de agentes estatais, uma vez que a falta desse direito previsto pelo artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos acarreta em uma possível violação aos artigos 8 e 25 do mesmo dispositivo, bem como em uma quebra no sistema de pesos e contrapesos que incide diretamente na independência dos Poderes.

Sendo assim, possui o Estado o dever de adequar o ordenamento jurídico interno com base em um Controle de Convencionalidade e nos artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção, além de possuir o dever de viabilizar e não impor barreiras à informação visando a igualdade, pluralidade e tolerância, levando sempre em conta todos aqueles em sua extensão geográfica, incluindo assim grupos vulneráveis como os povos originários e pessoas privadas de liberdade, consoante também será tratado no correr do presente artigo.

2 O ACESSO À INFORMAÇÃO ENQUANTO PILAR FUNDAMENTAL DAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS DE DIREITO E SEU DESENVOLVIMENTO NO SISTEMA INTERAMERICANO E EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

O direito de acesso à informação está atrelado ao direito à liberdade de expressão, presente no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 4 da Carta Democrática Interamericana que ressalta a importância da transparência das atividades governamentais, na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, bem como importantes precedentes do Sistema Interamericano e Europeu de Direitos Humanos, assim como a responsabilidade estatal na gestão pública à manutenção das Instituições Democráticas no Estado de Direito.

Não obstante, a liberdade de expressão engloba o direito de buscar, receber e propagar informações e ideias através de qualquer forma de disseminação, sem discriminação, conferindo o direito de expressão, fala e escrita.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Olmedo Bustos e outros vs. Chile* declarou a existência de duas dimensões para o referido direito, quais sejam³: i. Dimensão individual e; ii. Dimensão coletiva ou social. No que diz respeito a primeira, esta abrange muito além de falar e/ou escrever, passando através dos meios pelos quais a informação será transmitida, devendo estes serem invisíveis e sem barreiras ou impedimentos. E a segunda dimensão diz respeito a liberdade de expressão como um meio para o pluralismo, ou seja, trocas de ideias e informações, buscando demonstrar e comunicar todos os pontos de vista e opiniões, desempenhando um papel importante quanto ao conhecimento de informação, sendo que ambas as dimensões são de igual valor e são complementares entre si.

A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu no mesmo sentido que a liberdade de expressão constitui um pilar elementar social, bem como uma condição primordial para o progresso e desenvolvimento do ser humano⁴. Esse progresso e desenvolvimento do ser humano muito tem em comum com as dimensões do direito, uma vez que por meio do acesso e propagação de informações e ideias, o ser humano forma seu agir e pensar, constituindo uma base sólida de opinião, assim como tendo acesso a diversos pontos e a formação de um pensar crítico, não se valendo da própria ideia apenas e passando a estar inserido social e culturalmente.

Tendo isso em vista, a liberdade de expressão deve ser observada quanto: i. A divulgação de informações ou ideias recebidas e; ii. A quem ofende, é ingrato ou perturba ao Estado ou a qualquer setor da população. Sendo tidas como demandas do pluralismo e da tolerância, logo qualquer formalidade, condição, restrição ou sanção imposta sobre o que tange a liberdade de expressão, deve ser feita sob um objetivo legítimo e de forma proporcional⁵. Sendo que segundo a Opinião Consultiva número 5/85 da Corte IDH, quando se restringe ilegalmente a liberdade de expressão se coloca em cheque as dimensões do direito à liberdade de expressão⁶. Tendo a Corte EDH reiterado, no mesmo sentido, as recomendações do Comitê de Ministros do Conselho da

3 Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, par. 64,65,66 e 67; Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par. 31 e 32.

4 Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, par.69.

5 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, par. 113; Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), supra nota 85, par. 69; Corte EDH. Case of Scharlach and News Verlagsgesellschaft v. Austria, Judgement of 13 February, 2004, par. 29.

6 Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par. 30.

Europa nos casos Glas Nadezhda Eood e Elenkov vs. Bulgária⁷ e Meltex Ltd e Mesrop Movsesyan vs. Armênia⁸, ao dizer que todas as decisões tomadas pelas autoridades devem estar devidamente motivadas e sujeitas a revisão pelas jurisdições competentes⁹.

A liberdade de expressão é uma pedra angular na sociedade democrática. Sendo uma *conditio sine qua non* para os representantes democraticamente eleitos, uma vez que o povo possui total direito de formar uma opinião com informações transparentes¹⁰. Nesse sentido, cabe aos representantes do povo e demais pessoas investidas pelo Poder Público o dever de zelar pela propagação e firmação do direito basilar ao Sistema democrático e estrutural para uma vida digna e repleta de saberes.

Ao se tratar de Democracia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que os direitos à liberdade de expressão, reunião, associação e políticos ao caminharem juntos tornam as Instituições Democráticas de Direito mais fortes e possíveis no plano fático. Esse laço entre os direitos antes expostos se mostram ainda mais fortes no momento em que é aplicado um Golpe de Estado e as pessoas passam a usá-los contra as ações autoritárias¹¹.

Ademais, quando se fragiliza ou permite-se a quebra da liberdade de expressão, pluralismo de ideias e tolerância, em qualquer que seja o âmbito e com isso no sentido de tolerância religiosa, sexual ou cultural, se permite paralelamente a criação de um local fértil para a instauração e desenvolvimento de pensamentos autoritários, que ao tomarem força podem se tornar um sistema do mesmo gênero, conforme já fora visto em precedentes históricos na América Latina e na Alemanha nazista.

O jornalismo é uma das principais formas de manifestação de expressão e por isso o serviço ao público deve ser feito de forma clara e precisa, de modo que a liberdade de expressão, comunicação e educação é inerente a todo ser humano. No entanto, com o avanço da tecnologia e da internet, o acesso aos meios de comunicação e amplo debate se tornaram mais acessíveis, sendo, entretanto, necessário o cuidado para com as informações propagadas, pois muitas se enquadram nas *Fake News* e assim um ambiente plural e democrático pode se tornar um meio ardiloso à desinformação, assim como uma importante ferramenta à propagação e manipulação de inverdades, com um possível fim drástico, que coloca o sistema democrático em uma posição desfavorável e

7 Corte EDH. Case of Glas Nadezhda Eood e Elenkov vs. Bulgária. Judgement of 11 October 2007.

8 Corte EDA. Case of Meltex Ltd e Mesrop Movsesyan vs. Armênia.

9 Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, par.168.

10 Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par.70; Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, par.68.

11 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, par.160.

ameaça a harmonia das Instituições.

A única forma de censura da liberdade de expressão prevista é em casos de proteção moral da infância e adolescência (artigo 13.4 da CADH), ou seja, quando existe uma limitação da faixa etária, prezando pela preservação da mesma, nos demais casos, qualquer medida preventiva implica em uma redução do valor da liberdade de pensamento e expressão¹². No caso *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*, o governo chileno impôs uma censura prévia determinada a todos, uma vez que o filme ia contra os ideais cristãos, essa censura fora em desconformidade com o propósito dos ideais do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Estado chileno, uma vez que estaria o governo impondo uma limitação no pensar do povo, limitando assim a expansão das dimensões atinentes ao direito, este *leading case* é um exemplo clássico de censura que não visa a proteção etária ou que possui objetivos e finalidade lógicas, objetivas e proporcionais, tão somente uma finalidade subjetiva daquele que detém a máquina do Estado e os meios de Poder, na mais alta hierarquia do Executivo.

Ademais, a difusão do pensamento é por si só indivisível, bem como os meios de comunicação, o que leva a uma restrição atinente ao artigo 13.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo preciso avaliar caso a caso e se os fatos podem ou não ser enquadrados em tal.

Dessa forma, o abuso do direito à liberdade de expressão e pensamento não pode ser objeto de medidas preventivas de controle, conhecidas como censura, uma vez que esta apresenta um grave rompimento ao pluralismo e por si à Democracia, esse abuso deve gerar na realidade uma responsabilidade a quem o cometeu, a Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva número 5/85 colocou alguns requisitos¹³ a serem cumpridos para a aplicação dessa forma de responsabilização, quais sejam: i. A existência de causas de responsabilidade previamente estabelecidas, respeitando assim princípios importantes como o da anterioridade e legalidade, de modo que dessa forma se evite o uso abusivo do direito por parte das autoridades estatais também, banindo o uso de situações *ad hoc*, para justificar a aplicação do meio; ii. A definição expressa e exaustiva dessas causas por lei; iii. A legitimidade dos fins prosseguidos na Constituição do Estado e; iv. Que essas causas de responsabilidade são necessárias para garantir os fins dos itens antes citados. Devendo estes requisitos estarem de acordo com o artigo 13.2 da CADH e os demais dispositivos que versam sobre responsabilidade e adequação estatal.

No entanto, de acordo com a Corte IDH nem toda violação ao artigo 13 implica na

12 Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, par. 70.

13 Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par.39.

supressão radical da liberdade de expressão, que pode ocorrer quando o Poder Público instrui barreiras para impedir a livre circulação de ideias, opiniões ou notícias¹⁴, ou ainda sem a intervenção direta do Estado, uma vez que a existência do monopólio dos meios de comunicação por terceiros apresentam uma grave ameaça¹⁵, acontece que nessa segunda hipótese é importante o agir do Estado para viabilizar que esses meios sejam diversificados, na medida em que isso pode ser feito por meio de leis que prevejam a diversidade e pluralidade de informações e dos meios de propagação, de modo que a informação seja a mais clara possível e apresentada sob diversas óticas.

Acontece que existe o que se chama de “margem de apreciação” e no que tange a liberdade de informação e demais condutas por ela enquadradas, muito se fala em proteção da ordem pública, sendo que essa expressão de acordo com a Corte na Opinião Consultiva 5/85 diz respeito, no âmbito da Convenção, as condições que asseguram o funcionamento harmonioso e normal das instituições com base em um sistema coerente de valores e princípios, com base nesse conceito, a restrição ou limitação de alguns direitos poderiam ser justificadas, sendo ressaltado que a jurisdição internacional tem um caráter subsidiário e complementar, não sendo um Tribunal de alçada ou apelação¹⁶. No entanto, é importante frisar que esse termo “proteção da ordem pública” é demasiado amplo, o que pode incorrer em riscos e usos abusivos e arbitrários, devendo adentrar aqui as questões atinentes ao artigo 27 da CADH, que versa sobre a suspensão de direitos que em caso de guerra, perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este pode adotar disposições que não sejam contrárias ao Direito Internacional, que não incorram em nenhuma forma de discriminação e ao se fazer a suspensão deve ser comunicado aos demais Estados Partes.

Assim, a Corte IDH entendeu que é preciso se avaliar caso a caso, porque pode acontecer de alguns funcionários possuírem o dever de sigilo sobre algumas informações que versam sobre o exercício do cargo, entretanto esse dever de confidencialidade não deve abranger as informações relacionadas com as instituições ou funções desempenhadas quando públicas, sendo necessário avaliar o conteúdo do dever de sigilo, uma vez que a quebra deste gera determinadas responsabilizações¹⁷ ao agente. Tendo a responsabilidade de transparência sobre informações públicas do Estado sido também estabelecida pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso

14 Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par. 54.

15 Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par 56.

16 Corte IDH. Caso Mévoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, par.140.

17 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, par.77.

Kudeshkina vs. Rússia¹⁸.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, utilizando-se do artigo 10.2 da própria Convenção Europeia de Direitos Humanos afirmou existir uma margem reduzida quanto a restrição da liberdade de expressão no debate político, haja vista as questões de interesse público¹⁹.

É lógico e apropriado que as expressões relativas a funcionários públicos ou pessoas com funções de natureza pública, nos termos do 13.2 de uma margem de abertura para o amplo debate sobre questões de natureza pública, essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático, isso não significa que a honra dessas pessoas não deva ser protegida, mas está ainda mais sob os princípios do pluralismo democrático. Logo, essa diferença de limiar não se baseia na qualidade do objeto, mas sim na natureza de interesse público, aquelas pessoas que se expõem voluntariamente estão mais propensas a críticas, uma vez que saem da esfera privada para a pública²⁰.

A liberdade de expressão em ambas dimensões constitui uma base fundamental para os debates nos processos eleitorais, pois se transforma em uma ferramenta essencial para a formação de opinião pública dos eleitores²¹. Sendo que o debate político implica na livre circulação de informação a respeito dos candidatos e também de qualquer pessoa poder expressar sua opinião ou informação.

Ao se tratar deste direito é de suma importância entender sua correlação para com o direito à honra e reputação, estando os últimos dois protegidos pelo mesmo artigo sob uma fórmula em comum por serem dotados de princípios semelhantes. A junção dos três direitos é de extrema importância para o funcionamento da sociedade democrática. Assim, segundo a Corte IDH quando se trata da divulgação de informação sobre a vida privada, temos alguns aspectos a serem observados: i. Os diferentes limiares de proteção dos funcionários públicos, ainda mais daqueles que são eleitos pelo povo e; ii. O interesse público das ações que realizam²², sendo este opiniões ou informações pertinentes a assuntos sobre os quais a sociedade tenha legítimo interesse de conhecimento, seja sobre o que afeta e qual o nível em que afeta o funcionamento do Estado²³.

Logo, os meios de comunicação devem ser abertos sem distinção e para todas as pessoas,

18 Corte EDH. Caso Kudeshkina vs. Rússia. Judgement of 26 February, 2009.

19 Corte EDH. Case of Sürek and Özdemir v. Turkey. Judgement of 8 July, 1999, par. 60; Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, par.155.

20 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, par. 129.

21 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, par.88.

22 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, par. 59.

23 Corte IDH. Caso Mévoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, par.146.

sendo eles a forma de materializar o exercício da liberdade de expressão, de modo que suas condições para o funcionamento se adaptem aos requerimentos desta liberdade, havendo em vista a importância da pluralidade dos meios, em conjunto com a proibição de monopólio e a adoção de garantias de independência aos jornalistas²⁴.

O direito ao acesso de informação e propagação desta é de fundamental importância e por isso deve, em consonância com o artigo 1 do Pacto de São José da Costa Rica, respeitar o direito à igualdade, sendo oportunizado a todos o acesso à informação, bem como o direito de difundi-la, estando integrado a esse meio pessoas privadas de liberdade, possuindo como base o direito à igualdade, dignidade e integridade mental, ao acesso e propagação de informações, uma vez que como as demais pessoas, integram a dimensão coletiva e possuem a dimensão individual a ser aprimorada, partindo inclusive do pressuposto do tratamento igualitário e justo para a reintegração harmônica do indivíduo na sociedade, uma vez que finalidades como a de ressocialização são por si só falhas devido ao funcionamento do Sistema como um todo, que precisa ser aprimorado e regularizado por meio de um Controle de Convencionalidade aos Tratados Internacionais, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo assim, aprimorando o direito à liberdade de expressão, honra e reputação é possível implementar o primeiro passo de melhoria do Sistema Carcerário, permitindo o pensamento e o pluralismo de ideias.

O mesmo deve ser reproduzido com os povos originários, dotados da própria língua e cultura, sendo um dever do Estado oportunizar meios de igual acesso, com a adaptação textual ou auditiva, por exemplo, respeitando suas condições próprias e inerentes, assegurando uma vida digna, podendo ao não respeitar a cultura ser responsabilizado em consonância com o caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay²⁵ e o Protocolo Adicional de San Salvador. Permitindo assim, que a transparência estatal atinja a todos vinculados em seu território, bem como o exercício legal dos direitos políticos quando se tratar da integração política, seja enquanto possível representante ou eleitor.

Ante a todo já exposto é pertinente afirmar que os Estados Partes possuem o dever de adequarem seus ordenamentos jurídicos internos para com a CADH, fundamentadamente de acordo com os artigos 1.1 e 2 do mesmo dispositivo, essa regulação vertical recebe o nome de Controle de Convencionalidade, valendo a decisão da Corte como *ratio decidendi*.

Esse diálogo entre o Estado e as Cortes Internacionais possui determinados padrões hermenêuticos, como a interpretação *pro persona*. Desse modo, visando o *Pacta Sunt Servanda*

24 Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par 34.

25 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

devem os Estados respeitarem os precedentes e demais normas previstas pela CADH, não podendo os Estados se valerem do próprio direito para justificarem uma violação ao exposto pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estando isso disposto no artigo 27 da Convenção de Viena. Ademais, direitos que integrem a dimensão dos Direitos Humanos, são reconhecidos como normas *jus cogens*, presentes no artigo 53 da Convenção de Viena.

Tendo isso em vista, cabe ao Estado adequar seu ordenamento jurídico interno, para que este atenda as demandas e exigências do direito à liberdade de expressão, bem como o uso de medidas positivas de integração de todos pertencentes a sociedade ao acesso, informação, disseminação e ampliação dos próprios saberes e da comunicação no geral, através de qualquer meio de disseminação e qualquer meio de propagação da informação.

O fortalecimento das sociedades democráticas e de suas instituições dependem de um Estado democrático e pluralista que permita a formação e desenvolvimento do Tecido Social, sendo assim a melhor forma de manter o equilíbrio entre as diferenças e, mais, por meio de uma boa comunicação e trocas de ideias é possível fortalecer a sociedade ali pertencente.

Estando dentre as medidas de reparação caso o Estado tenha violado as questões pertinentes a liberdade de expressão, ou seja, o direito de buscar, receber e propagar informações e ideias através de qualquer forma de disseminação, sem discriminação, conferindo o direito de expressão, fala e escrita: i. o reestabelecimento do direito; ii. a adequação do direito interno; iii. a anulação das sentenças condenatórias ²⁶e; iv. a capacitação dos funcionários públicos sobre o direito de acesso à informação²⁷.

3 A TRANSPARÊNCIA NOS PROCESSOS DE SELEÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS FUNDAMENTADA NO ACESSO À INFORMAÇÃO

Como já exposto no presente artigo, um dos pilares fundamentais da democracia é a transparência e pluralidade atreladas ao direito de liberdade de expressão, sendo assim incide sobre a órbita estatal o dever de não faltar com a transparência e informação, principalmente no que tange aos assuntos públicos de interesse do povo, conforme o caso Kudeshikina vs. Rússia da Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceu, essa informação pública diz respeito também as formas de seleção dos funcionários públicos, bem como o que tange aos próprios funcionários. De modo ainda mais específico aqueles que são responsáveis por salvaguardar o direito e o devido processo legal, bem como a própria Constituição Federal.

26 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, par.123; Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, par.105.

27 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, par. 164 e 165.

São operadores da justiça, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, todos os funcionários do Estado que interveem no sistema de justiça e possuem funções essenciais para o respeito, proteção e garantia do devido processo legal, estando dentre eles, os juízes, procuradores e defensores públicos²⁸.

A Comissão IDH faz uso de alguns critérios e princípios que devem ser observados nos processos de seleção e nomeação, buscando assegurar a independência dos operadores de justiça²⁹, sendo eles: i. Igualdade de condições e não discriminação; ii. Seleção com base no mérito e capacidade; iii. Publicidade e transparência e; iv. Duração da nomeação.

No que tange ao primeiro requisito, o artigo 23.1 da CADH assegura o direito de ascensão a um cargo público em iguais condições de igualdade, sendo assim, os critérios e trâmites para a nomeação devem seguir parâmetros razoáveis e objetivos.

No mesmo caminho, a CIDH recomendou que os Estados possuem a função de regular o acesso à função pública por meio de leis, e medidas positivas. Assim, não basta apenas medidas objetivas, mas também a igualdade de oportunidades, de modo que os desiguais sejam tratados desigualmente na medida de sua desigualdade, positivando uma isonomia e igualdade não apenas de direito, como também de fato, uma vez que segundo pesquisas realizadas pela CIDH, um dos grandes problemas enfrentados pela região da América é a falta de representatividade dos diversos setores da sociedade³⁰.

Quanto ao segundo requisito, é necessário que se considere o mérito pessoal, de modo que sejam escolhidas pessoas idôneas, íntegras e com as devidas e necessárias qualificações jurídicas.

Destarte, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, considera como adequado os concursos públicos, haja vista que nestes é possível ver aspectos como a formação profissional e os anos de experiência julgados como necessários para o exercício da função. Sendo que a Corte EDH, se refere a práticas especiais de competência dos candidatos para medir sua proficiência e garantir a independência³¹.

Quanto ao terceiro requisito já exposto acima, a publicidade e transparência são meios de agir conforme o próprio artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois buscam fornecer e oportunizar a informação, sendo esta ao se tratar da seleção de agentes públicos, de extrema importância aos integrantes do Estado.

Sendo assim, se fala em publicidade dos requisitos e procedimentos, bem como transparência quanto ao processo de seleção. Desse modo, a CIDH considera como positivo os

28 Comissão IDH. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia (2013), par. 15.

29 Comissão IDH. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia (2013), par.58.

30 Comissão IDH. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia (2013), par.66.

31 Corte EDH. Case of Galstyan v. Armenia, 15 November 2007, párr. 62.

processos serem abertos aos setores sociais de modo que isso diminua a discricionariedade existente, assim como considera que para os mais altos níveis seria adequado entrevistas públicas, de modo que cidadãos, organizações não governamentais, ou pessoas interessadas possam desafiar os candidatos e exporem as preocupações ou apoio.³²

Por fim, o quarto requisito, a CIDH vem considerando que a permanência por curto prazo no exercício da função pode fragilizar o sistema, sendo necessária uma duração maior e razoável.

Esses requisitos colocados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos são demasiados importantes, principalmente no que tange a transparência das instituições e os meios de seleção, haja vista que por vezes a discricionariedade existente nas seleções acabam por ameaçar e fragilizar o Sistema Democrático de Direito.

É de extrema necessidade e importância que o povo tenha total conhecimento das decisões tomadas e local de fala, junto a liberdade de expressão, uma vez que a própria Constituição Federal diz que todo poder emana do povo, desse modo, cabe ao Estado viabilizar meios oficiais que integrem a sociedade aos ocorridos, bem como exista um local de fala cumprindo com as recomendações expostas pela Comissão.

Sendo assim, não cabe a intervenção dos demais órgãos e Poderes da administração, uma vez que isso representaria a intervenção no exercício das próprias funções, gerando riscos na independência das pessoas eleitas a comporem os cargos. Assim como nomeações sem parâmetros objetivos e critérios legítimos que incidem sobre os cargos de confiança, demonstram graves riscos à democracia e à transparência ou prestação de informações/contas do Poder Público e daquele que detém o Poder sobre a máquina pública, independentemente de sobre qual setor o exerça. Ou seja, cabe a imparcialidade de decisões e com isso o uso do Sistema de pesos e contrapesos, de modo que exista realmente a independência entre os poderes.

4 A FALTA DE ACESSO À INFORMAÇÃO E DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO FORMA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 8 E 25, CADH

A Corte tem afirmado que ambas dimensões da liberdade de expressão (individual e social) possuem igual importância e devem ser garantidas plenamente de forma simultânea para dar efetividade total ao direito à liberdade de expressão nos termos previstos pelo artigo 13 da Convenção³³, desta forma, o direito de acesso à informação deve ser garantido sob a circunstância

32 Comissão IDH. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia (2013), par.80 e 81.

33 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, pár. 149; Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, pár. 67; Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, pár. 32.

de, caso não o seja, a possibilidade de violação das garantias e proteção judicial dos artigos 8 e 25 da Convenção.

Em um primeiro momento, cabe-se discorrer a respeito das restrições às quais são submetidos os membros da magistratura e se tais restrições são razoáveis, ou se configuram violação às garantias dos artigos 8 e 25 da CADH.

Os Princípios Básicos das Nações Unidas para a Independência da Magistratura reconhecem que “os membros da magistratura gozarão das liberdades de expressão, crenças, associação e reunião, com a exceção de que, no exercício destes direitos, os juízes se conduzirão em todo momento de maneira a preservar as suas funções e a imparcialidade e independência da magistratura”³⁴. De mesma forma, os Princípios de Bangalore sobre a Conduta Judicial estabelecem que “um juiz, como qualquer outro cidadão, tem direito à liberdade de expressão e de crenças, direito de associação e de reunião, todavia, quando exercer os citados direitos e liberdades, se comportará sempre de forma que preserve a dignidade das funções jurisdicionais e a imparcialidade e independência da magistratura”³⁵. No mesmo sentido, A Corte Europeia tem definido que certas restrições à liberdade de expressão dos juízes são necessárias em todos os casos onde a autoridade e imparcialidade da magistratura puderam ser questionadas³⁶.

O objetivo geral de garantir a independência e imparcialidade é, em princípio, um fim legítimo para restringir certos direitos dos juízes. O artigo 8.1 da Convenção Americana estabelece que “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”. Nesse sentido, o Estado tem a obrigação de regular que seus juízes e tribunais cumpram com ditos preceitos. Portanto, não viola a Convenção Americana a restrição a certas condutas aos juízes, como um “direito ou liberdade dos demais”³⁷.

Nesse sentido, podem haver situações em que um juiz, como cidadão parte da sociedade, considere que tem um dever moral de expressar-se³⁸, uma vez que pode constituir um dever para os juízes pronunciar-se “em um contexto em que se esteja afetando a democracia, por ser os funcionários públicos, especificamente os operadores judiciais, guardiões dos direitos fundamentais frente a abusos de poder de outros funcionários públicos ou outros grupos de poder”³⁹. Ademais, em

34 Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Independência da Magistratura, princípio 8.

35 Princípios de Bangalore sobre a Conduta Judicial, pâr. 4.6.

36 TEDH, *Case of Wille v. Liechtenstein* [GS], No. 28396/95. Sentença de 28 de outubro de 1999, pâr. 64; *Case of Kudeshkina v. Rússia*, No. 29492/05. Sentença de 26 de fevereiro de 2009, párr. 86.

37 Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, pâr. 171.

38 ONU, *Comentários Relativos aos Princípios de Bangalore sobre a Conduta Judicial*, párs. 65 e 140.

39 Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, pâr. 173.

um golpe de Estado os juízes “tem a obrigação de sustentar e assegurar-se de que a população saiba que eles e elas sustentam o sistema constitucional.

Portanto, é possível concluir-se que, ainda que as restrições aos direitos e liberdades citados sejam válidas para garantir a imparcialidade e a independência, em momentos de graves crises democráticas não são aplicáveis às atuações dos juízes e das juízas em defesa da ordem democrática as normas que ordinariamente restringem seu direito à participação política. Neste sentido, seria contrário à própria independência dos poderes estatais, assim como às obrigações internacionais do Estado derivadas de sua participação na Organização dos Estados Americanos, que os juízes e juízas não possam pronunciar-se contra um golpe de Estado.

No caso *Pueblos Kariña y Lokono vs. Suriname*, a Corte analisou se a falta de resposta do Estado à solicitação de informação pelas vítimas constitui uma violação do artigo 25 da Convenção Americana em relação com o artigo 13 da mesma⁴⁰, desta forma, relacionando o direito de acesso à informação com a proteção judicial do artigo 25.

A necessidade de proteção do direito de acesso à informação pública tem sido objeto de resoluções específicas emitidas pela Assembleia Geral da OEA⁴¹, que “instou aos Estados Membros que respeitem e façam respeitar o acesso de todas as pessoas à informação pública e promover a adoção das disposições legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para assegurar seu reconhecimento e aplicação efetiva⁴². De mesma forma, dita Assembleia Geral em diversas resoluções considerou que o acesso à informação pública é um requisito indispensável para o funcionamento da democracia, uma maior transparência e uma boa gestão pública e que em um sistema democrático representativo e participativo, os cidadãos exercem seus direitos constitucionais através de uma ampla liberdade de expressão e de um livre acesso à informação⁴³.

Ainda, a Corte Interamericana tem determinado que em uma sociedade democrática é indispensável que as autoridades estatais se rijam pelo princípio da máxima divulgação, o qual estabelece a presunção de que toda informação é acessível, sujeito a um sistema restringido de

40 Corte IDH. Caso *Pueblos Kariña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, pár. 260.

41 Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101; Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, pár. 20; Corte IDH. Caso *Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, pár. 77.

42 Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, Punto Resolutivo Segundo.

43 Asamblea General de la OEA, Resoluciones AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003; AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004, AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006, AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007, AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008, y AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009, todas ellas sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”.

exceções⁴⁴. Outrossim, este Tribunal tem determinado que toda pessoa, incluindo os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade. Em consequência, os familiares das vítimas, e a sociedade, devem ser informados de tudo que se suceder com relação a ditas violações⁴⁵.

O conteúdo do direito de conhecer a verdade é trabalhado nos precedentes da Corte Interamericana principalmente nos casos de desaparecimento forçado, desde o caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras a Corte afirma a existência de um “direito dos familiares da vítima de conhecer qual foi seu destino e, em seu caso, onde encontram-se seus restos”⁴⁶. A Corte reconhece que o direito dos familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos de conhecer a verdade se enquadra no direito de acesso à justiça⁴⁷. De modo que, a obrigação de investigar reside como uma forma de reparação, ante a necessidade de remediar a violação de direito e conhecer a verdade no caso concreto⁴⁸.

O atuar do Estado deve encontrar-se regido pelos princípios da publicidade e transparência da gestão pública, o que torna possível que as pessoas que se encontram sob sua jurisdição exerçam o controle democrático das gestões estatais, de forma tal que possam questionar, indagar e considerar se está dando-se um adequado cumprimento das funções públicas. O acesso à informação sob o controle do Estado, que seja de interesse público, pode permitir a participação na gestão pública, através do controle social que se pode exercer com dito acesso⁴⁹.

O controle democrático, por parte da sociedade através da opinião pública, fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública⁵⁰. Portanto, para que as pessoas possam exercer o controle democrático, é essencial

44 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, pár. 92.

45 Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, pár. 261; Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, pár. 128; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, pár. 274.

46 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, pár. 181.

47 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, pár. 181; Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, pár. 117; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, pár. 118.

48 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, pár. 181; Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, pár. 190; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, pár. 118.

49 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, pár. 86.

50 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, pár. 83; Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, pár. 97; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, pár. 127.

que o Estado garanta o acesso à informação de interesse público sob seu controle. Ao permitir o exercício desse controle democrático se fomenta uma maior participação das pessoas nos interesses da sociedade⁵¹

A Corte tem estabelecido que os Estados se encontram na obrigação de fornecer a informação solicitada. Sem embargo, nos casos em que haja a negativa da entrega, o Estado deverá dar uma resposta fundamentada que permita conhecer quais são os motivos e normas nas quais se baseou para não entregar a informação. Nos casos em que não se obtêm uma resposta do Estado a Corte entende que além da violação ao artigo 13 da Convenção, tal atitude supõe uma decisão arbitrária⁵², em razão deste é necessário que a carga da prova para justificar qualquer negativa de acesso à informação recaia no órgão para o qual a informação foi solicitada⁵³. Ainda, a Corte tem estabelecido em ocasiões anteriores que não dar resposta possibilita a atuação discricional e arbitrária do Estado de facilitar ou não determinada informação, gerando com este, insegurança jurídica a respeito do exercício do direito sob análise⁵⁴.

Ainda no Caso Pueblo Kaliña y Lokono vs. Suriname a Corte entendeu que a informação solicitada era documentação de importância para que os Povos Kaliña e Lokono pudessem ter elementos claros de quantos indivíduos estrangeiros em suas comunidades se encontraram na zona, e qual era a situação legal da posse desse território. Neste sentido, aquela informação poderia tê-los outorgado elementos adicionais a efeitos da propositura de suas lides no foro interno. Portanto, o Tribunal considera que a ausência de entrega da informação em mãos da oficina de registros públicos do Suriname, ou a falta de fundamentação da negativa da mesma, colocou estes povos em uma situação de desvantagem e desconhecimento frente aos terceiros que alegavam a titularidade de parte das terras, pelo que garantiu, através do direito de petição, acesso à informação e a justiça.

A Corte entende no caso Contreras vs. El Salvador, em que houve uma negativa das instituições militares a respeito de solicitações de informações, que o direito a conhecer a verdade tem como efeito necessário que em uma sociedade democrática se conheça os fatos de graves violações de direitos humanos. Esta é uma justa expectativa que o Estado deve satisfazer⁵⁵, por um

51 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, pár. 87.

52 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, pár. 77; Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, pár. 211.

53 Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73º Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008. Punto resolutivo 7.

54 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, pár. 77; Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, pár. 211.

55 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, pár. 181; Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones

lado, mediante a obrigação de investigar as violações de direitos humanos e, por outro, com a divulgação pública dos resultados dos processos penais e investigativos⁵⁶. Resulta essencial para garantir o direito à informação e a conhecer a verdade que os poderes públicos atuem de boa-fé e realizem diligentemente as ações necessárias para assegurar a efetividade deste direito, especialmente quando se trata de conhecer a verdade do ocorrido em casos de graves violações de direitos humanos como os desaparecimentos forçados ocorridos no caso em análise⁵⁷.

Nesta linha, a Corte considera que as autoridades estatais estão obrigadas a colaborar na coleta da prova para alcançar os objetivos da investigação e abster-se de realizar atos que impliquem obstruções para a marcha do processo investigativo⁵⁸. De mesma forma, é essencial que os órgãos a cargo das investigações estejam dotados, formal e substancialmente, das faculdades e garantias adequadas e necessárias para acessar a documentação e informação pertinente para investigar os fatos denunciados e obter indícios ou evidências da localização das vítimas⁵⁹. De mesma forma, é fundamental que as autoridades a cargo da investigação possam ter pleno acesso tanto à documentação em mãos do Estado, bem como aos locais de detenção⁶⁰.

O Estado não pode amparar-se na falta de prova da existência dos documentos solicitados, uma vez que, pelo contrário, deve fundamentar a negativa da sua provisão, demonstrando que tem adotado todas as medidas a seu alcance para comprovar que, efetivamente, a informação solicitada não existia⁶¹. Neste sentido, em casos de violações de direitos humanos, o Tribunal tem definido que

y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, pár. 149; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, pár. 119.

56 Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 noviembre de 2002. Serie C No. 96; Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, pár. 149; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, pár. 119.

57 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, pár. 211.

58 Corte IDH. Caso García Prieto y otro Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, pár. 112; Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, pár. 144.

59 Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, pár. 77; Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, pár. 168; Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, pár. 222.

60 Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, pár. 135, citando el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párs. 180 a 182; Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, pár. 77; Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, pár. 111.

61 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, pár. 211.

“as autoridades estatais não podem se amparar em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, ou em razões de interesse público ou segurança nacional, para deixar de contribuir com a informação requerida pelas autoridades judiciais ou administrativas encarregadas da investigação ou processo pendentes⁶².”

A adequada satisfação do direito de acesso à informação supõe a necessidade de incorporar no ordenamento jurídico um recurso efetivo e idôneo que possa ser utilizado por todas as pessoas para solicitar a informação requerida. Para garantir a verdadeira universalidade do direito de acesso, este recurso deve reunir algumas características: (i) deve ser um recurso simples, de fácil acesso para todas as pessoas, que só exija o cumprimento de requisitos básicos tais como, a identificação razoável da informação solicitada e os dados requeridos para que a administração possa entregar a informação ao interessado; (ii) deve ser gratuito ou de baixo custo, de tal forma que não desencoraje as solicitações de informação; (iii) deve estabelecer prazos curtos, porém razoáveis para que as autoridades forneçam a informação requerida; (iv) deve permitir que as solicitações se façam de forma oral nos casos em que não possa ser realizada por escrito, por exemplo, por não conhecer a língua, por não saber escrever ou em situações de extrema urgência; (v) deve estabelecer a obrigação da administração de assessorar ao solicitante sobre a maneira de formular a solicitação, incluindo a assessoria sobre a autoridade facultada pela lei para responder, inclusive sobre o ponto de que a própria autoridade tenha a correspondente remissão informando do trâmite à pessoa interessada e (vi) deve estabelecer a obrigação de que a resposta negativa seja motivada e a possibilidade de que esta possa ser impugnada perante um órgão superior ou autônomo, e posteriormente questionada na via judicial⁶³.

A respeito da obrigação de criar um mecanismo especial para fazer executável o direito de acesso, a Corte Interamericana tem destacado que o Estado “deve garantir a efetividade de um procedimento administrativo adequado para a tramitação e resolução das solicitações de informações, que fixe prazos para resolver e entregar a informação, e que se encontre sob a responsabilidade de funcionários devidamente capacitados⁶⁴.”

De mesma forma, o Comitê Jurídico Interamericano afirmou que em seus “Princípios sobre o Direito de Acesso à Informação”, devem implementar-se regras claras, justas, não discriminatórias e simples a respeito do manejo das solicitações de informação. Estas regras devem incluir prazos

62 Caso Myrna Mack Chang, supra nota 269; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 97, párr. 202, y Caso Tiu Tojín, supra nota 18, párr. 77.

63 CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *El Derecho de acceso a la Información en el Marco jurídico interamericano*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09. 30 de diciembre de 2009. Párr. 26. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEeacceso.pdf>

64 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, pár. 163.

claros e razoáveis, a provisão de assistência para aquele que solicite a informação, o acesso gratuito ou de baixo custo e que, neste caso, não exceda o custo de cópia do envio da informação. As regras devem dispor que quando o acesso for negado, devem dar-se as razões específicas sobre a negativa em um prazo razoável⁶⁵.

Por fim, além de um recurso administrativo para solicitação da informação requerida, devem os Estados garantir o direito à revisão judicial na decisão administrativa que nega o acesso à informação através de um recurso que seja simples, efetivo, expedito e não oneroso, e que permita contestar as decisões dos funcionários públicos que negam o direito de acesso a uma informação ou que simplesmente omitem dar resposta à solicitação⁶⁶. Tal recurso deve: (i) resolver o mérito da controvérsia para determinar se se produziu uma violação do direito de acesso, e (ii) caso encontre-se tal violação, ordenar ao órgão correspondente a entrega da informação. Nestes casos, os recursos devem ser simples e rápidos, pois a celeridade na entrega da informação deve ser indispensável para a conquista das funções que este direito tem amparadas⁶⁷.

5 CONCLUSÃO

Por meio das pesquisas realizadas pode-se concluir que o direito à liberdade de expressão, determinado no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e artigo 4 da Carta Democrática Interamericana, e faz-se de grande importância não somente em sua dimensão individual, mas principalmente, para o presente trabalho, em sua dimensão social, a qual refere-se à liberdade de expressão como um meio para o pluralismo, englobando o direito de buscar e receber informações e ideias, expressando o direito de acesso à informação.

O acesso à informação, especialmente quando ligado ao acesso a informações públicas ou informações em posse estatal possui extrema importância no contexto dos processos de seleção de funcionários públicos, os quais devem reger-se pelos princípios da máxima informação e boa-fé, tendo como regra o direito de acesso à informação e o segredo de Estado como a exceção.

Ademais, há a necessidade de assegurar um recurso administrativo simples e efetivo para a solicitação das informações que se pretende obter, e um recurso de apelação, de mesma forma, simples e efetivo, para que se possa contestar as negativas à concessão de tais informações, as

65 Comitê Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73º Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008. Punto resolutivo 5. Disponible en: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXII-O-08_esp.pdf

66 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, pár. 137.

67 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, pár. 116-139.

quais, devem ser devidamente fundamentadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Comissão IDH. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosLE.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Comissão IDH. **Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia (2013)**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Comissão IDH. **O Direito de Acesso à Informação Pública nas Américas (2012)**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/el%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20americas%202012%2005%2015.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Comissão IDH. **Políticas Públicas com Enfoque em Direitos Humanos (2018)**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasPublicasDDHH.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte EDH. **Case of Galstyan v. Armenia**, 15 November 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/amand/Downloads/CASE%20OF%20GALSTYAN%20v.%20ARMENIA.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte EDH. **Case of Glas Nadezhda Eood e Elenkov v. Bulgária**. Judgement of 11 October 2007. Disponível em: [file:///C:/Users/amand/Downloads/CASE%20OF%20GLAS%20NADEZHDA%20EOOD%20AND%20ELENKOV%20v.%20BULGARIA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/amand/Downloads/CASE%20OF%20GLAS%20NADEZHDA%20EOOD%20AND%20ELENKOV%20v.%20BULGARIA%20(1).pdf). Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte EDH. **Case of Kudeshkina v. Rússia**. Judgement of 26 February, 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/amand/Downloads/CASE%20OF%20KUDESHKINA%20v.%20RUSSIA%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/amand/Downloads/CASE%20OF%20KUDESHKINA%20v.%20RUSSIA%20(2).pdf). Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte EDA. **Case of Meltex Ltd e Mesrop Movsesyan v. Armênia**. Judgment of 17 June, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/amand/Downloads/CASE%20OF%20MELTEX%20LTD%20AND%20MOVSESYAN%20v.%20ARMENIA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/amand/Downloads/CASE%20OF%20MELTEX%20LTD%20AND%20MOVSESYAN%20v.%20ARMENIA%20(1).pdf). Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte EDH. **Case of Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria**, Judgement of 13 February, 2004. Disponível em: [file:///C:/Users/amand/Downloads/CASE%20OF%20SCHARSACH%20AND%20NEWS%20VERLAGSGESELLSCHAFT%20v.%20AUSTRIA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/amand/Downloads/CASE%20OF%20SCHARSACH%20AND%20NEWS%20VERLAGSGESELLSCHAFT%20v.%20AUSTRIA%20(1).pdf). Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte EDH. **Case of Sürek and Özdemir v. Turkey**. Judgement of 8 July, 1999. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Case%20of%20S%C3%BCrek%20and%20%C3%96zdemir%20v.%20Turkey%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-58278%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Case%20of%20S%C3%BCrek%20and%20%C3%96zdemir%20v.%20Turkey%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-58278%22]}). Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5

de julio de 2004. Serie C No. 109. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Anzualdo Castro Vs. Perú**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso García Prieto y otro Vs. El Salvador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_168_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acceso en: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia**. Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/>

docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Kawas Fernández Vs. Honduras.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Kimel Vs. Argentina.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso La Cantuta Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Disponible em;

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Las Palmeras Vs. Colombia.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 noviembre de 2002. Serie C No. 96. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_96_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso López Lone y otros Vs. Honduras.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Mémoli Vs. Argentina.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam.** Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309. Disponible em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. Disponible em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Corte IDH. **La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).** Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2020.

ONU, **Comentário Geral nº 25: Artigo 25, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/general%20comment%2025.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

ONU, **Princípios Básicos Relativos à Independência da Magistratura (1985).** Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/basic-principles-on-the-independence-of-the-judiciary/>. Acesso em: 15 de out. de 2020.

A NECROPOLÍTICA BRASILEIRA ACENTUADA PELA PANDEMIA: OS DESDOBRAMENTOS NA EDUCAÇÃO E SAÚDE

Maria Eduarda de Camargo YAROS¹
Vladimir BREGA FILHO²

RESUMO

O presente artigo trata do conceito “necropolítica”, cunhado por Achille Mbembe, na sociedade brasileira. O conceito de “necropolítica” estaria presente em uma sociedade que impõe mecanismos mortíferos às populações periféricas, promovendo a morte massiva de pessoas mediante a expropriação de seus direitos humanos mais básicos, sendo consideradas vidas que valem menos para o Estado e o corpo social. Significa dizer que quem está no poder escolhe quem deve morrer e como se dará essa morte. Objetivou-se com este artigo entender quais são os aparelhos estatais usados como instrumentos de mortificação para as camadas mais pobres, através dos desdobramentos impostos na educação e na saúde com o uso do necropoder como política estatal no Brasil, a qual foi intensificada na pandemia pelo SARS-CoV-2. Para isso será feita uma análise de como se desenvolve esse sistema e seus braços invisíveis na sociedade. Além disso, é imprescindível a compreensão da necropolítica como a expressão máxima da soberania, o que leva ao questionamento a respeito dos limites do poder do Estado. Vale dizer que o assunto em questão tem bases no discurso do inimigo interno, que trata grupos sociais específicos como ameaça aos bens sociais. Assim sendo, o controle da mortificação está associado ao inimigo ficcional construído por discursos que administram o pensamento da massa social. A pesquisa fará uso do método dedutivo, partindo de premissas gerais até as específicas, de maneira a compreender a necropolítica em suas nuances até seus desdobramentos e, por fim, a supressão dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Necropolítica; Educação; Saúde pública; Covid-19; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article deals with the “necropolitical” concept, coined by Achille Mbembe, in Brazilian society. The concept of “necropolitics” would be present in a society that imposes deadly mechanisms on peripheral populations, promoting the massive death of people through the expropriation of their most basic human rights, being considered lives that are worth less for the State and the social body. It means to say that whoever is in power chooses who should die and how that death will occur. The objective of this article was to understand which state devices are used as instruments of mortification for the poorest groups, through the consequences imposed on education and health with the use of necropower as a state policy in Brazil, which was intensified in the pandemic by SARS-CoV-2. For that, an analysis of how this system and its invisible arms in society will be developed. Furthermore, it is essential to understand necropolitics as the ultimate expression of sovereignty, which leads to questions about the limits of state power. It is worth mentioning that the subject in question is based on the discourse of the internal enemy, who treats specific social groups as a threat to social goods. Thus, the control of mortification is associated with the fictional enemy constructed by discourses that manage the thinking of the social mass. The research will use the deductive method, starting from general to specific premises, in order to understand the necropolitics in its nuances until its consequences and, finally, the suppression of human rights.

-
- 1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista do programa de Iniciação Científica pela Fundação Araucária.
 - 2 Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (1989), mestrado em Mestrado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e Estágio de Pós Doutorado na Universidade de Lisboa (2013). Orientador da pesquisa.

KEYWORDS: Necropolitics; Education; Public health; Covid-19; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A necropolítica é um conceito desenvolvido pelo autor Achille Mbembe para descrever um fenômeno que acontece na sociedade, onde há uma política de mortificação das camadas marginalizadas socialmente. A partir daí se discute a soberania do Estado e o uso ilegítimo de força em episódios de violência injustificada, nos quais o monopólio estatal é arbitrário. O artigo em questão pretende analisar as consequências dessa política de governo e a supressão dos direitos humanos, especialmente nas áreas da saúde e educação diante da pandemia que se alastra pelo país, intensificando as vulnerabilidades já existentes.

O termo cunhado por Mbembe se tornou um conceito político aplicável a vários países e meios sociais. No Brasil, a necropolítica adentra um mecanismo mais complexo de uma sociedade com bases preconceituosas e deturpadas, encontrando-se com o racismo, com o discurso do inimigo interno assim como com o neoliberalismo, os quais são traços que compõe a política brasileira e sua maneira de exercer o poder.

Nessa política – a necropolítica – o poder não só se apropria das formas de vida e das normas sociais – ditando como viver e agir – mas também controla os mecanismos de morte, que afetam majoritariamente as pessoas de classes sociais mais baixas, que se encontram em maior vulnerabilidade e suscetíveis a todo tipo de percalço. Em síntese, utilizando o chamando necropoder se decide quem deve morrer e o que deve acontecer com esses corpos, que se acumulam e perdem suas identidades.

A pandemia do coronavírus vulnerabilizou mais ainda as classes baixas e periféricas. Duas áreas fundamentais foram enormemente atingidas: a educação e a saúde. A instituição do regime de educação a distância se trata de uma política pública excludente, tendo em vista que não é acessível a todos os alunos, acentuando a desigualdade educacional já existente.

Além disso, houve uma sobrecarga do SUS, o qual é a rede pública de atendimento à população brasileira que não pode pagar pelo sistema de saúde privado. Observa-se que apesar do vírus ser contagioso a qualquer pessoa a taxa de mortalidade das classes baixas são muitos maiores. Como também o fator raça influencia na mortificação pelo vírus. A partir disso é possível constatar os traços da necropolítica intensificados pela vulnerabilidade de um país marcado por uma crise sistêmica em diversas áreas.

Pode se extrair da obra de Mbembe dois pontos marcantes da necropolítica: não somente a escolha de quem morre, mas essa gestão por meio de condições que propiciem mecanismos

mortíferos a determinados grupos sociais. Isso se dá a partir do controle permanente das conjunturas para se viver em regiões mais pobres, nas quais os direitos básicos são escassos e acarretam o risco permanente de morte, uma vez que a qualidade de vida é precária, e reflete na expectativa de vida mais baixa em centros periféricos, onde não há segurança pública.

É visível, portanto, que esse sistema atua por meio de uma gestão violenta e mortífera, com uma administração que geri as mortes retirando a humanidade e os direitos de seus alvos. A partir daí o estado de exceção se torna uma realidade diária, que passa a ser normalizado por quem está nessa situação por tanto tempo.

Finalmente, vale ressaltar que o artigo ancora-se no método dedutivo para seu desenvolvimento, conceituando, primeiramente, a necropolítica de Mbembe e expondo o cenário em que se encontra o Estado brasileiro perante a crise do coronavírus, para então tratar da educação e do acentuamento da desigualdade, assim como das consequências dessa política por aqueles que são afetados quanto à saúde.

1. O NECROPODER COMO REGIME DO GOVERNO BRASILEIRO

Através desse artigo apresento o conceito de necropolítica desenvolvido pelo camaronês Achille Mbembe como a forma de regime do governo brasileiro, o qual se utiliza de meios que cerceiam os direitos mais básicos das populações periféricas, através de políticas excludentes, deixando-as destituídas de suas prerrogativas de um Estado democrático de direito. O resultado disso é a soberania estatal ditando “quem pode viver e quem deve morrer”. A este fenômeno há a concepção do chamado necropoder pelo autor Mbembe em sua obra.

É preciso interpretar o conceito de necropolítica em suas nuances mais discretas e invisíveis, realizando, assim, uma releitura ao necropoder presente na sociedade. Veja bem, é imprescindível ter em mente que a morte de milhares de pessoas não se dá somente de forma direta pela violência estatal, mas pela retirada de sua qualidade de vida, segurança, saúde e educação.

Assim, a partir de inúmeros aparelhos e meios – uns mais perceptíveis que outros – é notável a política voltada à escolha de vida e morte, isso se dá, sobretudo, através do controle de quem tem acesso aos direitos mais basilares. A expropriação destes direitos resulta na mortificação de camadas periféricas, seja pela violência ou pelo não acesso aos direitos fundamentais.

A expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder. (MBEMBE – Ensaio – p.123)

A intenção de Mbembe era traduzir como se desenvolviam as formas de dominação e

submissão no continente africano pós-colonial, no entanto observa-se que sua análise é aplicável ao que acontece em várias sociedades atuais nas periferias capitalistas mundo afora. Como bem disse Foucault (1994, p. 228) “as relações de poder penetram os corpos”, controlando-os mediante a soberania e a detenção do uso da força.

Os autores contemporâneos vêm a quase duas décadas afirmando que estamos diante de uma crise sistêmica, na qual há uma regressão social dos direitos antes conquistados, Hilário (p. 2) explica:

O contexto mundial se assemelha àquele analisado por nomes como Max Horkheimer, Theodor Adorno e Herbert Marcuse, dentre outros. Em vez da ampliação de direitos individuais e políticos, aliados com o crescimento econômico estável – dois pilares constitutivos do arranjo do Estado de Bem-Estar Social – entrou em cena um período de regressão histórica: no plano dos direitos adquiridos, o neoliberalismo promove a retirada de cada um deles, e, no plano da economia, as crises se sucedem com intervalos cada vez menores.

Nesse contexto, a necropolítica se “apresenta como a forma da política adequada ao declínio da forma social capitalista”, uma vez que possibilita a manutenção da sociedade em um período de decomposição social. (HILÁRIO, p. 3)

A autora Rosário (p. 14) discorre sobre o contexto atual no mesmo sentido, dizendo que:

Há uma financeirização do mundo, uma crise, que não se limita ao setor econômico, mas que se estende à cultura, à civilização e à humanidade. Estamos diante de um modelo político-jurídico de desgaste dos direitos fundamentais e das expectativas sociais e normativas que lhes estão subjacentes. Em que são precarizados os próprios pressupostos da democracia liberal. Em tempos de austeridade, as funções do Estado social são substituídas pelas do Estado penal.

Para que haja a implantação desse regime do necropoder o Estado utiliza-se do discurso do inimigo interno para a sustentação de sua postura violenta. A autora Pereira (p. 3) afirma: “No Brasil a mídia e seu discurso têm o poder de destituir a humanidade através da desqualificação da pessoa que mereça ser punida”.

A negação da humanidade de determinados grupos sociais através da inimização permitem que a violência se instaure nas periferias do capitalismo. “Para Foucault, o discurso é o instrumento de poder que determina condutas e valida políticas”. (IGNÁCIO, 2020). O caos é instalado e opera-se o terror nas regiões marginalizadas pelo capitalismo e dominadas pela pobreza. O Estado reage a balas contra a população, como se fossem descartáveis, não tendo qualquer valor.

Mbembe irá dizer que “vastass populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem o estatuto de mortos-vivos”. É o que acontece nos lugares nos quais a violência foi naturalizada. Não há segurança pública.

Percebe-se, então, que algumas vidas passam a valer menos para o poder estatal, que as trata como um inimigo ficcional aos bens sociais, animalizando as classes mais baixas como se

tivessem a tendência a criminalização. Quando, na verdade, estamos diante de cidadãos destituídos de seus direitos e abandonados por um Estado que instala a exceção. O autor Ferreira sintetiza a desvalorização da vida traduzindo o momento em que vivemos: “Os mercados são demasiado importantes para falhar e as pessoas demasiado irrelevantes para contar”. (p. 341).

A necropolítica é a política da morte adaptada pelo Estado. Ela não é um episódio, não é um fenômeno que foge a uma regra. Ela é a regra. E o Achille Mbembe elabora esse conceito à luz do estado de exceção, do estado de terror, do terrorismo. [...] A militarização se tornou agora uma panaceia para se combater “todo e qualquer tipo de violência e de criminalidade”. (ROSANE BORGES³, 2019)

As autoras Diniz e Carino (2019), escreveram uma matéria através do jornal “El País” que traduz o pensamento de que o Brasil adota a necropolítica como regime de governo, afirmando que “o próprio funcionamento dos Estados da América Latina promove em muitas ocasiões políticas da morte”. Além disso, afirmaram que “há um cruzamento permanente da precariedade da vida que torna alguns corpos e suas lideranças políticas mais vulneráveis ao que Mbembe descreveu como a “necropolítica”: políticas de morte para o controle das populações”.

Achille Mbembe utiliza-se das noções de biopoder e biopolítica desenvolvidas por Michel Foucault, baseando-se nelas irá denominar a necropolítica como a forma em que o Estado estrutura-se e constrói suas relações com os corpos. Para o autor os “dispositivos de poder que administram e controlam as populações por meio de técnicas, conhecimentos e instituições” (IGNACIO, 2020), concebido por Foucault como o biopoder, não é mais suficiente para explicar os mecanismos de morte empregados na contemporaneidade. Passa-se, então, do biopoder ao necropoder para uma análise social do cotidiano em lugares elencados como insignificantes para a sociedade.

Há de se dizer ainda que a política voltava à morte das camadas mais pobres não se desenvolveu agora, mas opera na sociedade antes mesmo de receber esse nome, já se fazia presente. Observa-se em que momentos da história brasileira a necropolítica foi escancarada, em sua máxima expressão como política de governo. A ditadura militar é um exemplo desses momentos, assim como a escravidão.

Além das favelas do Rio de Janeiro e das periferias brasileiras que são exemplos claros da atuação pelo necropoder, há aqui que se ressaltar a ação contra os grupos indígenas e quilombolas, em que se tem a destituição da humanidade desses grupos, tirando-lhes a dignidade e o respeito, seu espaço e seu direito para que o interesse econômico prevaleça, frente da vida.

O exercício da soberania opera, conforme seus padrões eugênicos, uma cisão profunda. Além de estabelecer distinção entre as formas de vida humana às quais será conferido valor ou não – decorrendo daí descaracterização da humanidade -, o poder soberano pode estar associado ao mesmo ato violento a medida em que as desprovê de dignidade e incorre em seu extermínio. (DIAS, 2020)

3 Em entrevista para o site Ponte.

Não é exagero dizer que o processo de mortificação acelerou-se e camufla as verdadeiras relações de poder. Mbembe irá dizer que “ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder”. A soberania exercida pelo Estado brasileiro evidencia sua política de morte e violência, que se tornou um regime usado diariamente àqueles considerados como inimigos a ordem social, marginalizados mediante a retirada de seus direitos.

A soberania reside em grande parte no poder de dar e tirar o essencial para a vida. Quando as populações se vêm abandonadas pelo Estado há a precarização das vidas. Não chega saneamento, saúde, educação, segurança, mas a militarização nas ruas e as balas a luz do dia se fazem presentes. Estamos na era do exacerbamento do necropoder.

2 O ACENTUAMENTO DAS DESIGUALDADES COM A PANDEMIA

Com a doença infecciosa do SARS-CoV-2 que chegou ao Brasil no começo de 2020 e se alastrou por todas as cidades do país, o processo de mortificação foi acelerado e generalizado. O alto grau de contágio trouxe o perigo constante de morte à população fragilizada pela ausência de políticas públicas eficientes para dar assistência às camadas mais baixas.

Ainda que o vírus possa ser contraído por todos, é evidente que há maior vulnerabilidade para aqueles que não possuem condições de higiene, acesso a hospitais particulares e tão pouco podem se dar ao luxo de ficarem isolados. Portanto, mesmo que qualquer pessoa possa contrair Covid-19, há uma parcela da população que se vê muito mais exposta e suscetível à contaminação e ao não acesso dos meios de saúde necessários para o tratamento, além das preocupações com o próprio sustento e as contas para pagar.

A falta de saneamento básico é um dos fatores que leva a disseminação muito maior em áreas periféricas que não possuem estrutura básica. Conforme os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), somente 41,5% das cidades brasileiras possuíam o Plano Nacional de Saneamento Básico, no ano de 2017. Consequentemente, esse fator afeta a saúde dessas pessoas.

Isolar-se é um privilégio que grande parte da população não se pode dar. Tão pouco não se aglomerar nos transportes públicos até o trabalho. A desvalorização da vida em detrimento a economia alcançou níveis imagináveis e a imobilidade do governo em criar plataformas que ajudem a reduzir os impactos da pandemia no país mostra sua inépcia, que aliais é característica marcante de sua política antipopulista e genocida.

Quem pode se manter em isolamento social, em termos de estrutura de moradia e de acesso aos bens necessários para sobreviver? Quem terá renda para manter o lar? Quem não terá acesso a uma UTI, ou a um leito hospitalar, ou ainda, a um teste para covid-19? Nós sabemos quem -- e estes sujeitos são aqueles que a estrutura classista, racista e patriarca

lista têm produzido ao longo de nossa história. Serão as mulheres, os negros, os indígenas, os mais pobres, entre outros segmentos sociais, que mais sofrerão o impacto de morte do vírus, como perda de emprego, suspensão de ganhos e salários. (EDSON TELES, 2020 – para TAB)

Acrescenta-se a isso o aumento substancial no desemprego, o qual atingiu o maior patamar com a pandemia. São 13, 7 milhões de desempregados, segundo dados do IBGE⁴. A taxa de desocupação está em 14,1% no mês de setembro, sendo a mais alta da série histórica iniciada em 2012. O site ainda apresenta dados sobre a diminuição dos rendimentos da população: 21,8 milhões de pessoas tiveram sua renda reduzida.

O COVID-19 tem gerado, portanto, um agravamento de uma crise já existente. Suas consequências escancaram a **desigualdade social** vivenciada diariamente por indivíduos em locais onde o isolamento é praticamente impossível. A situação é um anúncio de dados possivelmente preocupantes que podem evidenciar a **necropolítica em locais de vulnerabilidade**. (IGNÁCIO, 2020)

A citação da autora Ignácio reprecisa o que estamos vivendo. Com todos esses fatores elencados pode-se dizer que o Brasil vive uma crise generalizada em diversos setores, e quem arca com as consequências colossais é a população pobre, a qual resta duas alternativas: morrer de fome ou expor-se ao contágio do vírus. O número de mortes pelo coronavírus passa de 146.350 mil e cada vez mais diminui o número de pessoas isoladas.

A naturalização das mortes e a aceitação da situação ocasionada é o que tem acontecido em todos os lugares. Há uma banalização extrema da vida e o medo que antes fazia parte do consciente da população se esvai. O vírus não deixou de ter um alto contágio ou ser letal, mas as pessoas deixaram de se isolar para retornarem a suas atividades não laborais, mas de lazer. Não é uma surpresa que isso tenha acontecido tendo em vista os discursos do presidente que legitimam essas ações, reduzindo a gravidade da situação.

Constata-se ainda uma ausência de políticas para atender de forma eficiente e igualitária a população, a doutora Luana Rosário (p. 14) irá dizer que essa defasagem se trata de uma negligência proposital:

A inépcia do governo Bolsonaro para lidar com a pandemia do Covid, a minimização do vírus, a negação da ciência, a estratégia discursiva de polarizar economia e vida, a inexistência de medidas por parte do governo federal à semelhança das que foram adotadas em outros países — como a nacionalização ou requisição de leitos de UTI privados, a utilização da indústria nacional para a produção de material médico e hospitalar, o auxílio aos governos estaduais na construção de hospitais de campanha, a proteção ao emprego, a garantia de prestações assistenciais de renda mínima, aprovada pelo congresso com resistência do governo — não é por acaso. Para o neoliberalismo, as vidas são descartáveis.

O professor Pedro Henrique Moreira da Silva (2020) irá dizer que “o contexto de necroliberalismo não só exclui determinados indivíduos da margem de proteção da pandemia, mas acaba por determinar – diretamente – quais serão os corpos entregues à morte”. A desvalorização

4 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. <https://www.ibge.gov.br/>.

dos corpos expõe a vida aos efeitos e consequências do vírus.

Em entrevista para a Folha de São Paulo⁵, Mbembe (2020) faz sua análise a respeito do contexto atual em que vivemos, dizendo que:

A estrutura de morte se alastra a todos, em temporalidade muito rápida. A política da morte, que estava em prática para grande parte da humanidade, é potencializada e generalizada. Estamos suscetíveis ao vírus - tanto para sermos infectados por ele quanto para transmiti-lo. [...] Agora somos, cada um de nós, portador de um corpo matável, e, ao mesmo tempo, podemos efetivar a necropolítica transmitindo o vírus, como se fôssemos uma pequena máquina de morte do Estado e dos dispositivos de morte que já atuavam.

O autor utiliza-se a expressão “mundo morto” em sua obra, o que bem simboliza o que está se sucedendo hodiernamente.

A educação e a saúde são áreas demasiadamente afetadas pelo coronavírus. A suspensão das atividades educacionais presenciais e a instalação do regime à distância propiciaram um aumento na desigualdade educacional para aqueles que não possuem acesso às aulas *onlines* e materiais de estudo. A realidade dos estudantes de classe baixa revela um contexto inversamente proporcional às condições favoráveis para a educação em casa. O abismo existente na educação aprofundou-se drasticamente com a pandemia.

Ao contrário do que se espera de um estado democrático de direito, o qual deveria fornecer políticas públicas capazes de melhorar a crise, há o acentuamento das políticas excludentes a população. O abstencionismo estatal demonstra a despreocupação com o cumprimento das garantias constitucionais mais básicas a população.

A pesquisa “Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil” realizada pelo IBGE em 2018 demonstra que 75% das pessoas que vivem na extrema pobreza são autodeclarados como negros ou pardos. Em vista disso, ainda que o vírus possa ser contagiado por qualquer pessoa, os impactos da infecção serão sentidos de maneiras diferentes a depender da raça, classe e gênero.

Uma vez que a população mais pobre é constituída por minorias raciais e étnicas que possuem empregos informais e carecem de recursos financeiros necessários para o autoisolamento será também quem mais sofrerá com as consequências do coronavírus.

As consequências da pandemia serão sentidas por muito tempo.

3 OS DESDOBRAMENTOS NA EDUCAÇÃO E NA SAÚDE

A necropolítica operante no estado brasileiro foi acentuada pela pandemia do Covid-19, a qual tornou mais vulnerável à vida de milhares de cidadãos das classes baixa e média. Dessa forma, as pessoas que já se encontravam em situação de vulnerabilidade pela má condição de moradia e emprego ou que tinham dificuldade no acesso aos serviços de saúde, tornaram-se ainda mais

5 Folha de São Paulo – Pandemia democratizou o poder de matar, diz autor da teoria da necropolítica.

vulneráveis ao vírus.

Para Edson Teles (2020), coordenador do Centro de Antropologia e Arqueologia Forense:

Um país como o Brasil, nascido e estruturado com base no racismo e no patriarcalismo, tem produzido práticas e relações sociais extremamente desiguais e cujos sujeitos que sofrem a ação de precarização de suas vidas seguem os critérios de classe, raça e gênero. (EDSON TELES, 2020 – para TAB⁶)

Como dito anteriormente o vírus tem um impacto muito maior a depender da classe, raça e gênero, tendo em vista que as pessoas que se enquadram dentro dessas categorias não possuem condições para pagar por um tratamento e se encontram em lugares nos quais o saneamento básico não é adequado. Devido a isso dependem do sistema de saúde público, que se encontra superlotado.

Observa-se a partir daí a intensificação das mortalidades dos corpos marginalizados socialmente. Mbembe (2012, p. 135) irá dizer que se trata da “destruição material dos corpos e populações humanos julgados como descartáveis e supérfluos”. Há, portanto, uma precarização das vidas humanas que se encontram em total dependência das políticas públicas estatais para que tenham suas necessidades atendidas, principalmente no que diz respeito ao acesso a saúde diante da proliferação e contágio o vírus.

Nesse contexto, a necropolítica permite visualizar e questionar como a estrutura política do país se desenvolve, expropriando da população os direitos que deveriam estar disponíveis. Hilário (p.12) pontua que há uma “agudização das tendências que sempre foram à regra na periferia brasileira do capitalismo: exclusão, barbárie e autoritarismo”. Essas características foram intensificadas com a calamidade pública do país que não geri a situação.

Os desdobramentos do acentuamento das vulnerabilidades sociais refletem além da saúde, mas também na educação, a qual sofrerá uma intensificação das desigualdades já existentes entre os estudantes do país. O regime de ensino a distância (EaD) atua como uma política excludente as classes baixas, excluindo-as do processo educacional, tendo em vista que os alunos da periferia não possuem acesso a plataformas digitais tão pouco ambiente adequado para os estudos.

Além disso, as preocupações principais residem em problemas maiores, como a alimentação, moradia, e se conseguirão pagar as contas de água e luz. Diante desse cenário há uma falsa ilusão que a educação continua a acontecer mesmo à distância igualmente para todos os alunos. Com certeza ela acontece nos centros, onde as famílias podem isolar-se e continuar a desenvolver suas atividades. No entanto nas favelas, a realidade está bem distante disso. O assunto em questão será aprofundado nos tópicos seguintes.

3.1 Reflexos da pandemia no ensino: intensificação da desigualdade educacional

6 O que a necropolítica tem a ver com a pandemia e com as falas de Bolsonaro. Escrito por Mateus Araújo.

As mortes pela necropolítica brasileira se dão por atitudes comissivas e omissivas, que foram intensificadas durante a pandemia, através da gestão bolsonarista que despreza a vida humana minimizando a gravidade da situação que o país está. Trata-se de um desgoverno incapaz de fornecer uma estrutura assistencialista necessária a população, a qual se encontra em extrema vulnerabilidade e desamparo estatal. Ao se afirmar que há a escolha de quem vive e quem morre, significa dizer que mediante o controle do acesso a segurança, educação e saúde, o Estado é capaz de gerir a qualidade e expectativa de vida das pessoas e as oportunidades que elas terão.

Com o isolamento devido à pandemia o acesso aos direitos mais básicos como a educação foi demasiadamente agravado. Vale ressaltar que a educação é a base que estrutura outras áreas da sociedade e proporciona as oportunidades de qualificação para o trabalho e a ocupação de cargos de poder, a má qualidade de ensino ou a aprendizagem ineficaz é capaz de acarretar muitos outros problemas, definindo, na maioria das vezes, o futuro dos estudantes.

Vive-se no Brasil um “estado de coisas inconstitucional”, no qual a frequente violação dos direitos humanos é uma característica presente na vida dos marginalizados socialmente. A instituição do regime EaD não levou em conta a realidade de parcela da população que não tem acesso aos meios digitais. Primeiro que partir do pressuposto de que todos possuem acesso à internet é um erro descomunal e totalmente irreal, tendo em vista os dados sobre o acesso as redes no país.

Conforme os dados levantados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) – Tecnologia da Informação e Comunicação⁷, realizada em 2018 pelo IBGE, uma em cada quatro pessoas no Brasil não tem acesso à internet, o que corresponde a cerca de 46 milhões de brasileiros, dentre eles estudantes.

Além disso, é preciso pensar outros fatores como o ambiente doméstico para os estudos e as condições em que este se desenvolve. As autoras Aragão e Muniz (2020) falam sobre a implantação do regime remoto:

A solução encontrada pelos governos, de determinar o Ensino à Distância (EaD) sem assegurar condições para implementação, nem sequer levar em consideração que somos um país de maioria pobre, portanto, sem condições de comprar um computador, um telefone inteligente e muitos de sequer de adquirir um plano de acesso à Internet, está **colocando em risco o direito constitucional ao ensino das crianças e jovens do país. (Grifo nosso)**

O não acesso a educação por parte dos estudantes de classe baixa acentua ainda mais a desigualdade já existente na educação. Como um aluno da escola pública que não consegue acessar os conteúdos digitais poderá concorrer no vestibular com o estudante da escola privada? A educação é a forma de melhorar as condições de vida de muitos brasileiros, através do ingresso no ensino

⁷ Acesso à internet e a televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018.

superior ou da qualificação que permite compor ambientes profissionais mais remunerados, quando este meio é prejudicado gera resultados prejudiciais aos afetados.

Nestas circunstâncias, esses estudantes futuramente serão levados a aceitarem posições subalternas e precariamente remuneradas. Assim, a precarização educacional acarretará uma má formação dos alunos que recorrerão a empregos inferiores, há um encadeamento que sucede as conjecturas atuais influenciam as situações do futuro.

O ensino a distância só atende os interesses da iniciativa privada, da mercantilização do ensino, da privatização da educação básica, que é extremamente maléfica para formação do ser humano que as famílias tanto necessitam. (GILMAR SOARES FERREIRA – para o Portal CUT⁸)

Ainda não podemos esquecer que o direito a educação é constitucional, prerrogativa do Estado que deve garantir formas de proporcioná-lo igualmente para todos os alunos (art. 205, CF/88), o que não tem acontecido. O descumprimento de este dever estatal não é um problema criado pela pandemia, mas é a regra da educação no Brasil, a qual é definida pela tríade da desigualdade, precariedade e má qualidade.

Uma pesquisa feita pelo TIC Educação⁹ apontou que 39% dos estudantes de escolas públicas urbanas não têm computador ou tablet em casa o que impossibilita o acesso aos conteúdos ministrados. Os professores também relatam a dificuldade em transmitir as aulas *online*, à metodologia de ensino mudou drasticamente sem que houvesse qualquer preparação para isso, o que obrigou os docentes a se adaptarem.

A política do necropoder expropria as garantias mais básicas da população. Na área educacional, enquanto alguns estudantes possuem estrutura familiar, condições de estudo, acesso as plataformas digitais e o privilégio de ater-se somente com os estudos, há, do outro lado, uma grande parcela que não possui nenhuma infraestrutura para o aprendizado *online*, o qual não chega nas periferias, que preocupam-se com tudo aquilo que o Estado não dá: o básico para se viver – alimentação, saúde, moradia e emprego. As pessoas não estão vivendo, estão tentando sobreviver.

É visível, portanto, que esse sistema atua por meio de uma gestão mortífera, com uma administração que geri as mortes retirando a humanidade e os direitos das classes mais baixas, que se veem desamparadas e sem acesso às estruturas. A partir daí, o estado de exceção se torna uma realidade diária, que passa a ser normalizado utilizando-se da justificativa de estarmos vivendo uma pandemia, ainda que essa política já estava instalada no país.

8 Ensino a distância exclui milhares de alunos e não tem efetividade, diz educadores. Por Aragão e Muniz.

9 Tecnologia de Informação e Comunicação no Brasil

Em consonância, Rosário irá dizer que “estamos diante de um modelo político-jurídico de desgaste dos direitos fundamentais e das expectativas sociais e normativas que lhes estão subjacentes” (p.14).

Atribui-se a população economicamente baixa o que Mbembe chama de *status* de “mortos-vivos”. As opções para essas pessoas são de morrer pelo vírus ou pelo abandono estatal. Em um país que o Ministério da Educação aprova um regime de aulas *online*s, sem fornecer aparato para transição das aulas presenciais para as digitais, e tendo em vista a realidade das famílias de classe baixa, é o mesmo que negar o direito à educação e fingir que os estudantes estão tendo um ensino eficaz, quando todos os dados apontam o contrário.

Portanto, se hoje já podemos perceber os efeitos do que tem ocorrido com a educação no país, quem dirá o que colheremos nos próximos anos.

3.2 Saúde pública e caos: uma análise da realidade

Em relação à área da saúde, a pandemia do Covid-19 apenas evidenciou como se desenvolve as políticas públicas – excludentes – no Brasil. Mostrando com que realmente se preocupam os representantes: a economia em detrimento da vida. Ainda que o vírus atinja a todas as camadas sociais, são as baixas que amontoam-se em corpos pela defasagem no sistema de saúde já muito precarizado.

Com a pandemia instaurada no Brasil a saúde pública tornou-se a principal plataforma de tratamento para o vírus, evidenciando a realidade da política brasileira “em que algumas pessoas importam menos do que outras e em que o lucro dos mercados é a prioridade do Estado para o enriquecimento daqueles que historicamente se beneficiam da exploração e do extermínio” (ROSÁRIO, p. 2). Fábio Franco discorre sobre a situação do sistema de saúde no Brasil em algumas regiões entrelaçado com a política do necropoder:

Para Mbembe existe um controle e uma gestão da morte, no momento em que o Estado define as condições necessárias mínimas para viver em determinadas regiões, que estão marcadamente submetidas ao risco constante da morte (...). Temos uma saúde que tende a operar necropoliticamente, na medida em que, produz condições mortíferas, em determinados serviços e equipamentos como um traço fundamental de administração de certas populações, no intuito que essa população não sobreviva, ou que viva em condições tão limítrofes, que a relação entre vida e morte é muito pequena para populações consideradas perniciosas ou improdutivas (...) (FRANCO, Fábio L. F. N., 2019).

Com o elevado número de pessoas que se contagiaram pelo coronavírus houve uma enorme sobrecarga no Sistema Único de Saúde (SUS), o qual apesar de ser o maior sistema público existente e um dos melhores do mundo, possui uma demanda muito alta de pacientes com recursos limitados, o que propicia o difícil acesso por aqueles que residem nas regiões periféricas.

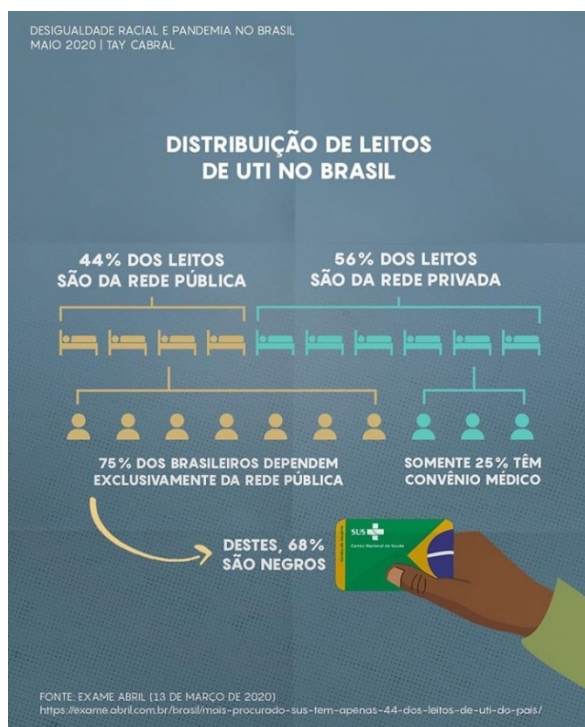
Uma notícia publicada pela revista Exame digital expôs a situação de disponibilidade e

disposição dos leitos no país para a população:

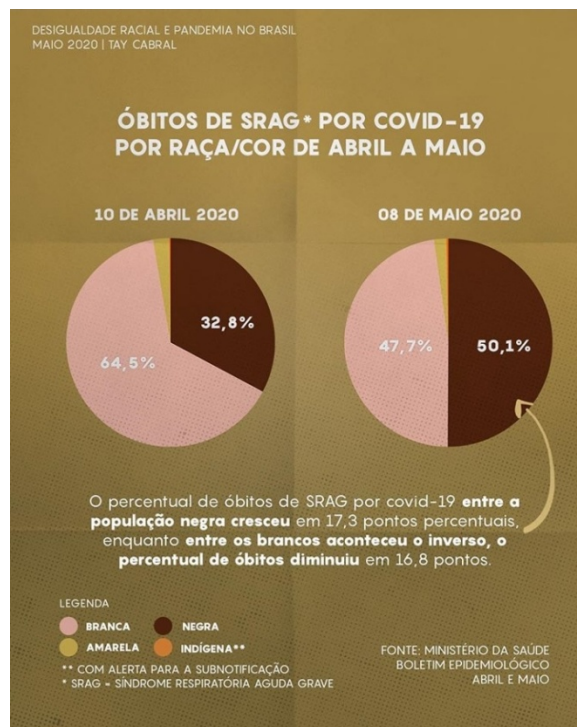
Somente 44% dos leitos de unidades de terapia intensiva (UTIs) do País estão no Sistema Único de Saúde (SUS), rede responsável pela assistência médica de três quartos da população brasileira e que corre o maior risco de sobrecarga em caso de surto do novo coronavírus. No Brasil, apenas 25% da população tem convênio médico e, portanto, acesso à rede privada. Os demais dependem exclusivamente da rede pública. Mas apenas 17,9 mil dos 40,6 mil leitos de UTI existentes no País estão no SUS, segundo levantamento feito pelo Estado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), do portal Datasus. A análise considerou todos os leitos de UTI adultos e pediátricos, excluindo da soma os neonatais. (EXAME ABRIL, 2020¹⁰)

Constata-se que a distribuição de leitos é desigual para a população brasileira, Ederlon Rezende, o qual é coordenador do projeto de UTIs no Brasil afirma: “A situação fica desequilibrada porque metade dos leitos fica para um quarto da população (usuários de planos de saúde) e a outra metade, para os outros três quartos (do SUS)”.

Para exemplificar a situação a artista visual Taynara Cabral montou um gráfico com os dados da distribuição de leitos e dos óbitos pelo Covid-19 de acordo com a raça e cor:



Fonte: Exame Abril



Fonte: Ministério da Saúde Boletim Epidemiológico

Pelos dados expostos é visível que apesar do vírus ser contagioso a todas as pessoas o critério da raça é um fator que preponderante para taxa de mortalidade. A explicação se dá historicamente pela marginalização de pessoas pretas no país, as quais hoje possuem uma grande parcela situada na classe baixa, que moram em regiões distantes dos hospitais e dependente da rede pública de saúde.

10 Mais procurado, SUS tem apenas 44% dos leitos de UTI no país.

Além disso, muitas dessas pessoas não puderam praticar o isolamento, para que pudessem receber continuaram a trabalhar e usar de transportes aglomerados, o que aumenta a transmissibilidade e o contato com o vírus. Resultado disso é a taxa de mortalidade muito mais alta para determinados grupos sociais.

As consequências geradas pela pandemia aceleraram o processo da política brasileira baseada no necropoder. A mortificação das camadas mais baixas não é uma preocupação para o governo, que pouco faz para controlar a situação que aumentou a insegurança e o desespero dos desamparados.

As covas são abertas todos os dias para os óbitos do coronavírus, há o acúmulo de corpos excluídos da proteção do Estado, que vivem na insegurança do hoje e do amanhã, com dificuldades em acessar os direitos fundamentais que vivem em um processo de declínio e retrocesso, e a política aplicada em determinadas regiões que cerceia a vida de milhares de pessoas.

4 CONCLUSÃO

A necropolítica não é difícil de ser percebida, no entanto sua compreensão é muito mais complexa e está muito mais profunda no meio em que vivemos, e é por isso seu estudo e seu debate é tão importante para a desconstrução desse sistema. Aceitar sua existência de forma pacífica é colaborar com um regime que elege quem deve discriminar e elimina quem está na sua mira. O conceito desenvolvido por Mbembe ultrapassa as fronteiras do seu país e se vê presente no Brasil através de instituições consolidadas e atuantes.

A gestão política do país utiliza-se do necropoder como instrumento de controle e manutenção as vulnerabilidades sociais, que mais do que nunca foram intensificadas pelo vírus. Constata-se que a mortes das classes mais baixas pelo Covid-19 é muito maior comparado a população que vive nos centros das cidades. Isso se dá por inúmeros fatores, deste a precarização das condições em que vivem a população periférica até a não possibilidade de isolar-se e ainda depender do sistema único de saúde que se encontra superlotado, tendo em vista que é a plataforma de acesso a todos os brasileiros que não podem custear um sistema de saúde particular.

Os reflexos da pandemia são visíveis na acentuação da desigualdade educacional através da instauração de uma educação excludente e inacessível a população marginalizada. O que resulta numa enorme quantidade de estudantes que não podem acompanhar as aulas *online*s e tão pouco possuem ambiente adequado para isso.

É preciso que haja maior assistência do governo e das instituições do país para redução dos danos causados pelo coronavírus. No entanto, diante da análise da administração necropolítica que acontece através das próprias ações governamentais seria uma utopia pensar que isso acontecerá. O

que resta a população é através da consciência de toda a estrutura que permite a manutenção da precarização das vidas e da mortificação das camadas periféricas questionar a violência injustificada e as condições de vida da população suburbana.

Não vislumbramos nesse contexto uma simples solução para uma política existente deste o colonialismo. Mas nem por isso devemos aceitar a continuação de tal fenômeno político-social. Achille Mbembe tornou palpável através da expressão “necropolítica” os instrumentos e as intenções de um sistema que está em decomposição. Mais do que nunca é necessário o debate a respeito dos limites da soberania e da institucionalização da violência em determinadas regiões, para que não haja a naturalização de um estado de exceção instituído pelo poder público.

Vale dizer ainda que a necropolítica se trata de uma estrutura que não está somente nas mãos do Estado, ou seja, este não é o único responsável pela manutenção das mortes silenciadas, mas passa a compor a gestão de outros autores dentro da sociedade, responsáveis pela produção de outras mortes através da privatização e expropriação dos direitos que deveriam ser de todos, mas concentram-se nas mãos daqueles que possuem poder aquisitivo e, conseqüentemente, segurança e estabilidade. Identificar tais instituições é importante para o conhecimento da situação e o enfrentamento dela.

Ainda que todas as circunstâncias conspiram para a defasagem educacional nunca antes foi tão importante fazer uso da educação como forma de buscar a mudança para o que tem acontecido. Isso fica evidente quando a solução concreta para o Covid-19 está no desenvolvimento de uma vacina, que somente se torna possível através da pesquisa, da ciência e do pensamento crítico. A criticidade e a política foram em todos os tempos o meio de evolução e reivindicação para as melhorias sociais, são nesses instrumentos que devemos nos apoiar para desconstrução de uma política voltada para a escolha de quem vive e de quem morre.

Por fim, quanto à saúde é importante dizer que o problema não reside no SUS, na verdade é preciso que se defenda o mesmo e que se reconheça que é o maior sistema existente e uma rede que atende milhares de pessoas de todo o país. O problema encontra-se no sucateamento deste e no baixo investimento e fornecimento de recursos para sua manutenção e atendimento aos brasileiros. O SUS tem sido a maior plataforma de combate à pandemia, as dificuldades relatadas pelos profissionais da saúde advêm da má gestão, portanto é crucial a movimentação social para melhoria do programa de atendimento.

REFERÊNCIAS

ALVES, Antonio J. L. A morte como categoria filosófica: finitude e determinação em Feuerbach. Revista Dialectus, n.6, 2015.

ARAGÃO, Érica; MUNIZ, Marize. Ensino à distância exclui milhares de alunos e não tem efetividade, diz educadores. 2020. Disponível em: <<https://spbancarios.com.br/05/2020/ensino-distancia-exclui-milhares-de-alunos-e-nao-tem-efetividade-dizem-educadores>>. Acesso em: 06 out. 2020.

ARAUJO, Mateus. O que necropolítica tem a ver com a pandemia e com falas de Bolsonaro. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/03/o-que-necropolitica-tem-a-ver-com-a-pandemia-e-com-falas-de-bolsonaro.htm>>. Acesso em: 02 de out. 2020.

ANDRADE, A. L. R.; MONTEIRO, A. O.; JUCÁ, S. C. S.; SILVA, S. A. Trabalho e educação em Karl Marx: a contradição do trabalho intelectual e manual no processo educativo. 2020. Research, Society and Development, ISSN-e 2525-3409, Vol. 9, Nº. 2, 2020. Acesso em: 14 set. 2020.

BERCITO, Diogo. Pandemia democratizou o poder de matar, diz o autor da teoria da necropolítica. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/03/pandemia-democratizou-poder-de-matar-diz-autor-da-teoria-da-necropolitica.shtml>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BORGES, J. M.; CRUZ, P.; FILHO, O. N. Ensino a distância na educação básica frente à pandemia da covid-19. 2020. Todos pela Educação. Disponível em: <https://www.todospelaeducacao.org.br/_uploads/_posts/425.pdf>. Acesso em 11 set. 2020.

BORGES, Rosane. O que é necropolítica e como se aplica a segurança pública no Brasil. Disponível em: <<https://ponte.org/o-que-e-necropolitica-e-como-se-aplica-a-seguranca-publica-no-brasil/>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria nº 343, de 17 de março de 2020. Brasília, DF. 2020.

Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br). Tecnologia de Informação e Comunicação no Brasil (TIC Educação) 2019. Disponível em: <<https://www.cetic.br/pt/pesquisa/educacao/indicadores/>>. Acesso em: 06 out. 2020.

DINIZ, Debora; CARINO, Giselle. A necropolítica como regime de governo. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/09/opinion/1562688743_395031.html>. Acesso em: 08 set. 2020.

DIAS, Jefferson. Necropolítica. Todo Estudo. 2020. Disponível em: <<https://www.todoestudo.com.br/sociologia/necropolitica>>. Acesso em: 05 out. 2020.

DINIZ, Nelson. Reestruturação do trabalho docente e desigualdades educacionais em tempos de crise sanitária, econômica e civilizatória. 2020. Rev. Tamoios, São Gonçalo (RJ), ano 16, n. 1, Especial COVID-19. pág. 138-144, maio 2020. Acesso em: 12 set. 2020.

ESTADÃO CONTEÚDO. Mais procurado, SUS tem apenas 44% dos leitos de UTI no país. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/mais-procurado-sus-tem-apenas-44-dos-leitos-de-uti-do-pais/>>. Acesso: 19 set. 2020.

FRANCO, Fábio Luís Ferreira Nóbrega. Da biopolítica à necrogovernamentalidade: um estudo sobre os dispositivos de desaparecimento no Brasil. Disponível em: <2018_FabioLuisFerreiraNobregaFranco_VOrig.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

FERREIRA, António Casimiro. Sociologia do Direito: uma abordagem sociopolítica. Vida Económica: Porto, 2019.

FOUCAULT, Michel. Discipline and punish: the birth of the prison. New York: Pantheon, 1977.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. 41ª ed. Brasília: Estudos e Pesquisas: Informação Demográfica e Socioeconômica; 2018. Disponível em: < https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017-2018. Acesso à internet e a televisão e posse de telefone móvel para uso pessoal 2018. Disponível em:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

IGNÁCIO, Júlia. Necropolítica: o que esse termo significa. 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/necropolitica-o-que-e/>>. Acesso em: 05 set. 2020.

HILÁRIO, Leomir C. Da Biopolítica à necropolítica: variações foucaultianas na periferia do capitalismo. Sapere Aude, v. 7, 2016.

LLOYD, Marion. Desigualdades educativas y la brecha digital en tiempos de COVID-19. 2020. Educación y pandemia: uma visión académica. Acesso em: 12 jul 2020.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MBEMBE, Achille. Necropolitics. Public Culture, 15, 2003. Tradução: Renata Santini. Disponível em: < <https://laboratoriodesensibilidades.files.wordpress.com/2018/03/necropolitic81tica-achille-m-ensaio.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

MBEMBE, Achille. Políticas da Inimizade. Tradução de Marta Lança. 1. ed. Lisboa: Antígona, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Boletim epidemiológico coronavírus. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>>. Acesso em: 09 out. 2020.

OLIVEIRA, Graziela de. Jovens Negros no Brasil: Civilização e Barbárie. São Paulo: Cortez Editora, 2017.

PEREIRA, Juliana Martins. A teoria da necropolítica e a colonialidade no Brasil contemporâneo. 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ha/v25n55/1806-9983-ha-25-55-367.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2020.

PREUSSLER, Gustavo de Souza; SILVA, Luzia Bernardes da. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Disponível em:

<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/viewFile/5048/pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2020.

RAMOS, Mozart Neves. A educação em tempos de covid-19. 2020. Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/04/02/internas_opiniaio,841850/artigo-a-educacao-em-tempos-de-covid-19.shtml>. Acesso em: 11 jul. 2020.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. A necropolítica genocida de Bolsonaro em tempos de pandemia e o projeto ultra-neoliberal. 2020. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ficheiros2/sites/osiris/files/OSIRIS_Luana%20Paixao%20Dantas%20do%20Rosario.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SILVA, Pedro Henrique Moreira da. A bio-necropolítica do coronavírus. 2020. Disponível em: <<https://domtotal.com/noticia/1433659/2020/03/a-bio-necropolitica-do-coronavirus/>>. Acesso em: 05 out. 2020.

SOUZA, Marciana Freitas e. A necropolítica na realidade brasileira. 2019. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/09/30/a-necropolitica-na-realidade-brasileira/>>. Acesso em: 08 out. 2020.

VIVANCO, Angel Andrés. Teleducación en tiempos de COVID-19: brechas de desigualdad. 2020. CienciAmérica (2020) Vol. 9 (2) ISSN 1390 - 9592 ISSN - L 1390- 681X. 2020. Disponível em: <<http://cienciamerica.uti.edu.ec/openjournal/index.php/uti/article/download/307/519?inline=1>>. Acesso em: 13 set. 2020.

A OMISSÃO DO ESTADO FRENTE À NORMATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS CONFLITOS

Jéssica Cristina Carvalheiro MOURA¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a problemática que surge ao revelar a omissão do Estado ao não legislar acerca Reprodução Humana Assistida e os impactos que isso gera na vida daqueles que fazem uso desse método, tendo em vista a falta de segurança jurídica para realizar esse procedimento. A fim de compreender toda a temática, ressaltamos os aspectos gerais da reprodução humana, onde se fez necessário tratar do seu nascimento e contribuição para a sociedade, assim como a evolução da ciência, algumas das técnicas utilizadas na reprodução assistida, seu aperfeiçoamento frente às necessidades das pessoas que utilizam tal método, os projetos de lei que se tem a respeito e a situação em que se encontram. O estudo em questão apresenta seu conteúdo baseado em pesquisas bibliográficas, pois se desenvolve a partir de análises de materiais publicados em livros, artigos científicos, dissertações, sites eletrônicos, projetos de lei e normas que tratam a respeito ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Humana Assistida; Técnicas de Reprodução Assistida; Falta de Legislação acerca da RHA.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the problem that arises when questioning the State's failure to legislate about Assisted Human Reproduction and the impacts it generates on the lives of those who use this method, in view of the lack of legal security to carry out this method. procedure. In order to understand the whole theme, we highlight the general aspects of human reproduction, where it was necessary to address its birth and contribution to society, as well as the evolution of science, some of the techniques used in assisted reproduction, its improvement in the face of needs of the people who use this method and the bills that they do not have about it and the situation in which they find themselves. The study in question presents its content based on bibliographic research, as it develops from the analysis of materials published in books, scientific articles, dissertations, electronic sites, draft laws and regulations dealing with the topic.

KEYWORDS: Assisted Human Reproduction; Assisted Reproduction Techniques; Lack of Legislation about RHA.

INTRODUÇÃO

Frente às repercussões negativas que se teve a respeito da infertilidade durante muitos anos, a ciência consegue após a realização de grandes estudos não condicionar mais a concepção da prole apenas ao ato sexual, mas também este resultado pode ser obtido através de intervenções médicas, como por meio da Reprodução Humana Assistida.

Ocorre que, atualmente de acordo com pesquisas realizadas pela ANVISA, houve um aumento significativo na procura para a realização de todos os métodos que envolvem a Reprodução Humana Assistida.

1 Graduanda do curso de direito da Unifio - Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos.

No Brasil, o Poder Legislativo tem se escusado frente aos dilemas que decorrem dessas técnicas e que estão cada vez mais latentes, visto que não há norma positivada que discipline esses procedimentos. O que revela a importância de se discutir este tema e de criar lei que de maneira específica trate de todos os assuntos que cerca a Reprodução Humana Assistida.

Observa-se que mesmo sem legislação, os problemas desse instituto subsistem e são solucionados muita das vezes por meio de Resoluções e Provimentos do Conselho Federal de Medicina. Contudo, esses atos não possuem força impositiva de norma em relação a sua aplicação, pois se tratam de normas éticas e de referencial de conduta voltados aos profissionais que efetuarão o procedimento, não sendo, portanto, obrigatória a sua utilização quando se trata do Poder Judiciário.

Essa situação gera grande insegurança jurídica para aqueles que realizarão esses métodos, uma vez que comparados aos profissionais que detém o saber técnico acerca da RHA, são vulneráveis.

O presente trabalho tem por objetivo esclarecer a importância da elaboração de uma Lei que trate da Reprodução Humana Assistida em todas as suas vertentes, para isso serão abordados conceitos históricos a respeito desse instituto, bem como suas formas de realização, o que se tem em tramite de projeto de lei e um dos problemas que podem ser gerados pela inércia do Estado ao deixar de legislar em relação a execução desse procedimento.

A metodologia empregada foi baseada na pesquisa bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos científicos, dissertações, sites eletrônicos, possíveis legislações e normas que tratam a respeito do tema.

A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Inicialmente, convém lembrar que a Reprodução Humana Assistida possui relação direta com dois fatores que definem a condição da procriação, a esterilidade e a infertilidade. Desde os tempos mais remotos à atualidade esses fatores sempre causaram grandes impactos na vida da sociedade.

Um desses impactos é o fato da esterilidade ser vista como algo negativo, uma maldição, pois indica Rafful (2000) que, na Grécia, ser estéril era motivo para concessão do divórcio assim como o adultério.

Por outro lado, a chegada de um filho era motivo de alegria, vista com bons olhos e algo que afastava as maldições. A respeito disso Leite descreve que:

Desde as mais remotas épocas, a esterilidade foi considerada como um fator negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das bruxas, ora aos desígnios divinos. A mulher estéril era encarada como ser maldito que precisava ser banida do

convívio social. Para os judeus, a esterilidade era considerada como castigo de Deus. [...] Em Roma, a esterilidade condenava a mulher à mais trágica posição, justificando mesmo o repúdio pelo marido. O que antes era vivido de maneira sensível, torna-se, em Roma um elemento de rejeição institucionalizada. [...] Em posição oposta, a fecundidade era olhada como intensa benevolência. À chegada dos filhos sempre foram vinculadas as noções de fortuna, riqueza, prazer, alegria, fartura, privilégio e dádiva divina. (1995, p. 17-18).

Frente a isso, é possível notar a importância que se dava à procriação e a valoração que a sociedade, desde suas origens, impunha a aqueles que não conseguiam gerar seus descendentes, por serem acometidos pela esterilidade ou infertilidade.

A história da humanidade sempre revelou uma intensa preocupação com a questão da fecundidade e, inversamente, temeu o risco da esterilidade, motivo de degradação no grupo familiar e social. [...] Faz parte da mentalidade humana, desde suas mais distantes origens, contrapor as noções de fecundidade e esterilidade, atribuindo a cada uma delas valores que, necessariamente se contrapõem, se excluem, se radicalizam em princípios maniqueístas. À fecundidade está vinculada a noção de bem; à esterilidade, a noção de mal. (LEITE, 1995, p. 17-18).

Essa exigência e preocupação com a esterilidade advinda da sociedade trazia fortes consequências no relacionamento conjugal e afetava principalmente a mulher, tendo em vista a forte carga de culpa que recaía sobre ela.

[...] até o final do século XV não se admitia a possibilidade de ocorrência da esterilidade masculina, não mudou na Idade Média. Com a descoberta de novos elementos terapêuticos, procurava-se curar o mal através de rudimentares fórmulas como: chás, ervas, usos de metais ou pedras preciosas, invocações religiosas, rituais, flagelações etc. (MACHADO, 2003, p. 22).

Ressalta-se que a condição feminina sempre foi à justificativa de situações malignas, sem fundamentos plausíveis, apenas com bases em preceitos religiosos e que posteriormente com o avanço da ciência, foram rebatidas com as soluções trazidas a esses acontecimentos e aos poucos, foi-se desmistificando a culpa atribuída ao estado feminino.

Esse avanço teve seu pontapé inicial no século XVI, no ano de 1590, pois conforme relata Machado (2003) a esterilidade passou a ser estudada pela ciência, a partir da criação do microscópio feita por Leenwenhoek. No entanto, a esterilidade atribuída ao homem só se deu no ano de 1677:

[...] Precisou-se, porém esperar quase um século (1677) para que Johann Ham afirmasse que a esterilidade, muitas vezes, ocorreria por ausência ou escassez de espermatozoides. Ou seja, somente no século XVII se admitiu, pela primeira vez, que a esterilidade não era só feminina, mas também masculina. Logo, a noção de esterilidade conjugal surgiu no século XVII. (LEITE, 1995, p. 18).

Por se tratar, agora, de uma circunstância que poderia ser advinda dos dois sexos, houve uma preocupação maior a respeito da esterilidade. Além do mais, isso era algo que entristecia o casal, visto que um dos intuitos de partilhar da vida conjugal é a possibilidade de gerar herdeiros, sendo assim um processo dolorido que causava certo desconforto social àqueles que sofriam da esterilidade/infertilidade.

[...] Numa sociedade como a que vivemos, extremamente centrada nas noções de virilidade

e do papel reprodutor, a esterilidade, além do ambiente familiar, repercute no meio social, visto ser a sociedade quem determina tanto os padrões de comportamentos, como as posturas a serem vivenciadas num relacionamento conjugal. (MACHADO, 2003, p. 23).

Isso quer dizer que além do casal lidar com a frustração de não poder realizar a concepção da prole pelos meios naturais e com isso ter a perpetuação de seu gene para as demais gerações barrados, precisam enfrentar os questionamentos impostos pela sociedade em relação a sua esterilidade/infertilidade.

É aqui, portanto, que a sociedade vê a necessidade de estimular a ciência para que traga meios que combata essa condição, tendo em vista que a reprodução artificial é o único meio do casal que é acometido pela esterilidade/infertilidade tem de tornar o sonho e a imposição social de gerar herdeiros em realidade.

Diante disso, conforme relata Marinho (2010) é através do objetivo de compreender o meio em que vive, o homem inicia estudos a respeito da reprodução artificial. No entanto, não há um consenso entre o início real da utilização do método da reprodução assistida.

O que se tem documentado a respeito disso é que em 1785 esse método foi utilizado na Faculdade de Medicina de Paris, onde o decano se utilizou de uma injeção intravaginal, aplicou seu espermatozoide em sua esposa infértil, Marinho (2010).

Construindo uma linearidade, de acordo com Marinho (2010, p. 22): “Em 1790, o inglês John Hunter obteve a gravidez de uma mulher introduzindo-lhe espermatozoide de seu marido em sua vagina [...]”. Mas foi em 1838 que Giraud executa a primeira inseminação artificial homóloga. E apenas em 1866 com avanços da tecnologia, após 55 inseminações em 6 mulheres ocorre a primeira gestação por meio da introdução de líquido seminal no canal cervical de uma mulher, ou seja, por meio artificial, no entanto, tal gestação culminou em um aborto, Marinho (2010).

Como marco oficial do início dos procedimentos da Reprodução Humana Assistida, temos o ano de 1950.

A partir de 1950, no momento em que as técnicas de contracepção científica sucediam lentamente às antigas práticas espontâneas, os primeiros tratamentos contra a esterilidade foram aperfeiçoados, permitindo congelar o sêmen masculino no caso de um tratamento médico devastador (quimioterapia anticancerígena) resultar, num futuro pai, em uma esterilidade definitiva. Pela técnica dita da inseminação artificial interconjugal (IAC), pôde-se então promover o nascimento de crianças com ajuda de uma ampola na qual eram colocados os espermatozoides que entravam em contato com a gástrica do colo uterino no momento da ovulação. Pela primeira vez na história da humanidade, a ciência substituiu o homem, trocando um ato sexual por uma atitude médica. Até então, a contracepção permitira às mulheres conhecerem o prazer sem risco de procriarem; graças à medicalização dessa procriação, podiam-se fabricar livremente filhos sem prazer, até mesmo sem desejo. Mas nada ainda havia colocando em questão a filiação biológica, e a criança nascida dessa maneira tinha como pai e como mãe seus verdadeiros genitores [...] (ROUDINESCO, 2002, p. 75).

Ainda a respeito dessa técnica, Roudinesco (2002) informa que a técnica citada acima

(IAC), se tornou ineficaz em 1970, pois quando se tratava de uma esterilidade masculina total, não produzia efeitos. Com isso, há o início da utilização do sêmen de doadores em potencial, sendo conhecido como técnica de “procriação médica assistida”.

É a partir daqui, que é possível perceber a preocupação da ciência em não só combater esterilidades e infertilidades advindas de maneira genética, mas também aqueles que são acometidos por elas através de tratamentos agressivos.

Com o avanço da medicina, veio à tona a Fertilização *in vitro*, outra modalidade de reprodução humana assistida, mas tem como objetivo tratar a esterilidade feminina. Afirma Roudinesco, (2002), que através dessa técnica nasceram duas crias: Luise Brown, em 1978 na Inglaterra e Amandine, na França em 1982. Inclusive, na França, durante os anos de 1972 a 1992, foram postas no mundo sete mil crianças através da Inseminação Artificial com doador e nos Estados Unidos, de seis a dez mil crianças foram geradas a cada ano depois de posta em prática a técnica de reprodução assistida.

No Brasil, Marinho (2010, p. 24) indica que as técnicas de reprodução assistida se deu em 1984 com o nascimento de Ana Paula Caldeira, através da Fertilização “*in vitro*” realizada pela equipe Milton Nakamura. Frente ao desenvolvimento efetivo desse instituto:

A partir de 1980, o nascimento de crianças por meios artificiais deixou de ser um fato inusitado passando a fazer parte do cotidiano da Humanidade. Sendo assim, passou a ser considerado um avanço da ciência e uma vitória da Humana passa afastar o problema da esterilidade e infertilidade que tanto a atormenta. (MARINHO, 2010, p. 24).

Portanto, frente aos resultados efetivos e concretos das técnicas de reprodução, o fato de ter esterilidade ou infertilidade, tanto de forma genética como acometido, já não era mais um empecilho para realizar a tão esperada concepção da prole.

O objetivo deste trabalho não é especificar todas as modalidades de Reprodução Humana Assistida e sim demonstrar em poucas delas a complexidade desses procedimentos e reforçar a necessidade de criar uma Lei que o regulamente em todos os aspectos.

Como forma de entender as técnicas e modalidade da Reprodução Humana Assistida, é fundamental entender que agora a interferência médica não é só para os preparativo pré-natais e sim para conceber o herdeiro.

Na reprodução natural, no tocante à fecundação do óvulo pelo espermatozoide não há qualquer intervenção externa uma vez que ela é decorrente do ato sexual; não há interferência e nem a manipulação dos gametas (a concepção é reflexo da relação sexual). Em sentido oposto, na reprodução artificial ou assistida, ocorre a manipulação dos gametas femininos ou masculinos, que vai possibilitar a fecundação no útero ou mesmo fora dele. (BERTONCINI; DA COSTA, 2013, p. 233-234).

É preciso também esclarecer que o corpo humano precisa ter e passar para realizar a reprodução de forma natural.

A reprodução humana somente poderá ocorrer de forma normal ou natural se existirem no homem e na mulher certas circunstâncias para que a fecundação se efetue, tais como: a mulher deverá produzir um óvulo maduro dentre os aproximadamente 200.000 folículos (folículo Graaf) de qualquer um dos seus ovários. O homem terá que produzir em seus testículos, sêmen, com as propriedades adequadas para a fecundação. Com o coito, os espermatozoides na quantidade de no mínimo 20 milhões, vez que cada ejaculação contém entre 20 a 300 milhões de gametos masculinos, destes, um número de 65 por cento deverão ter mobilidade normal e capacidade de penetração suficiente para ascender a continuação pelo interior do colo do útero e da trompa de falópio. (MACHADO, 2003, p. 19).

Além disso, é preciso que os gametas enfrentem fases, das quais quando ocorre alguma falha não há como realizar a concepção pela maneira natural, e é aí que a Reprodução Assistida entra, atua nessas falhas, com ajuda da mecanização concretiza seu objetivo que é gerar a vida, sem ser pelo meio convencional (sexo).

[...] pode-se considerar o processo de reprodução natural sumariamente dividido em três fases: a primeira permite a transferência de espermatozoides para o aparelho reprodutor feminino pelo ato sexual; a segunda ocorre com a fusão do gameta feminino e masculino (ou ovócito e espermatozoide) na porção ampolar das trompas uterinas, originando um ovo ou zigoto que inicia o seu processo acelerado e continuado de desenvolvimento celular; a terceira, denominada implantação embrionária (ou nidação), ocorre mediante a implantação desse embrião na mucosa uterina e posterior desenvolvimento da gravidez. (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 68).

Cada modalidade atua em uma falha específica para que assim o procedimento possa ter chances maiores de obter êxito. Em linhas gerais a Reprodução Assistida pode se dar de forma *in vivo*, *in vitro* e *post mortem*. E também pode ser realizada de duas formas: homóloga ou heteróloga.

[...] A reprodução humana, sempre considerada como elo mais íntimo do casal, com a procriação artificial, foi trazida para um ambiente de ampla participação, uma vez que tanto os óvulos quanto os espermatozoides, passaram a ser tratados fora do corpo humano. [...] Se a introdução do sêmen é feita na futura mãe pode-se distinguir a inseminação em homóloga e heteróloga. A inseminação é homóloga se existe um casal na iniciativa da procriação e o sêmen provém do varão. Sempre que o sêmen for de um doador ocorre a inseminação heteróloga. (MACHADO, 2003, p. 33-34).

Uma das técnicas desse método é a Inseminação Artificial Intraconjugal (IAC), sendo uma das mais utilizadas e considerada como fecundação *in vivo*, Alves e Oliveira (2014) explicam que é realizada quando a falha é encontrada na primeira fase da reprodução natural, ou seja, essa modalidade por meio de uma injeção realiza a transferência e introduz o espermatozoide no aparelho reprodutor feminino, facilitando a fusão dos gametas.

Denominada pela sigla IAC, inseminação artificial com espermatozoide do cônjuge (também conhecida pelas siglas IA, PMA) além de não modificar a hereditariedade biológica da criança, constitui-se na técnica mais antiga de fertilização. Consiste no depósito de espermatozoide na vagina, no colo do útero ou no próprio útero. [...] A inseminação artificial intraconjugal é indicada nos casos de anomalias masculinas como: disfunções sexuais que impedem a ejaculação no lugar adequado, anomalias de plasma seminal (escasso ou excessivo volume de espermatozoide), ou diante da impossibilidade de fertilidade pelos tratamentos esterilizantes recebidos como: vasectomias, cirurgias, esterilizações por radioterapias e quimioterapias, tendo o varão a possibilidade de fecundar através do sêmen congelado, anteriormente. É indicada nos casos de alterações orgânicas femininas como: esterilidade cervical, vaginismo, malformação do aparelho genital. (MACHADO, 2003, p. 35-36).

Há também como técnica de reprodução humana assistida a Fertilização *in vitro*, que segundo Leite:

A fertilização "in vitro" é uma técnica capaz de reproduzir artificialmente o ambiente da trompa de falópio, onde a fertilização ocorre naturalmente e a clivagem prossegue até o estágio em que o embrião é transferido para o útero. A fertilização "in vitro" ou transferência do embrião, foi inicialmente indicada e realizada em mulheres com obstrução irreversível ou ausência tubária bilateral. Estes são os casos de indicação absoluta da FIV. Mas as indicações relativas ocorrem, ainda, nos casos de oligozoospermia, falha do tratamento cirúrgico tubário, esterilidade sem causa aparente e esterilidade imunológica, endometriose e esterilidade sem causa aparente (idiopática). (1995, p. 41).

Essa técnica conta com diversas modalidades e de acordo com Rafful (2000), compõe-se por varias etapas, a primeira se caracteriza pela indução da ovulação, a segunda se constitui pela punção folicular e cultura dos óvulos, na terceira é coletado e preparado os espermatozoides e a ultima ocorrer a inseminação e cultura dos embriões.

Se tratando de processos recentes a respeito da Reprodução Humana Assistida, Marinho (2010) destaca a Dissecção Parcial da Zona Pelúcida do Óvulo (PZD – Partial Zone Dissection ou Partial Zona Drilling), é caracterizada pela incisão microscopia na membrana que circunda o óvulo, com objetivo de facilitar a entrada natural dos espermatozoides na pelúcia do óvulo. No entanto, essa modalidade é permeada de riscos, pois proporciona grande entrada de sêmen, o que pode gerar uma fertilização incomum.

E uma modalidade de Fertilização *in vitro* que, merece prestígio conforme destaca Marinho (2010), é a micromanipulação, visto que foi desenvolvida de forma pioneira por um brasileiro – Dr. Franco Junior, de Ribeirão Preto/SP e tem como finalidade abrir um minúsculo orifício no embrião, por meio de um *laser*, para permitir que o miolo se libere mais facilmente, ocasionando a fixação do ovo na parede do útero.

Como já esclarecido esses métodos não são os únicos utilizados na Reprodução Assistida, mas o que se discute nesse artigo é a omissão legislativa que se tem acerca desse recurso, de maneira que dificulta a solução dos problemas e não assegura direitos aos que são submetidos.

PROJETOS LEGISLATIVOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Antes de adentrarmos ao cerne desse capítulo é preciso fazer um breve apontamento sobre o Biodireito, uma vez que, finalidade dessa matéria é regular a atuação das “ciências da vida”.

Como explanado acima, a evolução científica acerca da Reprodução Humana Assistida ocorreu de maneira rápida e para não colocar em risco a vida e respeitar direitos inerentes a condição humana foi preciso à intervenção do Direito nesse ramo, gerando a partir daí, uma nova disciplina, o Biodireito.

Ao se fundamentar no direito constitucional a finalidade é garantir o respeito aos direitos fundamentais, como direito a vida, dignidade, liberdade e saúde. No âmbito do direito civil há integração com o biodireito no que diz respeito ao direito da personalidade, cabendo a análise de quando se inicia a vida e por consequência se tem início os direitos do nascituro. E mais, ainda no código civil que encontra os direitos referentes do próprio corpo ou parte dele, durante a vida ou após ela. E por fim, o direito penal, que auxilia o biodireito no que tange a regulamentação das condutas criminais a respeito do tema, por exemplo na proibição do aborto, instituindo uma pena para tal procedimento. (ARAUJO; ARAUJO, 2018, p. 4).

Além disso, essa matéria vem para assegurar que os procedimentos médicos respeitem princípios constitucionais como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Igualdade, Proibição de Tortura e Tratamento Desumano, Acesso à Justiça, Proteção aos Direitos Fundamentais e Direito à Saúde.

Mesmo que tenhamos um direito, cujo objetivo é normatizar condutas referentes às pesquisas e tratamento em seres humanos, não há legislação em vigor que trate como um todo da Reprodução Humana Assistida.

Um fator importante de discutir esse assunto nas pautas legislativas do nosso País, para que haja uma regulamentação, é o aumento significativo da procura por esses procedimentos.

Em matérias realizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, entre os anos 2012 a 2016 o número de embriões congelados no Brasil dobrou.

Somente no ano passado, 66.597 embriões foram congelados no Brasil nos Banco de Células e Tecidos Germinativos – BCTGs, mais conhecido como clínicas de Reprodução Humana Assistida. O número reflete a busca dos brasileiros por ajuda médica na hora em que desejam ter filhos. A quantidade de embriões congelados em 2016 é o dobro do registrado em 2012, quando as clínicas relataram o congelamento de pouco mais de 30 mil embriões. Os números estão no 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), publicado pela Anvisa. [...] O relatório da Anvisa mostra que, em 2016, foram realizados 33.790 procedimentos de estímulo para a produção de óvulos por mulheres que querem passar por esse tipo de procedimento. Mas o número de pacientes é menor, já que uma mulher pode passar por mais de um ciclo quando a gravidez não tem sucesso. (ASCOM/ANVISA, 2017, s/p).

Ao realizar outra pesquisa, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária identificou que, em 2018, cresceu em 18,7% a utilização da Reprodução Humana Assistida.

Dados inéditos da Anvisa mostram que o número de fertilizações por meio de inseminação artificial vem crescendo no Brasil. De acordo com o 12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), em 2018 foram realizados 43.098 ciclos de fertilização in vitro, contra 36.307 em 2017. A comparação entre os dois anos resultou em um crescimento de 18,7% na quantidade de procedimentos. [...] O estado de São Paulo foi o que mais realizou ciclos, chegando a 20.170, o que representou 46,8% do total do país. Em segundo e terceiro lugares, respectivamente, ficaram os estados de Minas Gerais (4.221) e Rio de Janeiro (3.959). (ASCOM/ANVISA, 2019, s/p).

Um dos fatores que levaram o aumento desses métodos foi a ascensão da presença feminina em diversos setores, mas principalmente no trabalho, a função de procriar da mulher acabou ficando em segundo plano, tendo ela adquirido metas para alcançar antes de gerar um filho.

Quanto a isso reforça Machado que:

Destaca-se atualmente, dentre as razões mais conhecidas de infertilidade entre as mulheres, a procura tardia de gravidez pela busca de realização profissional. O interesse no desenvolvimento profissional em primeiro plano no seu projeto de vida, tem levado a mulher a adiar o momento de ter um filho. [...] No Brasil as pesquisas realizadas constataam que metade dos casos de esterilidade, derivam de sequelas dos processos infecciosos ou doenças venéreas aliados ao *stress*. (2003, p. 25).

O *stress* atualmente é um fator inerente à vida do ser humano e há níveis tão elevados que acabam ocasionando a esterilidade, o que resulta na procura pelo congelamento dos gametas para que posteriormente seja possível realizar a inseminação.

Sendo assim, a regulamentação específica dessa temática que englobe todas as modalidades (*in vitro*, *in vivo* e *post mortem*) é de suma importância, pois caso haja alguma intercorrência não há solução e proteção através da norma jurídica positivada.

Outra perspectiva que deve ser analisada a respeito da importância de se legislar sobre esse assunto é o fato de que a Constituição Federal em seu artigo 225, II atribui ao Poder Público a responsabilidade de preservar o patrimônio genético de seus cidadãos fiscalizando as entidades responsáveis pela pesquisa e manipulação desses materiais.

Enquanto em seu artigo 226, §7º a Carta Magna assegura o direito de constituir família, devendo o Estado se restringir a propiciar recursos educacionais e científicos para que consigam exercer de maneira plena este direito.

Frente a isso fica nítido que o planejamento familiar é decisão restrita ao casal e a única interferência que o Estado pode realizar é proporcionando aos cidadãos que não constituem família pelos meios naturais, técnicas de reprodução que concretize esse direito e fiscalizar as entidades responsáveis para que todas as informações que paire sobre os procedimentos a serem realizados seja esclarecido, inclusive problemas jurídicos.

Não há lei sancionada que regule a Reprodução Humana Assistida e sim projetos de lei, e como informa Marinho (2010), houve em trâmite o PLC 54/02, de 07 de junho de 2002, que tinha por objetivo regular este tema, mas conforme informações atualizadas advindas do Senado Federal, este projeto teve sua tramitação encerrada pelo fato de não ter sido aprovado naquela legislatura, e não houve requerimento solicitando seu desarquivamento, nos termos do Art. 332 do Regimento Interno.

Contudo, há os Projetos de Lei nº 115/15, nº 7.701/10 e nº 9.403/17 que seguem em trâmite e tratam sobre a Reprodução Humana Assistida, no entanto estão aguardando apreciação do Plenário.

O Projeto de Lei que trata especificamente em regular as técnicas de Reprodução Assistida é o de nº 115/15, que está apensado ao PL nº 4.892/12 e tem como autor o Deputado Juscelino

Rezende Filho. Tendo o projeto o objetivo de instituir o Estatuto da Reprodução Assistida e de acordo com a justificativa do referido deputado: “[...] tem a finalidade de regular no âmbito civil, administrativo e penal, as ações de aplicação e utilização das técnicas médicas de auxílio à reprodução humana.” (BRASIL, 2015, p. 22).

Além do mais, conforme expõe Rezende Filho, a instituição desse Estatuto também se justifica pelo fato de que:

As técnicas médicas de Reprodução Humana Assistida têm caráter terapêutico e são reconhecidas e aplicadas em nosso país desde 1984 e no mundo desde 1978. [...] O Código Civil de 2002 reconheceu como filhos por presunção aqueles nascidos com o emprego de técnicas de reprodução assistida em seu artigo 1.597, mas não regulou os efeitos desse reconhecimento. [...] O Poder Judiciário tem sido chamado a se manifestar sobre questões relacionadas à utilização das técnicas de auxílio à reprodução humana, tanto no âmbito da área médica quanto na esfera das relações civis. Neste viés, atos ilícitos e crimes vêm sendo cometidos em razão da aplicação inconsequente e não regulamentada das técnicas médicas reprodutivas. (BRASIL, 2015, p. 21).

Portanto, sendo plausível essa justificativa se faz necessária a criação desse projeto de lei. Referente aos Projetos de Lei citados é importante esclarecer que estes não tratam somente de maneira específica sobre a regulamentação das técnicas de Reprodução Assistida, mas têm como objetivo também de regular a fertilização do sêmen *post mortem* e a questão sucessória dos filhos havidos por esse método, que são problemas enfrentados por aqueles que querem realizar a inseminação *post mortem* ou já realizaram e querem discutir a questão sucessória.

Frente à questão sucessória é preciso afirmar que pelas pesquisas realizadas, a sucessão nas inseminações artificiais *post mortem* é um tema superado e com o entendimento pacífico no sentido de que filho é filho, independente de qualquer nomenclatura e de quando foi concebido, sendo merecedor por direito ao patrimônio de seu genitor, como dispõe os artigos 1.799, I e 1.800 do Código Civil.

O PL nº 7.701/10 está apenso ao PL nº 1184/03 que aguarda a apreciação do Plenário, tem a finalidade de incluir ao Código Civil o artigo 1.597-A que dispõe sobre a fecundação *post mortem* do material gamético do marido ou companheiro pela viúva ou ex-companheira.

Dessa forma, ao analisar as datas em que os projetos de lei foram propostos, é preciso que o Poder Legislativo dê uma atenção maior e aprove uma lei específica que englobe todas as modalidades de Reprodução Assistida *in vitro*, *in vivo* e *post mortem*, para que os impasses acerca desse procedimento sejam resolvidos.

Enquanto esses Projetos de Lei não são analisados, o Poder Judiciário tem que atuar nesses temas utiliza-se de três institutos que superficialmente disciplinam algo relacionado ao assunto, sendo esses a Constituição Federal, o Código Civil e as Resoluções e Provimentos do Conselho Federal de Medicina.

Ao passo que os problemas decorrentes da Reprodução Humana Assistida subsistem, sendo um deles o caso da negativa para utilização do material genético nas inseminações artificiais homólogas *post mortem* quando não tem o consentimento do *de cuius*. No entanto, não há nada a respeito dessa proibição em nenhuma legislação.

O que se tem para encontrar uma possível solução são Resoluções e Provimentos do Conselho Federal de Medicina, que não possuem força vinculante de Lei, pois não foram criados pelo processo legislativo adotado em nosso Estado Democrático e tratam de normas éticas e de referencial de conduta voltados aos médicos que irão executar o procedimento. Não sendo, portanto, obrigatória sua aplicação quando se trata do Poder Judiciário ao solucionar esse problema. Além disso, não prestigia de maneira igualitária as partes envolvidas nesse litígio.

CONCLUSÃO

Enfim, diante de tudo que foi mencionado neste artigo tem-se a conclusão de que a reprodução humana assistida e suas tecnologias passaram por muitas evoluções e há muito tempo oferecem à possibilidade de constituir família a quem tem esse desejo vencido pela esterilidade e infertilidade genética ou acometida por determinada doença, além de ser uma das modalidades que tem crescente procura e execução, tanto na realização da inseminação artificial, quanto no congelamento dos gametas para inseminá-los posteriormente.

Ao contrário do Direito, a passos lentos não acompanha o progresso da ciência e uma prova a respeito disso é a falta de legislação específica acerca da regulamentação da Reprodução Humana Assistida, uma vez que os projetos de Lei tramitam desde 2010.

Desde a utilização em nosso País, em 1984, não houve legislação que aborde de maneira completa as questões desse procedimento, para que assim, gere segurança jurídica àqueles que se utilizam, solucione problemas que dela decorrem e subsistem como é o caso da inseminação artificial *post mortem*.

A Constituição Federal foi clara ao descrever em seu artigo 226, §7º que ao Estado cabe a responsabilidade de propiciar tecnologias científicas para que o casal exerça seu direito de planejamento familiar. Isso inclui principalmente, realizar a proteção resguardando direitos da parte hipossuficiente em relação ao tratamento, que no caso é o contratante do procedimento.

Hoje os parâmetros para que o judiciário decida acerca de um problema decorrente da Reprodução Humana Assistida são Provimentos e Resoluções do Conselho Federal de Medicina. No entanto, esse norte não respeita e protege a vontade daqueles que usam esse procedimento e sim visam proteger os profissionais que o executam.

É preciso que o Poder Executivo, a fim de respeitar a vontade do casal, regulamente essa

temática de maneira específica englobando todas as modalidades do procedimento *in vivo*, *in vitro* e *post mortem*, bem como suas formas homólogas e heterólogas para que os problemas, como o caso da inseminação artificial *post mortem*, seja solucionado de forma a prestigiar sempre a vontade daqueles que são responsáveis pelo planejamento familiar protegendo assim um dos fundamentos da sociedade que é a família.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. **Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas**. 2014.

ARAUJO, Julia Picinato Medeiros de; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros de. Biodireito e legislação na reprodução assistida. **Temas de Ensino Médico**. Ribeirão Preto, vol. 51, n. 3, p. 217 – 235, Jul. /Set. 2018.

BERTONCINI, C.; COSTA, C. da. Técnicas de Reprodução Humana e do Direito de Família. In: ALONSO, R. P; KAZMIERCZAK, L. F. **Estudos Contemporâneos de Bioética e Biodireito**. São Paulo: LETRAS JURÍDICAS, 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Inseminação artificial: o que você precisa saber**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificial-o-que-voce-precisa-saber/219201/pop_up?inheritRedirect=false&fbclid=IwAR03jDhlv7Ys0P00ievXps8EuWstuduZu7-9Ouu4PdCCAP9Er88YClNfqg8> Acesso em: 14 jan 2020.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Reprodução humana assistida cresce 18,7% em 2018**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=5563133&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=inseminacao-artificial-cresce-18-7-em-2018&redirect=http%3A%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fresultado-de-busca%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3DReprodu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BHumana%2BAssistida%2B%26_3_cur%3D1%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_format%3D%26_3_formDate%3D1441824476958&inheritRedirect=true> Acesso em: 14 jan 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 115, de 2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Brasília, 03 fev. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5F653C502B2D846AB7E98E3CE74D51F6.proposicoesWebExterno1?codteor=1296985&filename=PL+115/2015>. Acesso em: 01 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1184, de 2003**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Brasília, 03 jun. 2003. Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275&ord=1>>. Acesso em: 01 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4892, de 2012**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Brasília, 19 dez. 2012. Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022&ord=1>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.701, de 2010**. Dispõe sobre a utilização post mortem de sêmen do marido ou companheiro. Brasília, 03 dez. 2010. Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>> Acesso em: 01 mai. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.403, de 2017**. Modifica a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 09 dez. 2017. Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166809>> Acesso em: 01 mai. 2020.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 14 jan 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida**: aspectos éticos e jurídicos. 1ª ed. (ano 2003), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

MARINHO, Angela de Souza M. T. **Reprodução Humana Assistida no Direito Brasileiro**: a polêmica instaurada após o novo Código Civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2010.

RAFFUL, Ana Cristina. **A Reprodução Artificial e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2003.

A SUSTENTABILIDADE ATRAVÉS DO ECOFEMINISMO: A MULHER E O DIREITO COMO VETORES DO DESENVOLVIMENTO VERDE

Maria Giovana CALDEIRA¹
Roberta Diniz LIMA²

RESUMO

A presente pesquisa busca apresentar o desenvolvimento de projetos sustentáveis pensados por mulheres que tiveram grande apoio e repercussão no exterior e, conjuntamente, trazê-los para a realidade brasileira, com base na força normativa da Lei 12.343/10, Lei 9.795/99 e da própria Constituição Federal. Para tanto, será feita uma análise do projeto “Platicus Maritimus”, de Ana Pêgo, a partir do viés Ecofeminista, o qual busca entender e dialogar com a subsidiariedade da natureza e das mulheres em relação a exploração patriarcal, buscando incentivar a introdução de um modelo semelhante ao do caso no Brasil. O trabalho tem como base o método dedutivo, partindo de uma visão geral da já conhecida realidade no que tange a exploração do meio ambiente e a subordinação das mulheres dentro do sistema de opressão, para uma visão mais específica dentro do contexto social brasileiro. Nesse sentido, o objeto é demonstrar a falta de prioridade dos assuntos ecológicos, bem como o forte sexismo intrínseco na sociedade brasileira, o qual impede as mulheres de protagonizarem e terem prestígio dentro de grandes projetos. E ainda, incentivar o implemento de uma sustentabilidade feminista dentro da educação ambiental nacional, a partir de um nova hermenêutica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Interseccionalidade; Meio Ambiente; Direitos das Mulheres.

ABSTRACT

The present research seeks to present the development of sustainable projects designed by women who had great support and repercussions abroad and, jointly, to bring them to the Brazilian reality, based on the normative force of Law 12.343 / 10, Law 9.795 / 99 and the Constitution itself. To this end, an inductive analysis of the project “Platicus Maritimus”, by Ana Pêgo, will be made, based on the Ecofeminist bias, which seeks to understand and discuss the subsidiarity of nature and women in relation to patriarchal exploration, seeking to encourage the introduction of a model similar to the case in Brazil. The job is based on the deductive method, starting from an overview of the already known reality regarding the exploitation of the environment and the subordination of women within the oppression system, to a more specific view within the Brazilian social context. In this sense, the object is to demonstrate the lack of priority of ecological issues, as well as the strong sexism intrinsic in Brazilian society, which prevents women from leading and having prestige in large projects. And yet, encourage the implementation of a feminist sustainability within the national environmental education, based on a new constitutional hermeneutics.

KEYWORDS: Intersectionality; Environment; Women's Rights

1. INTRODUÇÃO

As questões ambientais e as questões de gênero vêm ganhando cada vez mais relevância tanto para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, bem como para o aprimoramento do

1 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

2 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ordenamento jurídico, para que o mesmo possa atender às demandas do mundo contemporâneo. Por essa razão, cabe destacar o movimento Ecofeminista como vital para essa nova onda de interpretação da realidade, visto que sua teoria procura unir a luta pela sustentabilidade e a luta pelos direitos das mulheres, a partir da crítica aos sistemas de opressão capitalistas que dominam tanto as mulheres quanto a natureza.

Nesse contexto, o presente trabalho procura estabelecer uma relação entre a exploração e subordinação do meio ambiente e das mulheres, com base no sistema de opressão patriarcal. Essa reflexão será discutida através de uma visão Ecofeminista, como supramencionada, a qual abordará a necessidade de se modificar o viés antropocêntrico da constituição atual, para que todo o ordenamento jurídico brasileiro sofra uma mudança, um avanço, transformando o meio ambiente em sujeito de direitos e incrementando uma interpretação jurídica e uma educação ambiental que contenham ambos, em suas bases, a perspectiva ecofeminista.

Para isso, será utilizada a metodologia dedutiva, considerando os aspectos históricos, sociológicos e culturais da sociedade, partindo de uma visão geral da já conhecida realidade no que tange a exploração do meio ambiente e a subordinação das mulheres dentro do sistema de opressão, para uma visão mais específica dentro do contexto social brasileiro. Além disso, a pesquisa buscar ser, em sua natureza, aplicada, visto que contém exemplos práticos para a solução do problema apresentado, sendo fundamentada em fontes bibliográficas, documentos e dados quantitativos. Ademais, é de suma importância a análise da hermenêutica constitucional e sua relação com todo o ordenamento jurídico, visto que ambos norteiam e regem todas as relações sociais de um estado democrático.

O artigo será dividido em três partes: o primeiro capítulo busca fazer uma investigação histórica das raízes sexistas e do sistema de exploração capitalista, junto a um exame da constituição brasileira e a maneira como ela reflete essas raízes, trazendo uma comparação com a constituição equatoriana, que buscou superar a visão clássica de meio ambiente. Na segunda parte, trata-se da importância da mulher nas lutas ambientais e na luta por seus direitos, procurando expor o modo como o Brasil carece em políticas públicas que visem o protagonismo feminino na sustentabilidade, com base nas leis nº 12.343/10 e nº 9.795/99. Por fim, coloca-se em destaque a Agenda 30, a qual dedicada princípios específicos às mulheres, ao seu papel na sociedade e ao seu empoderamento, fazendo uma relação com o seu papel no desenvolvimento sustentável, com base nas legislações já vigentes no país.

Portanto, a pesquisa buscar cumprir com o seu papel de conscientização, desenvolvimento e investigação no que diz respeito a um conteúdo tão importante para as civilizações atuais, tendo em mente a imprescindível necessidade de se construir um novo estilo de vida mais sustentável,

transformar o mercado e proporcionar uma sociedade igualitária e justa, para que todos possam ter acesso à sadia qualidade de vida e a direitos iguais, de fato.

2. PROTEÇÃO AMBIENTAL X JUSTIÇA SOCIAL: A NECESSIDADE DE UM OLHAR CRÍTICO ÀS QUESTÕES (SOCIO)AMBIENTAIS

A Constituição Federal brasileira de 1988, igualmente conhecida como a “Constituição Cidadã”, vem consagrar em seu cerne, como fundamentos da República, o pluralismo, a valoração constitucional de grupos sociais diversos, recepção direitos emergentes ou novos direitos, como os direitos de terceira geração e os tratados internacionais, entre os quais se destaca o meio ambiente e a Agenda 21, respectivamente. Em seu art. 225, a Carta Magna declara que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, na forma de bem de uso comum do povo, é direito de todos. Entretanto, se observa um “ambientalismo superficial”, onde a proteção dos bens naturais está voltada para a proteção dos direitos do homem sobre a natureza, permanecendo a concepção do ser humano enquanto único e legítimo detentor de direitos. Esse viés de exploração está diretamente conectado com a subordinação feminina na democracia brasileira, segundo a qual o Ecofeminismo argumenta a partir da relação patriarcal e do sistema de opressão que atingem ambos os sujeitos.

Em meio a esse debate, cabe citar as reflexões de Marx, onde é possível constatar que a crítica ao sistema capitalista está relacionada à sociedade patriarcal. Basta observar suas indagações sobre o sistema de produção, o qual cria uma sociedade de classes e uma ideia de dominação sobre o outro, para perceber que ali se iniciava uma reflexão que mais tarde seria aprofundada pelos movimentos sociais feministas e ambientalistas em todo o mundo. Isso acarreta uma dicotomia para o movimento feminista, o qual deve se afastar do clássico “feminismo liberal” e trabalhar o entendimento de que “a luta pela libertação das mulheres não pode ser apenas uma luta específica, mas, por outro lado, contata-se que a simples eliminação das classes não garante a emancipação das mulheres. É preciso trabalhar a luta contra o patriarcado dentro do processo revolucionário.” (BARENHO; DUARTE, 2017).

Nesse sentido, destaca-se o sexismo intrínseco no desenvolvimento das sociedades ocidentais, onde a democracia e o ordenamento jurídico são claramente afetados, visto são o bojo da organização. Sendo assim, percebe-se que a visão antropocêntrica presente no texto constitucional, como supramencionado, se apresenta como um obstáculo a eficácia concreta da preservação ambiental e dos direitos sociais das mulheres. Mesmo que a corrente conhecida por ecologia social ou socioambientalismo, a qual é fortalecida no atual contexto brasileiro, busque instrumentalizar a luta ecológica com preocupações sociais, nota-se seu antropocentrismo, sobretudo, na disputa entre classes pelo controle dos recursos naturais e do meio ambiente comum. (KUHNEN, 2017)

A introdução do pensamento Ecofeminista na hermenêutica constitucional permitiria a efetivação de políticas que visem tanto a seara social, especificamente as mulheres, quanto a ambiental. Um exemplo dessa necessidade se mostra no Título VIII Da Ordem Social da constituição, o qual elenca diversos capítulos que tratam de contextos marginalizados específicos como o “do Meio Ambiente” e “dos Índios”, com a ausência de um capítulo “das Mulheres”, mesmo essas tendo o mesmo histórico de exploração e subordinação. E ainda, considerando os próprios “novos direitos” que surgem das reflexões contemporâneas da sociedade, com base nos movimentos sociais e nos embates jurídicos, vale a pena ressaltar o proclamado na Conferência ECO92, Princípio 20: “As mulheres têm um papel vital no gerenciamento do meio ambiente e no desenvolvimento. Sua participação plena é, portanto, essencial para se alcançar o desenvolvimento sustentável.”

Além disso, a ideia de sustentabilidade utilizada para a aplicação do direito também visa uma interrelação socioambiental, visto que é composta pelos três pilares: preservação ambiental, desenvolvimento social e desenvolvimento econômico. Por isso é que o antropocentrismo dificulta tanto o avanço de uma interpretação ecofeminista, visto que o fato de o sistema capitalista/de produção, o qual acarreta uma disputa entre classes pelo controle dos recursos naturais e da dominação das instituições públicas, fundamenta que:

da mesma forma que medidas legais de proteção a mulheres não são suficientes para reduzir a violência perpetrada contra elas, entende-se que o pressuposto da conservação não basta para assegurar a proteção efetiva da natureza e seus diversos biomas e ecossistemas. Se a proteção das mulheres e de outras minorias de gênero pressupõe uma atuação na desconstrução da cultura do estupro e do funcionamento das instituições e práticas machistas, fundadas no patriarcado, a proteção direta da natureza exige novas formas de compreensão e de relação com o espaço natural pautado no reconhecimento de seu valor inerente (KUHNEN, 2017)

Outra consequência grave desse lugar de menor valor que a natureza e demais grupos objetos do patriarcado ocupam na sociedade é a intensificação das formas de opressão, por meio da interação entre os sistemas. Os grupos tradicionalmente subordinados e, por isso, com menos poder na sociedade, são também os que mais sofrem

quando se trata de diversos problemas ambientais, como falta de acesso à terra e água e despejo inadequado de materiais tóxicos, as mulheres, os pobres e outros membros de grupos subjugados sofrem de forma desproporcional. E, mesmo nos casos em que os oprimidos não são as vítimas principais, o uso e a manipulação inadequada da natureza é resultado de práticas e premissas masculinizadas, coloniais e capitalistas. (KUHNEN, 2017)

Essa manifestação antropocêntrica com ausência de humanismo acaba por consolidar um antropocentrismo de classe, consumidor e opressor. É aquele que seleciona, individualiza, voltado para uma lógica de mercado que busca converter tudo e todos em mercadorias, perpetuado pelo absolutismo masculino, hetero e branco das instituições públicas e privadas. Essa consolidação

mundial é pautada na alienação de outros indivíduos, sobretudo as mulheres e, não menos importante, alienação da natureza. Diante disso, torna-se importante apontar e repensar em como o antropocentrismo, ratificado como visão presente na constituição federal brasileira, acaba sendo traduzido como um viés político, ético, refletindo na formação de diversas sociedades. Nele, a natureza serve, em primeira ordem, para satisfazer os interesses do homem, bem como a mulher no matrimônio, visão perpetuada pela indústria capitalista patriarcal.

Considerando os apontamentos acima, vale a pena se utilizar de um modelo latino-americano que procurou superar essa visão antropocêntrica dentro do texto constitucional, e que se aproxima do retrato que o ecofeminismo procura desenvolver, a Constituição Equatoriana. Em meio a uma crescente crise ambiental, o progresso desse debate em meio internacional, com notoriedade da Conferência de Estocolmo de 1972 e da Rio 92, trouxe novas definições dos parâmetros de desenvolvimento sustentável. Nesta perspectiva, tanto o Brasil quanto Equador apresentaram sim mudanças significativas em suas Constituições, embora com ciclos e enfoques diferenciados, formando o chamado “novo constitucionalismo” na América Latina (GUSSOLI, 2014).

É nesse cenário que nasce a Constituição Equatoriana de 2008, conhecida como Constituição de Montecristi, recepcionando essa nova ordem, voltando-se para uma democracia participativa e pluralista, em busca de um novo papel da sociedade no Estado e com a pretensão de consagrar a integração de minorias marginalizadas e do plurinacionalismo. Essa nova concepção reconhece as raízes, a espiritualidade e a sabedoria de suas culturas aborígenes, e assim a conexão com a natureza. Em seu artigo 71º, a constituição equatoriana declara a natureza como sujeito de direitos, consagrando o direito fundamental à existência e à manutenção de seus ciclos vitais e evolutivos, surgindo uma nova ética, chamada de “*Sumak Kawsay*”, isso é, a ética do “*Bem Viver*”. Assim, desponta uma preocupação com a conexão entre a qualidade de vida e a ideia do homem como parte integrante da natureza. Essa conexão representa uma característica de mudança do paradigma de coisificação e dominação da natureza pelo homem, bem como uma valorização da “Pachamama”, a Mãe Terra, que tudo dá e exige reciprocidade, manifestando a dualidade entre o divino e o terreno (EQUADOR, 2008, tradução nossa).

Mediante significativas mudanças com relação à harmonia entre homem e natureza, nota-se que o Equador privilegiou em sua Constituição uma visão biocêntrica e não a antropocêntrica, como no caso do Brasil, atribuindo um verdadeiro valor aos recursos naturais por sua essência, e não apenas para atender às necessidades do homem. Este, por sua vez, passa a ver-se em plena harmonia com o meio ambiente que o circunda e integra, afastando-se do utilitarismo, da noção de natureza como objeto. É claro que não se deve desconsiderar as inovações apresentadas pela Constituição brasileira, visto que a inserção dos novos direitos no texto constitucional configura um

real avanço, pois, a partir de então, a proteção ambiental passou a desfrutar de maior sustentação. Entretanto, a mesma não promoveu uma real superação do paradigma antropocêntrico, tradicional e edificado pela cultura ocidental, pois em seu corpo, o homem, branco e de classe alta é evidenciado como único e legítimo detentor de direitos, sendo a natureza e as mulheres ainda consideradas como “objeto”, a ser “equilibradamente” usufruído pelo homem (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, a participação das mulheres é imprescindível na formulação, implementação e obtenção de resultados das políticas públicas de proteção do meio ambiente, já que a abordagem de gênero, na questão ambiental, pode evidenciar avanços tanto na questão da igualdade de direitos entre homens e mulheres, como também propiciar igualdade na distribuição do poder, com a consequente superação de outras desigualdades, tais como: as de classe, raça, etnia, idade e religião. A partir das interconexões entre as diferentes formas de opressão, que levam a intensificação das consequências negativas sobre grupos situados do lado inferior do sistema capitalista patriarcal, torna-se importante a oposição a todas as formas de desvalorização e preconceito, a fim de superar o modelo estrutural da lógica da dominação. Inclui-se nessa busca a necessidade de conceber um novo lugar para a natureza na moralidade humana.

3. MULHERES PELA SUSTENTABILIDADE: ANA PÊGO E O PROJETO PLASTICUS MARITIMUS

Em meio à lógica da dominação patriarcal, as mulheres e a natureza, bem como as formas de vida que a compõem, tornam-se objetos de uso, sofrendo coerções. Junto com outras partes inferiores dos pares dualistas, mulheres e natureza têm seu espaço de existência e direitos negados mediante sua apropriação e incorporação ao modo de ser e à cultura da identidade do “mestre” dominante. Segundo Deegan e Podeschi (2001, p. 20-21) por uma “tendência patriarcal de conquistar, domar, manipular, oprimir e explorar o que é temido e visto como menos poderoso”

Conforme pontuado por Warren (1987), o Ecofeminismo - movimento que busca uma conexão entre a exploração e a degradação do mundo natural e a subordinação e opressão das mulheres (MELLOR, 2000, p.13) - tem por objetivo o fim também da opressão da natureza, uma vez que esse sistema de dominação compartilha com o outro a mesma origem.

Nessa lógica, ambos, natureza e mulher são vítimas do mesmo da mesma dominação: o patriarcado capitalista. Este, é responsável pela destruição do planeta em busca do progresso e pela não garantia os mesmos direitos e oportunidades para com as mulheres. (Maria Mies e Vandana Shiva: Ecofeminism). Ademais, como conferências das Nações Unidas e relatórios criados por numerosas ONGs apontam, mulheres são as primeiras vítimas da deterioração do meio ambiente sendo as mais afetadas quanto a devastação, mas também são elas as que tomam papéis chave para

a defesa da natureza. (PULEO, 2017)

“Dados mostram que mulheres, especialmente mulheres pobres da zona rural de países com menor desenvolvimento que são chefes de família, sofrem prejuízos desproporcionais causados por problemas ambientais como desmatamento, poluição da água e toxinas ambientais.” (FEMINIST ENVIRONMENTAL PHILOSOPHY *apud* FOLTER, 2020)

Assim, a participação da mulher na conservação da biodiversidade tem sido positiva, com suas próprias emancipações por meio de atitudes sustentáveis. Através da forte presença em movimentos e lutas relacionados à problemática ambiental, uma vez que conhecem os dados da degradação do meio ambiente e reconhecem os métodos opressivos que também sofrem. Essas práticas ambientais promovidas pelas mulheres, além de contestar, asseguram a manutenção de ambientes ecológicos, vinculando-se a uma aproximação do modo harmônico com a natureza. Buscam a libertação da exploração de ambas, unindo a luta do feminismo com a luta da preservação do meio ambiente.

No cenário brasileiro, embora na teoria é falado do papel da mulher, como preceituado na lei Lei Nº 12.343/10 do Plano Nacional de Cultura, especificamente no capítulo II que coloca como estratégia “fomentar políticas públicas de cultura voltadas aos direitos das mulheres e sua valorização, contribuindo para a redução das desigualdades de gênero”, na prática essa concretização se torna nula. No momento político atual do Brasil, os protagonistas do governo têm intensificados discursos autoritários e conservadores de retrocesso que permitem um recrudescimento de atitudes que não emancipam os direitos ambientais e nem das mulheres. Pelo contrário, se contrapõe a eles, não incluindo em suas pautas a desconstrução da opressão social e econômica da mulher e da natureza. A realidade e a teoria se veem desconexas.

Entretanto, projetos realizados no exterior têm mostrado maior apoio e preocupação com a questão. Visando dar ênfase ao papel das mulheres frente a sustentabilidade de cuidado ao meio ambiente, o Prêmio Terre de Femmes, promovido pela Fundação Yves Rocher tem intuito de prestigiar projetos desenvolvidos por mulheres, que diariamente, agem para preservar o bem comum do planeta no âmbito da sustentabilidade e do meio ambiente, com soluções sustentáveis nas diversas áreas sociais. O objetivo do prêmio consiste em reforçar a liderança e contribuir para a autonomização das mulheres, dando visibilidade e apoiando projetos de eco empreendedoras que trabalham todos os dias para uma conjuntura cada vez mais positiva, como salienta Ana Ribeiro porta-voz da Fundação Yves Rocher em Portugal. Uma das três vencedoras do prêmio Terre de Femmes em 2020 foi a bióloga portuguesa Ana Pêgo. Com seu projeto Plasticus Maritimus que objetiva a sensibilização ambiental devido ao excesso de plástico nos oceanos, posto que essa questão remete a uma verdadeira catástrofe ambiental – cerca de oito milhões de toneladas de plásticos entram no oceano anualmente, com uma expectativa de que em 2050 haverá mais plásticos

do que peixes nos oceanos. (FÓRUM ECONÔMICO DE DAVOS, 2016)

Através dessa acepção, as ações do projeto citado remetem a necessidade de protegê-lo, a fim de promover assim uma educação ambiental que conscientize os danos que acarretam à natureza. Sua trajetória teve início em 2011, quando começou a recolher lixo em praias como “beachcleaner”, nome dados às pessoas que fazem limpeza na praia e destinam as coletas a reciclagem, e desde 2012, tem-se dedicado à educação ambiental, na forma de ateliers, palestras, formação a professores e exposições de maneira artística com os lixos encontrados – ressalva-se que, nessa perspectiva, a estratégia 4.1.8 da Lei Nº 12.343/10 que possui a seguinte norma: estimular o reaproveitamento e reciclagem de resíduos de origem natural e industrial, dinamizando e promovendo o empreendedorismo e a cultura do ecodesign, mostra que ações como estas deveriam ser aplicadas no Brasil uma vez que há uma regulamentação vigente.

Sua preocupação com o lixo depositado nos oceanos levou a que aprofundasse conhecimentos e criasse projetos educativos sobre este tema, buscando a sensibilização da sociedade geral para o estado dos nossos oceanos bem como os impacto e as consequência do lixo marinho na vida de todos os seres que os habitam o planeta Terra. O projeto “Plasticus Maritimus” torna-se necessário na medida que viabiliza dicas e alternativas para um consumo mais responsável e sustentável que conduza na direção de uma economia circular, sem prejudicar o futuro do meio ambiente, uma vez que sustentabilidade, possui a seguinte definição:

Sustentabilidade é a capacidade de um processo ou forma de apropriação dos recursos continuar a existir por um longo período. É um conceito ligado ao de desenvolvimento sustentável, ou seja, a um “desenvolvimento que satisfaz as necessidades atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer as suas próprias necessidades” (CMMD, 1991).

A partir dessa definição de sustentabilidade, remontando sua possível eficiência no campo social do Estado, a interrelação socioambiental deve ser elaborada seguindo uma orientação que englobe a preservação ambiental, desenvolvimento social e desenvolvimento econômico, introduzindo as mulheres, que majoritariamente não são abrangidas e nem recebem um olhar por parte das políticas públicas. A Marcha das Margaridas é um exemplo de práticas femininas de luta pela proteção do meio ambiente no Brasil - diferente de casos que ocorrem no exterior, como da bióloga portuguesa Ana Pêgo, que para mais de todo reconhecimento pelo projeto, recebeu premiação monetária – lutam por direitos básicos, como o direito a terra, sem que haja apoio e visibilidade. Iniciada em 2000, destaca-se pelo protagonismo das mulheres na defesa do meio ambiente, bem como trabalhadoras rurais que se identificam como mulheres do campo, das águas e das florestas. Assim, a pauta de reivindicações procura articular várias questões como a preservação do meio ambiente, defesa da biodiversidade e da agroecologia, fortalecimento da agricultura

familiar, enfrentamento contra a violência sexista, dentro outras.

Desta forma, o movimento também faz críticas, destacando negativamente as flexibilizações da legislação sobre a exploração econômica de áreas verdes preservadas. A reformulação do Código Florestal (Lei 12.651/2012) exemplifica bem essa questão citada da flexibilização. A lei exposta estabelece normas gerais sobre a Proteção da Vegetação Nativa, incluindo Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de Uso Restrito; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais, o controle e prevenção dos incêndios florestais, e a previsão de instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos. (EMBRAPA, 2012)

Dessarte, a pauta ambiental é tratada na Marcha das Margaridas, não apenas como uma temática, mas de reafirmação de valores democráticos. Ao integrar a plataforma política, o meio ambiente faz parte de uma agenda estruturante da sociedade e não apenas uma temática específica.

Sabe-se que as atitudes sustentáveis e recursos naturais não devem atender apenas as necessidades das gerações presentes, como já citado, mas também possibilitando que as gerações futuras. Por intermédio desse conceito e de sua importância para a consolidação de transformações sociais e a crescente preocupação nas questões ambientais em âmbito mundial, a Lei de Educação Ambiental foi implementada no Brasil, ainda que caiba ressalvas. Presente já na Constituição Federal de 1988, dentro do Art. 225, a educação ambiental foi reforçada por meio da Lei nº 9.795/99. Aborda durante toda sua extensão metodologias e objetivos que incluem ações a todos cidadãos em defesa de um meio ambiente sustentável, como no seu Art. 10:

“entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.” (LEI DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL- LEI 9795/99)

No entanto, como mostra uma pesquisa realizada pela World Wide Fund for Nature (WFF), o Brasil é o quarto maior produtor de lixo plástico do mundo, e apesar disso, é o um dos países menos recicla este tipo de lixo: apenas 1,2% é reciclado, ou seja, 145.043 toneladas. Isso denota que apesar da vigente Carta Magna como também da lei que impõe ações sustentáveis a serem seguidas, ainda há grandes passos a serem percorridos com o propósito de alcançar o que está prescrito na lei.

Além do mais, diante disso é notório que não perduram projetos que visem uma educação ambiental no país, tampouco para esses dois pares dualistas vistos como inferiores: meio ambiente e mulher. A ausência de preocupação governamental de buscar um equilíbrio entre natureza e progresso, como também de políticas públicas que garantam os direitos das mulheres deixa distante a possibilidade de uma educação abrangedora para a sociedade como um todo, que deveria agrupar

as minorias por intermédio de uma visão interseccional.

Percebe-se, portanto, que se inserem duas problemáticas que coíbem a emancipação de um Estado Democrático. Torna-se nítido pelo que foi citado que o Ecofeminismo nunca foi mais necessário do que no momento contemporâneo. A opressão a mulher e meio ambiente prevalece mascarada atravessadamente de práticas institucionais. Os direitos das mulheres são restringidos a partir de uma não efetivação das legislações que deveriam auxiliar em suas emancipações e dar voz às suas necessidades e reivindicações ambientais, já que a função feminina é de inegável importância para alicerçar uma sociedade sustentável, tanto por meio público e privado, como acontece em outros países.

4. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A AGENDA 30 ECOFEMINISTA

Muitos são os impasses que surgem para estimular estudos sobre gênero, participação das mulheres e uso sustentável do meio ambiente, o que demonstra a necessidade de interação e influência mútua, a fim de superar diferenças e desafios. Em sentido mais amplo, a libertação de estruturas de opressão não pode fechar os olhos para o reconhecimento do valor moral do meio ambiente e, conseqüentemente, a contribuição do ecofeminismo não está, apenas, na crítica que ele realiza, mas abre possibilidades para além do paradigma da dominação. Assim, a mobilização das mulheres a partir da ECO92 consolidou uma visão de que feminismo e ecologia estavam intrinsecamente ligados, uma vez que ambos propunham mudanças profundas na ordem natural, baseadas na justiça social.

Nesse cenário introduzido pela ECO92, foi lançada, em 2015 pela Organização das Nações Unidas, a Agenda 30, que tem por intuito efetivar o desafio global de proteção das pessoas e do planeta ao estabelecer 17 objetivos, denominados de Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), princípios norteadores para países como um processo político internacional de construção. Nessa perspectiva, focando no Objetivo de número 5 que visa “alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”, denota a concepção de que a igualdade de gênero não é apenas um direito humano fundamental, mas a base necessária para a construção de um mundo pacífico, próspero e sustentável. (AGENDA 30, 2015)

O esforço de alcance do ODS 5 é transversal à toda Agenda 2030 e reflete a crescente evidência de que a igualdade de gênero tem efeitos multiplicadores no desenvolvimento sustentável, pautando que este não será alcançado plenamente se as barreiras tangíveis e intangíveis que impedem o pleno desenvolvimento e exercício das capacidades de metade da população, as mulheres, não forem eliminadas. Dessa forma, ao tratarem dos direitos das mulheres e meninas, compreende como igualdade de gênero e o empoderamento feminino são instrumentos de

contribuição essencial para o progresso de todos os Objetivos sustentáveis.

Através disso, a Agenda 30 tem grande importância na sociedade, pois por meio desta é possível perceber como a ideia de desenvolvimento sustentável vem sendo vinculada a demais demandas da sociedade, como os direitos das mulheres, integrando questões também sociais e econômicas em conjunto com ambientais, na medida estas são complementares entre si. Nesse sentido, sua notoriedade do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5, mostra-se pelo seu potencial de gerar conscientização na sociedade global, por meio de um questionamento de ideias sobre a luta pelos direitos das mulheres e pela mitigação das desigualdades de gênero. Os aspectos relacionados a isso que foram tratados pelos Estados na Agenda 2030, são as seguintes:

Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas: 15 5.1. Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte; 5.2. Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos; 5.3. Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas; 5.4. Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais; 5.5. Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública; 5.6. Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão; 16 5.a. Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais; 5.b. Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres; 5.c. Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis. (AGENDA 30, 2015)

Mediante ao que foi apresentado, constata-se que são pautadas reformas para dar acabar com a desigualdade de gênero, bem como denota a submeta “5.6.a. Empreender reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais”. Numa comparação com a questão no Brasil, a Marcha das Margaridas, já mencionada anteriormente, no ano de 2000, rendeu progressos em relação ao avanço dos direitos da mulher à terra. Com a participação feminina em eventos locais por todo o país, suas reivindicações, os direitos das mulheres à terra figuram explicitamente. A primeira entre as nove maiores reivindicações foi pelo apoio do Estado a uma campanha de documentação nacional visando às mulheres rurais.

Apesar disso, apenas em 2003 e 2007 frente ao governo Luiz Inácio Lula da Silva, foram obtidas as maiores conquistas. Dentre elas, fornecendo documentação, acesso à terra, apoio às

mulheres assentadas, apoio a produção na agricultura familiar, e a criação do Programa Nacional de Documentação da Mulher Trabalhadora Rural (PNDMTR), que objetiva favorecer a condição cidadã das mulheres trabalhadoras rurais através da garantia da cidadania formal, minimizando a ausência de documentação civil básica e trabalhista no campo. Nesse viés, possibilitou o acesso das mulheres trabalhadoras rurais às políticas públicas, especialmente da agricultura familiar e da reforma agrária, através do atendimento das condições básicas para a sua inclusão, orientando as trabalhadoras rurais sobre seus direitos, que são executadas pelo Poder Público. Também, teve-se a edição da IN 38 de 13 de março de 2007 - normas para efetivar o direito das trabalhadoras rurais ao Programa Nacional de Reforma Agrária, dentre elas a prioridade às mulheres chefes de família, por meio de seus artigos. (CONTAG, 2011)

Ademais, ainda durante o governo do presidente Lula, as Diretrizes e Ações Nacionais de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres do Campo e da Floresta, visam promover o enfrentamento da violência especificamente contra essas, que devem ser compreendidas no âmbito das reivindicações do movimento de mulheres e da sociedade civil organizada, assim como das políticas de garantia de seus direitos, em especial do II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. (DIRETRIZES E AÇÕES DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES DO CAMPO E DA FLORESTA, 2010). Vale ressaltar os reflexos dessa luta também pela já citada anteriormente, Lei Nº 12.343 vigente desde 2010, que conforme essa medida adotada em seu Capítulo IV, na estratégia 4.1.1 “Realizar programas de desenvolvimento sustentável que respeitem as características, necessidades e interesses das populações locais, garantindo a preservação da diversidade e do patrimônio cultural e natural, a difusão da memória sociocultural e o fortalecimento da economia solidária”, que reforçou uma busca pela democratização e respeito as diversidades, abrangendo as mulheres, esquadrinhando uma sociedade sustentável em suas vertentes.

E ainda, a Agenda 30 se mostra, também, como importante combustível para o desenvolvimento de uma educação ambiental interseccional. Isso porque, o item 5.c declara como um de seus objetivos “Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas em todos os níveis” (AGENDA 30, 2015). Nesse sentido, é plausível concluir que a educação se destaca como principal propulsor e como uma política sólida para uma mudança de pensamento, de um desenvolvimento intelectual interseccional com base no Ecofeminismo.

Outrossim, já está presente no ordenamento jurídico brasileiro a ideia de interdisciplinaridade, principalmente no que diz respeito a gênero, na Lei de Política Nacional de Educação Ambiental. Em seu artigo 4º, inciso 2, declara como um dos princípios básicos da

educação ambiental “o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade”. Também, em seu artigo 5º, inciso I “o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos” (LEI 9.795/99). Por conseguinte, legitimado pela lei mencionada acima, vale a pena se utilizar do projeto desenvolvido pela pesquisadora Daniela Rosendo, na Universidade Federal de Santa Catarina, no qual a acadêmica visa a sustentabilidade e o empoderamento feminino através de um novo panorama educacional, tendo como um dos propulsores dessa ideia o projeto “Adalah: Observatório da Palestina”, a partir do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (LAPA; ROSENDO, 2018).

Portanto, há sim diversas possibilidades para o desenvolvimento de uma sociedade mais “Ecofeminista”, que procure unir as demandas ambientais com as de gênero, entendendo que ambos encontram suas raízes no capitalismo patriarcal. Apesar das conquistas apresentadas, é indispensável pontuar tamanha luta feminina pelo reconhecimento de seus direitos, assim como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, apesar da vasta legislação vigente no Brasil, a qual em seu cerne se apresenta garantista, natureza que não se perpetua na prática. Constata-se, pela fundamentação e argumentação desenvolvidos ao longo da pesquisa, que essa incompatibilidade da lei positivada com a sua eficácia concreta é um reflexo de uma sociedade construída com base em ideias ultrapassados, insustentáveis no que diz respeito ao meio ambiente e misóginos no que diz respeito às relações sociais.

5. CONCLUSÃO

No presente trabalho foi apresentada a relação entre a mulher e o meio ambiente como vítimas de uma cultura de retrocesso que privilegia a dominação patriarcal e capitalista, que objetiva minimizar suas existências, controlando-os como objetos de uso. Isso se efetiva por meio da destruição do planeta em busca do progresso não sustentável e pela não garantia os mesmos direitos e oportunidades para com as mulheres.

Nessa percepção, o Ecofeminismo enxerga como ambas, natureza e mulher, são excluídas buscando uma conexão entre a exploração e a degradação do mundo natural e a subordinação e opressão das mulheres, pautando o fim da opressão da natureza, uma vez que esse sistema de dominação compartilha com o outro a mesma origem.

A partir disso, conecta-se atitudes feministas positivas em busca da sustentabilidade para a garantia e preservação do meio ambiente nos âmbitos internacionais. O projeto Plasticus Maritimus de Ana Pêgo, que por meio de práticas sustentáveis viabiliza a preservação dos oceanos e a Agenda

30, por meio dos seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, especificamente o Objetivo 5, que pauta a necessidade de integrar a mulher por meio da igualdade de gênero, evidenciando seus efeitos multiplicadores no desenvolvimento sustentável. De acordo com o que foi mencionado, se constata que não será alcançado plenamente se as barreiras impedem o desenvolvimento e o exercício das capacidades de metade da população não se alterarem.

Percebe-se, entretanto, que no cenário brasileiro não há olhar que auxilie as mulheres na concretização desses objetivos sustentáveis. A Lei Nº 12.343/10 do Plano Nacional de Cultura, que especifica normas a serem seguidas que insere o papel da mulher frente atitudes ao meio ambiente não são efetivadas na prática. Pelo contrário, em uma perspectiva atual, é visto atitudes conservadoras de líderes governamentais que estão a cada dia impossibilitando a sua efetivação, não concretizando uma sociedade como um Estado Democrático de Direito, já que os direitos que também estão presentes na Constituição Federal não estão sendo aplicados a todos os cidadãos de forma, verdadeiramente, indistinguível.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Oceanos em 2050 vão ter mais plástico do que peixes, alerta Fórum de Davos**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-01/oceanos-em-2050-vao-ter-mais-plastico-do-que-peixes-alerta-forum-de>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de mai. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 12.343, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2010..** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12343.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 9.795, DE 27 DE ABRIL DE 1999..** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm#:~:text=LEI%20No%209.795%2C%20DE%2027%20DE%20ABRIL%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20educa%C3%A7%C3%A3o%20ambiental,Ambiental%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.. Acesso em: 20 set. 2020.

CONTAG. **Marcha das Margaridas**. Disponível em: <http://www.contag.org.br/indexdet.php?modulo=portal&acao=interna2&codpag=88&ap=1>. Acesso em: 6 out. 2020.

CRUZ, Ane. **Mulheres do Campo e da Floresta** : Diretrizes e Ações Nacionais. 1. ed. Brasil: Secretaria de Políticas para as Mulheres / Presidência da República, 2011. p. 1-50.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **PRINCÍPIOS**. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 7 out. 2020.

DUARTE, R. C. P; BARENHO, Cíntia Pereira. **Mulheres, desigualdade e meio ambiente: O feminismo e o ambientalismo intrínsecos em Marx** . 1. ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2017. p. 52-72.

EMBRAPA. **Entenda a Lei 12.651 de 25 de maio de 2012**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/codigo-florestal/entenda-o-codigo-florestal>. Acesso em: 20 set. 2020.

FOLTER, Regiane. **Ecofeminismo: você sabe o que é?**. Politize. Disponível em: <https://www.politize.com.br/o-que-e-ecofeminismo/#:~:text=%E2%80%9CDados%20mostram%20que%20mulheres%2C%20especialmente,artigo%20Feminist%20Environmental%20Philosophy%2C%20parte>. Acesso em: 14 out. 2020.

GUSSOLI, Felipe Klein. **A natureza como sujeito de direito na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba**. In: XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, 2014, Curitiba.

KUHNEN, Tania Aparecida. **Mulheres, desigualdade e meio ambiente: Conservação da natureza e manutenção do patriarcado: apontamentos ecofeministas** . 1. ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2017. p. 73-92.

LEGISWEB. **Instrução Normativa INCRA nº 38 de 13/03/2007**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=77057>. Acesso em: 6 out. 2020.

MELLOR, Mary. **Feminismo y ecología**. 1. ed. Espanha: Siglo XXI de España Editores, S.A, 2020. p. 13.

MIES, Maria; SHIVA, Vandana. **Ecofeminism**. 1. ed. Londres: Zed Books , 2014.

OAS.ORG. **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008**. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/5/>. Acesso em: 6 out. 2020.

PORTAL STF INTERNACIONAL. **A nova Constituição equatoriana**. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=195972#:~:text=71%2C%20disp%C3%B5e%3A,estrutura%2C%20fun%C3%A7%C3%B5es%20e%20processos%20evolutivos..> Acesso em: 7 out. 2020.

PULEO, Alicia H. What is Ecofeminism?. **Quaderns de la Mediterrània**, Girona, v. 1, n. 1, p. 27-34, jan./2017. Disponível em: https://www.iemed.org/observatori/arees-danalisi/arxiu-adjunts/quaderns-de-la-mediterrania/qm25/what_is_ecofeminism_Alicia_H_Puleo_QM25_en.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

REVISTA FRUTAS LEGUMES E FLORES. **Prémio Terre de Femmes para mulheres com projectos sustentáveis**. Disponível em: <https://www.flfrevista.pt/2019/07/premio-terre-de-femmes-para-mulheres-com-projectos-sustentaveis/>. Acesso em: 2 set. 2020.

ROSENDO, Daniela; LAPA, Fernanda Brandão. **EDUCAÇÃO E(M) DIREITOS HUMANOS E**

BNCC: competências socioemocionais e ética ambiental. **Revista Espaço do Currículo**, João Pessoa, v. 11, n. 3, p. 470-483, dez./2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/rec>. Acesso em: 7 out. 2020.

SENADO. **Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>. Acesso em: 7 out. 2020.

SILVA, Ilse Gomes; SILVA, B. G. D. Margaridas em marcha por terra, água e agroecologia. **Lutas Sociais**, São Paulo, v. 22, n. 41, p. 306-317, nov./2018.

SOUSA, T. B. C. D. A Agenda 2030 da ONU e a busca pela igualdade de gênero. **Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-66, jul./2018. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21497/1/2018_ThaisBarbosaCorreaDeSousa_tcc.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

WARREN, Karen J., "**Feminist Environmental Philosophy**", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/feminism-environmental/>. Acesso em: 14 out. 2020

WWF. **Brasil é o 4º país do mundo que mais gera lixo plástico**. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/?70222/Brasil-e-o-4-pais-do-mundo-que-mais-gera-lixo-plastico>. Acesso em: 20 set. 2020.

DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E O CUSTEIO DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ IMPLANTACIONAL E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Jaqueline da Silva PAULICHI¹
Valeria Galdino CARDIN²

RESUMO

Serão apresentados nesta pesquisa breves conceitos acerca da reprodução humana assistida e do planejamento familiar, realizando-se um paralelo com o direito à saúde, que por sua vez é um direito fundamental de todo cidadão brasileiro previsto na Constituição Federal. O Estado, por meio de ações afirmativas, leis, projetos de conscientização e etc., tem o dever de propiciar aos seus cidadãos o direito à saúde. No ano de 2015 houve uma decisão determinando que o Sistema Único de Saúde custeasse o tratamento para a reprodução humana assistida, utilizando-se do diagnóstico genético pré implantacional com o intuito de criar um embrião perfeitamente compatível com o membro da família que se encontrava em tratamento para gerar uma criança que poderia ser a doadora de material genético. Discutir-se-á acerca da eticidade dessa conduta e a facilidade com que o ser humano toma decisões que afetarão a vida de terceiros, alterando assim o genoma humano e consequentemente a natureza humana. Nesta pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com análise de artigos científicos, doutrinas e leis que tratam do tema ora proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Diagnóstico genético pré implantatário, Custeio da reprodução humana assistida, Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

Will be presented in this research brief concepts about assisted human reproduction and family planning , drawing a parallel with the right to health , which in turn is fundamental right of every Brazilian citizen , constitutionally provided . The State , through affirmative action has a duty to provide its citizens the right to health . Recently there was a decision about the necessity of the single system of health cover treatment for assisted human reproduction , using the pre implantation genetic diagnosis to seek perfectly compatible embryo with a family member who is in health care for the sole and exclusive purpose of making the child to be generated a donor. Will discuss up - about the ethics of such conduct , and the ease with which humans make decisions that will affect the third-party life without even thinking about this decision. In this research the hypothetical-deductive method was used, with analysis of scientific articles, doctrines and laws that deal with the proposed theme.

KEYWORDS: Family planning, Assisted human reproduction, Genetic pre implantation diagnosis.

INTRODUÇÃO

Todo cidadão brasileiro tem direito ao livre planejamento familiar, sem que haja a

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Bolsista- Prosup. Mestre em Ciências Jurídicas. Advogada. E-mail j.paulichi@hotmail.com.

2 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-Graduação de Doutorado e Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade do Cesumar; Pesquisadora e Bolsista Produtividade ICETI; Advogada no Paraná; e-mail: valeria@galdino.adv.br.

intervenção do Estado em sua decisão. Além desse direito, também há o direito fundamental à saúde, previsto na Constituição Federal, que por sua vez baseia o pedido elaborado por uma família para que o Sistema Único de Saúde custeie o diagnóstico genético pré-implantacional, tema desta pesquisa.

O Sistema Único de Saúde já realiza os tratamentos para infertilidade dos casais que enfrentam as filas para obter o atendimento de reprodução humana assistida. Porém, é notório que o Sistema Único de Saúde não tem capacidade para atender toda a demanda. Além do aspecto econômico, tem-se que o SUS não atende as famílias que necessitam do diagnóstico genético pré-implantacional, eis que não está previsto na Resolução 3.149/2012 do Ministério da Saúde.

Dessa forma, as pessoas que necessitam do referido procedimento e não tem meios para arcarem com os custos, devem se socorrer do poder judiciário, gerando uma grande discussão acerca do âmbito de responsabilidade do Estado e respectivamente, do Sistema Único de Saúde, em relação aos custeios das técnicas mais avançadas para a reprodução humana assistida e para análise do DNA humano.

Ocorre que a decisão foi favorável à família, em decorrência do direito de uma criança, que se encontra em tratamento para a sua enfermidade, em ter o acesso à possibilidade de cura. Em decorrência da sua doença, o tratamento viável é o transplante de medula, necessitando que a criança esperasse na fila dos transplantes. Porém, como os pais dessa criança não tinham a compatibilidade genética, a saída seria uma nova gravidez de uma criança biologicamente compatível com a irmã para que o tratamento fosse eficaz.

Nesse caso, discute-se acerca do direito dos pais em intervirem na genética de seu futuro filho, além da decisão inovadora que determina que o Sistema Único de Saúde custeie o procedimento.

Apesar da discussão ética sobre o uso dessa técnica, há também um importante precedente para a jurisprudência brasileira, eis que outras famílias podem realizar pedido semelhante na justiça, baseando-se nessa decisão.

Consequentemente, o Sistema Único de Saúde passaria a ser responsável pelo custeio das técnicas de reprodução humana assistida quando a família não possui condições financeiras para arcar com o tratamento. Isso pode gerar uma onerosidade excessiva aos cofres públicos. De outro lado há o direito da criança enferma à saúde, que também é responsabilidade do Estado. Há aqui uma colisão de direitos.

O método utilizado para esta pesquisa foi o teórico que consiste na consulta de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos, bem como da legislação pertinente.

1 DO DIREITO À SAÚDE E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA CUSTEADA PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A infertilidade ocorre em ambos os sexos, sendo as causas mais comuns as desordens ovulatórias e as anormalidades anatômicas das mulheres. Identifica-se como causa menos comum a endometriose e a hiperprolactinemia. As causas da infertilidade podem ser de diversos fatores, como a idade da mulher, a frequência das relações sexuais do casal, o consumo de drogas e bebidas de forma exagerada, medicamentos de uso contínuo, hábitos alimentares não saudáveis, dentre outros. Nos homens, as causas mais comuns de infertilidade são os distúrbios na produção de espermatozóides, as obstruções anatômicas e as desordens imunológicas. A Organização Mundial de Saúde considera como infertilidade a ausência de gravidez após dois anos de relações sexuais regulares, sem o uso de métodos contraceptivos. (SAÚDE REPRODUTIVA, 2017).

As estatísticas mais recentes apontam que vinte por cento da população mundial é infértil e isso só aumenta conforme o evoluir da sociedade, eis que a infertilidade pode ser transferida pela genética para as gerações que estão por vir. (CRUZ, 2008)

Dessa forma, em decorrência do alto número de casais inférteis, considerando que a infertilidade é decorrente de um estado de saúde do ser humano e que a saúde é obrigação do Estado, além do direito ao livre planejamento familiar, que inclui o direito ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida e que o Estado teria que prover tais meios aos cidadãos.

A saúde é direito do cidadão brasileiro previsto no art. 196 da Constituição Federal, sendo um direito fundamental social, devendo o Estado fornecer às pessoas o direito ao acesso efetivo à saúde.

A definição do que vem a ser saúde efetivamente depende de um estudo interdisciplinar, pois a saúde decorre de inúmeros fatores, como a saúde psíquica, biológica, emocional, etc.

Conforme o disposto no art. 6º da Constituição Federal: “*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*”

Cury define o direito a saúde da seguinte maneira:

[...] o direito a saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial. (CURY, 2005)

Keila Baraldi Knobel define a saúde como uma condição do indivíduo ou de um grupo de pessoas, em que estes são considerados pessoas capazes de satisfazer as suas necessidades. Assim, a saúde pode ser considerada como um recurso para a vida diária, que necessita de recursos sociais e pessoais. (2011)

Acrescenta ainda a autora:

É um estado caracterizado pela integridade anatômica, fisiológica e psicológica; pela capacidade de desempenhar pessoalmente funções familiares, profissionais e sociais; pela habilidade para tratar com tensões físicas, biológicas, psicológicas ou sociais com um sentimento de bem-estar e livre do risco de doença ou morte extemporânea. É um estado de equilíbrio entre os seres humanos e o meio físico, biológico e social, compatível com plena atividade funcional. (KNOBEL, 2011).

A Organização Mundial da Saúde define a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. (OMS).

Ingo Wolfgang Sarlet explica acerca das dimensões do direito à saúde, eis que se trata de direito fundamental de todo ser humano. (SARLET, 2002). O Estado tem o dever legal de não afetar negativamente a saúde da população, devendo intervir somente quando necessário, e para isso existem os programas governamentais de acesso à saúde para a população. Logicamente, não se pode afirmar que toda a população brasileira tem acesso à saúde no país, porém o mínimo necessário para uma vida digna deve ser proporcionado.

O autor pondera ainda acerca da dimensão negativa do direito à saúde:

[...] no âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito a saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. [...] O Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isso direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde. (SARLET, 2002).

O direito à saúde faz parte do rol dos direitos fundamentais de todo cidadão, sendo também um direito humano e da personalidade.

Konrad Hesse em paráfrase feita por Ingo Sarlet Wolfgang explica que “os direitos fundamentais, apesar de comumente agrupados em um catálogo, são garantias pontuais, que se limitam à proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes ou ameaçados”.(SARLET, 2007)

Mariana Filchtiner Figueiredo explicita que “o atendimento das necessidades básicas – isto é, alimento, saúde, moradia, educação, trabalho – e, com isso, a garantia efetiva de uma vida com dignidade constituem pressupostos inarredáveis ao exercício de todo direito fundamental”. (FIGUEIREDO, 2007).

Assim, pode-se afirmar que o direito à saúde é um conjunto de fatores que desencadeiam uma vida saudável biológica e psíquica ao ser humano. O Estado tem o dever de fornecer meios para que o cidadão brasileiro tenha o devido acesso à saúde, por meio dos hospitais, vacinação, campanhas de conscientização, postos de saúde, dentre outros.

A saúde como direito fundamental do cidadão é dever do Estado, e quando este for omissivo ou insuficiente, haverá a possibilidade de o cidadão ingressar em juízo para requerer o cumprimento

dessa obrigação estatal de forma forçada.

O art. 220 da Constituição Federal prevê que ao Sistema Único de Saúde compete o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para o consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e por fim, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 200).

Dessa forma, a Lei 8.080/1990 regulamenta o Sistema Único de Saúde, sendo este o responsável por garantir a todo cidadão o acesso à saúde. Assim, o objetivo do Sistema Único de Saúde é a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social; e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. (art. 5 da Lei 8.080/1990)

No ano de 2012 foi publicada a portaria n. 3.149/2012 pelo Ministério da Saúde, destinando recursos a centros de saúde espalhados pelo país, no intuito de promover a assistência às famílias que necessitam das técnicas de reprodução assistida. A justificativa utilizada no referido documento foi de que o planejamento familiar é livre, porém cabe ao Estado proporcionar ao cidadão meios para que isso ocorra. Também foi utilizado como justificativa a portaria 426/GM/MS de 2005 que instituiu a Política Nacional de Atenção Integral à Reprodução Humana Assistida. (Portaria 3.149/2012 Ministério da Saúde)

Em 2011, outra portaria (1.459/GM/MS) instituiu no âmbito do Sistema Único de Saúde a “Rede Cegonha” que garante à população o acesso às ações do planejamento reprodutivo, o que inclui, por sua vez, o direito ao acesso às técnicas de Reprodução Humana Assistida. (Portaria 3.149/2012 Ministério da Saúde)

Dessa forma, pode-se inferir que o Sistema Único de Saúde tem meios para que se realize as técnicas de reprodução humana assistida. No entanto, o número de casais que procuram essas técnicas é alto e o Sistema Único de Saúde não consegue atender a todos. Ressalte-se que, de acordo com a Portaria 3.149/2012 do Ministério da Saúde, os recursos destinados às técnicas de

reprodução humana assistida não abrangem o diagnóstico genético pré-implantacional, conforme transcrição: “*Fica destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides.*” (Portaria 3.149/2012 Ministério da Saúde)

O direito a saúde é obrigação do Estado conforme previsão do art. 23 da Constituição Federal, que prevê uma competência concorrente entre Municípios, Estados, Distrito Federal e União. O art. 194 da Constituição Federal também prevê acerca da seguridade social, que por sua vez 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.³ (Constituição Federal, art. 194).

Dessa forma, pode-se concluir que o direito a saúde, e consequentemente, ao livre planejamento familiar e a o acesso às técnicas de reprodução humana assistida é obrigação do Estado, devendo ser proporcionado a toda população brasileira o acesso à essas técnicas. No entanto, é notório que o Sistema Único de Saúde possui recursos escassos e não consegue atender toda a população de maneira efetiva. As filas para que casais obtenham o direito a reprodução humana assistida são numerosas, o que desmotivam essas pessoas, além de que o fator idade tem muitas consequências na realização desses procedimentos.

2 DO DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A família é a célula *mater* da sociedade possuindo especial proteção pelo Estado Democrático de Direito previsto no art. 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Clayton Reis ilustra que “o ideal é que as famílias sejam estruturadas dentro de uma realidade social, econômica, sociológica e espiritual”. (REIS, 2008)

Dessa maneira, pode-se afirmar que segundo o referido autor a constituição de uma família não pode ocorrer de forma mecânica. Para que ocorra o efetivo desenvolvimento da família de

3 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. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998](#))

forma saudável e que venha a render frutos futuramente é necessário uma estrutura firme, que esteja de acordo com os parâmetros sociais e econômicos de um Estado, propiciando às pessoas que compõem esse núcleo familiar o melhor ambiente possível para o seu desenvolvimento.

Eduardo de Oliveira Leite explica que “[...] a palavra família não tem como se poderia imaginar, um sentido unívoco, mas, ao contrário, revela diversas hipóteses distintas, o que dificulta mais sua exata compreensão no mundo jurídico.” (LEITE, 2005, p.34)

Dessa forma, o Estado tem o dever de proteger a família, possibilitando alguns meios para que esta se concretize e se desenvolva da melhor maneira possível.

O planejamento familiar decorre do direito de formar uma família, sendo direito de todos os cidadãos e deve-se realizar de forma livre, independentemente da atuação estatal. Assim, defende-se que o planejamento familiar diz respeito aos intervalos entre as gestações, o meio utilizado para a sua concepção, como essas crianças serão educadas e criadas. (CARDIN, 2014).

Esse direito está previsto no §7º do art. 226, da Constituição Federal, que dispõe:

§ 7º 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. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

A Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regulamenta o §7º do art. 226 da Constituição Federal, firmando diretrizes para o planejamento familiar, que por sua vez é conceituado no art. 2º: “[...] entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de Constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. (Lei 9.263/1996)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que “o planejamento familiar resulta de livre decisão do casal, mas com a necessária e fundamental observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade ou parentalidade responsável.” (GAMA, 2003. p. 447).

Esses princípios (parentalidade⁴ responsável e dignidade da pessoa humana) necessitam de respeito no âmbito do planejamento familiar, em que há a necessidade de ambos os pais de terem responsabilidade acerca da criação, educação e desenvolvimento dos filhos. Além da necessidade em se respeitar o direito geral da personalidade que é a dignidade da pessoa humana.

Pablo Stolze Gagliano defende que para se construir o Estado Social e Democrático de Direito é necessário passar pelo planejamento familiar, eis que as famílias sendo consideradas como “célula mater” da sociedade serão a base inicial de formação e desenvolvimento do indivíduo e por este motivo que as famílias devem ter um planejamento estruturado. No entanto, como o próprio

4 Neste trabalho será utilizado o termo “parentalidade” para se referir à paternidade responsável. O termo “paternidade responsável”, como previsto no §7º do art. 226 da Constituição Federal é insuficiente para explicar a abrangência do tema, levando-se a entender que somente a paternidade deve ser responsável, e a maternidade não.

nome diz, o planejamento familiar é livre, não devendo o Estado se impor nas relações familiares, com exceção dos casos em que a própria família é omissa. (GAGLIANO, 2012, p.376)

Assim, o planejamento familiar⁵ pode ser conceituado como:

[...] instrumento de assistência materno-infantil e advém de um processo de informação de educação aos casais e à população em geral, sobre a reprodução, a importância da família na comunidade, o papel da mulher, o papel do pai e do filho dentro desse contexto e, finalmente sobre as repercussões de tudo isso na comunidade”.(FONSECA SOBRINHO, 2003)

Atualmente, o planejamento familiar se refere ao direito da família em decidir acerca da melhor forma de criar o núcleo familiar, assim como às políticas públicas de saúde da família, a saúde da mulher e da saúde reprodutiva. Porém, num passado não tão distante, o planejamento familiar era associado ao controle de natalidade.

Não há o controle de natalidade na sociedade brasileira contemporânea. Dessa forma o Estado tem apenas algumas políticas públicas e programas governamentais que auxiliam o cidadão brasileiro no caso deste necessitar utilizar dos métodos anticoncepcionais.

Ressalte-se que o Estado não pode se utilizar desses meios auxiliares ao planejamento familiar de forma incisiva, coercitiva ao cidadão, justamente em decorrência do princípio da não intervenção estatal, em que o Estado não pode intervir nas relações familiares.

Porém, conforme ensina Nelson Rosenvald Junior, o Estado pode intervir na família toda vez que esta não cumprir com suas obrigações essenciais para com os filhos, como deixar a criança sem assistência médica ou sem educação básica. Quando esses fatos ocorrem, o Estado tem o dever de intervir, pois tem também uma função protetora da família. (ROSENVALD, 2015. p.415)

O planejamento familiar se constitui como direito personalíssimo do casal que deseja realizar o projeto de parentalidade e conforme os ensinamentos de direito civil, esse direito personalíssimo terá todas as características que se fazem presentes nos direitos da personalidade como a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

Assim, como direito fundamental do cidadão brasileiro, o planejamento familiar deve ser exercido livremente e a reprodução humana assistida é um meio para que o planejamento familiar se realize.

3 DO PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO E O DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ IMPLANTACIONAL

5 Consoante José Pinto-Barros, o planejamento familiar pode ser conceituado como o:[...] processo correcto da divulgação, aprendizagem, consciencialização, aplicação das técnicas e métodos anticoncepcionais, clinicamente apoiados no pleno respeito dos direitos da pessoa humana, na plena satisfação afectivo-sexual e como resultado último à desejada dimensão e estruturação da família, de acordo com as características paternas: psíquica, física, social, económica e outras; traduzindo-se no número de filhos que uma dada família desejar quando quiser. (PINTO-BARROS, 1992. p. 37)

O patrimônio genético humano é protegido pelo inc. III do art. 1º da Constituição Federal que versa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e pela Lei de Biossegurança. Essa proteção se refere à impossibilidade de ser alterado o genoma humano, de ser realizada a clonagem, de se manipular o DNA de um ser humano apenas para fins de pesquisa ou fúteis, como os *design babies*.

Elimar Szaniawski explica que “o princípio da dignidade da pessoa humana consiste, pois, no ponto nuclear onde se desdobram todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo, bem como os particulares, pessoa naturais ou jurídicas.” (2005)

O referido princípio deve ser resguardado em todas as esferas, pois é dele que se desdobram os demais direitos da personalidade:

A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como a destinação, em favor do homem, de um conjunto mínimo de necessidades para a sua vivência harmônica dentro do contexto social. Assim, a vida digna poderá ser preenchida com garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cultura, moradia, lazer, saúde, inserção social, liberdades individuais e coletivas, trabalho, acesso ao judiciário. (SILVA, 2008, p.27)

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana pode ser alcançada de diversas formas, como pelo direito a saúde, educação, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros. Defende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é direito geral da personalidade e a questão do patrimônio genético humano o alcança diretamente.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo afirma que o patrimônio genético humano:

[...] assegura a tutela jurídica não só individual das pessoas – como o direito às informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência - abarcadas pela Carta Magna mas particularmente do povo brasileiro, observado em sua dimensão metaindividual, analisado nos dias de hoje por meio das novas “ferramentas” científicas desenvolvidas em proveito da tutela dos grupos participantes do processo civilizatório nacional. (FIORILLO, 2009)

O patrimônio genético humano não é algo a ser manuseado abertamente para o fim de se alterar a sua essência. Quando se discute acerca do patrimônio genético humano, discute-se sobre toda a humanidade, eis que o DNA do ser humano não pode ser alterado ao bel prazer dos idealizadores do projeto parental ou dos pesquisadores. E isso é possível de se realizar apenas com o aval do médico que possui o conhecimento necessário para tal.

Maria Helena Diniz também discorre acerca do patrimônio genético humano:

Sem dúvida, é de propriedade privada dela própria, todavia, o genoma humano não é propriedade de cada ser humano ou do embrião, nem tampouco pertence aos doadores das células germinativas, mas a toda a humanidade, logo, é esta que se coloca em risco quando se o altera, mesmo para atender a fins terapêuticos, com o escopo de interferir na linha germinal. Se o conjunto gênico que aparece no embrião é único no mundo, pois dessa unicidade forma-se uma pessoa que também será única, a quem compete a decisão de alterá-lo? (DINIZ, 2009, p.436)

O único entrave que existe atualmente acerca da manipulação desenfreada do DNA

humano é a ética médica. Sem a ética desses profissionais da saúde, possivelmente, restariam inúmeras discussões acerca da natureza humana desse ou daquele ser que foi gerado em laboratório com a única finalidade de pesquisa. O diagnóstico genético pré implantatário traz essa possibilidade, de se retirar do genoma humano algum traço de doença que seja hereditária.

Com a descoberta das possibilidades do DNA humano houve grande alvoroço por parte da ciência médica acerca do estudo das moléculas que compõem o corpo humano e a identidade genética do ser humano.

Segundo Semião:

Descobriu-se, finalmente, que o DNA era o responsável pela transmissão das características genéticas, contidas nos genes do vírus infectante, para os vírus que se multiplicam em bactérias infectadas. A partir dessa descoberta, chegou-se a conclusão de que era muito provável que os próprios genes fossem constituídos de DNA, o que acabou sendo confirmado. [...] A descoberta de que os genes são constituídos de DNA provocou enorme interesse, uma vez que abria a possibilidade de estudá-los como moléculas. Tais estudos conduziram a definição do que é “genoma”, vocábulo que designa todo o conjunto dos genes de um organismo, independentemente de seu número. (SEMIÃO, 2000)

A reprodução humana assistida pode ser definida como o “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”. (RODRIGUES JUNIOR, 2008. P.228)

As diferentes técnicas utilizadas para a reprodução humana assistida são meios auxiliares a procriação humana, devendo ser utilizado somente em último caso, quando não há mais tratamento eficaz. (CALMON, 2003. p. 450.) Caso contrário, haveria uma busca incessante pelo “bebê perfeito”, através das diferentes técnicas de reprodução humana assistida, desvirtuando a sua finalidade.

A reprodução humana assistida possui métodos para auxiliar os casais que são inférteis. Porém nem todas as técnicas utilizadas na reprodução humana assistida são apenas para os casais inférteis, há o DGPI- diagnóstico genético pré implantacional, que corriqueiramente é utilizado para auxiliar casais que possuem algum tipo de doença hereditária.

Winckler discorre acerca do diagnóstico genético pré implantacional:

O diagnóstico genético pré-implantacional (PGD) é uma técnica utilizada na reprodução assistida que permite o estudo de embriões antes de serem transferidos para o útero, ou seja, anterior à implantação. Corresponde à seleção artificial de seres humanos, através do exame precoce de suas características biológicas. O exame surgiu com as técnicas de fertilização in vitro (FIV) como a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) e da biologia molecular, como a cadeia da polimerase (PCR) e a hibridização in situ fluorescence (FISH), que são capazes de diagnosticar anomalias gênicas e cromossômicas em uma única célula. (WINCKLER, 2010.)

O diagnóstico genético pré implantacional é um exame capaz de descobrir antes mesmo da implantação do embrião no útero materno e as possíveis doenças hereditárias que a criança poderá

vir a desenvolver.

A Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina traz algumas definições acerca do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional: (RESOLUÇÃO 2168/2017 CFM)

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES

1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças - podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do (s) paciente (s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico.
2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.
3. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de até 14 dias.

De acordo com o item n. 2 acima colacionado, o diagnóstico Genético pré implantacional só poderá ser utilizado em casos determinados, não podendo os pais alterarem livremente o DNA humano. Além disso, ressalte-se que a referida resolução traz também que a finalidade do procedimento deve ser o transplante de células tronco, de acordo com a legislação vigente.

Dessa forma, o diagnóstico genético pré-implantacional pode ser considerado como um grande avanço na ciência, ante a possibilidade de se analisar as possíveis doenças que a criança poderá vir a desenvolver, além de se poder selecionar um embrião que seja geneticamente compatível com o parente enfermo. No entanto, essa técnica também abre a possibilidade para que se altere o DNA da criança, de modo que ela se desenvolva como um ser humano “perfeito” aos olhos da medicina.

4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA: DO CUSTEIO DO PROCEDIMENTO DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ IMPLANTACIONAL PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

No mês de julho de 2015 foi noticiado nos sites jurídicos a decisão do Rio Grande do Sul que determinou o município de Vista Alegre do Prata a custear o tratamento da fertilização *n vitro* de embrião previamente selecionados. Trata-se da utilização da técnica do diagnóstico genético pré implantacional, em que há a busca no DNA do embrião criado artificialmente.

O referido procedimento será utilizado para procurar um embrião que seja biologicamente compatível com um outro membro da família. Nesse caso, a família referida tinha uma filha de oito anos de idade, portadora de uma doença chamada de Beta Talassemia Major, necessitando de um doador de medula para a sua cura. Pelo fato do casal não conseguir obter um doador através da espera na fila de transplantes, este decidiu se utilizar do diagnóstico genético pré-implantacional para gerar outro filho.⁶

6 O Estado do Rio Grande do Sul e o município de Vista Alegre do Prata vão custear a realização de fertilização *in*

Porém, o referido procedimento não é barato, se tornando de difícil acesso aos casais que não tem tantos recursos, eis que o procedimento pode custar de R\$ 30.000,00 a R\$ 80.000,00.

Assim, no juízo da comarca de Nova Prata, onde a ação foi decidida, foi fixado o prazo de 15 dias a contar da notificação para que o Estado e o município realizem o procedimento do DGPI para o casal e isso deverá ocorrer por meio do Sistema Único de Saúde ou qualquer hospital que tenha convênio para realizar tal procedimento.

O custo do procedimento indicado para o casal mencionado no caso em análise custava o valor de R\$ 33.510,00. Porém, há casos em que o referido procedimento pode custar o triplo desse valor.

Mencione-se que o SUS – Sistema Único de Saúde- é vinculado ao Ministério da Saúde, e consequentemente depende de repasse de verbas governamentais para que atue efetivamente na vida

in vitro com embriões selecionados a um casal. O procedimento procura gerar um irmão compatível com uma menina de oito anos, portadora de uma doença conhecida como Beta Talassemia Major, e que há anos aguarda na fila para transplante de medula. Pelo motivo de risco de dano irreparável, o juízo da Comarca de Nova Prata fixou o prazo de 15 dias, a contar da data da notificação, para que o Estado e o município promovam o tratamento pelo SUS ou hospital conveniado, sob pena de ter o valor bloqueado. O custo do procedimento é de R\$ 33.510,00. A Beta Talassemia Major é uma mutação genética que pode matar em até três anos, se não for tratada. Mas com a realização de transfusões de sangue regulares, como no caso da menina, a expectativa de vida pode ser elevada até os 10 anos. Na decisão, foi ressaltado que a jurisprudência gaúcha para casos parecidos é divergente quando se trata de atribuir ao Poder Público a responsabilidade de arcar com fertilizações *in vitro*. Entretanto, no caso foi considerado o fato de que não está se demandando a concessão de um tratamento contra a infertilidade para assegurar o direito à maternidade sem risco de vida à paciente, mas sim a determinação de fornecimento de um tratamento médico para assegurar à autora a única possibilidade de sobreviver constatada por seu médico. Com relação à autorização para o transplante de medula óssea por incapaz, no caso o nascituro, foi lembrada na decisão a garantia dada pela Lei 9.434/1997, que exige o consentimento dos genitores, autorização judicial e ausência de risco de vida para o doador, que, no caso, deverá ser provada futuramente. Por fim, foi destacado que não há ofensa ao princípio da dignidade humana do nascituro, pois não se estaria utilizando a humanidade (criança concebida) como um simples meio em relação a outrem. Esta nova vida gerada com a fertilização, ainda que possa representar a salvação da vida da autora, a partir do transplante de células, não está sendo concebida com esta única finalidade. A juíza e professora universitária Rosana Broglio Garbin, presidente da Comissão de Bioética do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/RS), aponta que a utilização de técnicas de reprodução assistida, no caso, decorre da necessidade de prévio Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI) para a seleção de embrião que seja compatível para fins de tratamento de doença de terceira pessoa, no caso, a irmã. “As legislações e/ou regulamentações referentes às questões de reprodução assistida, vedam o DGPI que tenha por finalidade apenas melhorar características da criança a ser gerada. Contudo, permitem o diagnóstico prévio para fins de evitar doenças genéticas e também para fins de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave. Neste sentido, por exemplo, a lei portuguesa abre exceção nas proibições de seleção de embriões, permitindo para o caso ora apresentado, conforme consta do artigo 7º, item 3, da Lei 32/2006”, explica. Rosana Broglio Garbin esclarece que igualmente, no Brasil, a Resolução 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina, que trata das questões relativas à reprodução humana, é expressa em permitir a seleção para este fim. Segundo ela, o item VI, 2, determina que as técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA - compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos. “A controvérsia surge no momento em que se projeta o que se chama de ‘bebê-remédio’, ou seja, a concepção de um ser humano com a finalidade de servir de doador para terceira pessoa, ainda que do mesmo núcleo familiar, com risco de não concretizar a finalidade, gerando assim frustração nas pessoas envolvidas. A decisão proferida, pelo que consta, considera todas as variáveis, com referência ao fato de que esse filho faz parte do projeto parental e que, para além da perspectiva de cura da irmã, é ressaltada pelos pais a possibilidade de ter um filho saudável. A urgência veio justificada, assim como a impossibilidade financeira dos pais em custear o tratamento. A decisão ainda analisa a questão ética, justificando sua tomada de posição com os elementos que constam dos autos, mostrando-se bastante adequada”, completa. <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5690/Rede+p%C3%BABlica+ga%C3%BAcha+ir%C3%A1+custear+fertiliza%C3%A7%C3%A3o+de+embri%C3%A3o+para+transplante+>

da população. A responsabilidade em arcar com o DGPI neste caso é decorrente da previsão Constitucional de que é dever do Estado prover o direito à saúde da população. Dessa forma, o direito discutido, além da questão financeira, também é o direito à saúde do membro da família que necessita de transplante.

Conjuntamente ao direito à saúde pode-se afirmar que o planejamento familiar também é assegurado, pois o casal tem seu direito a realizar o DGPI para selecionar o embrião compatível.

O SUS oferece as técnicas de reprodução humana assistida àqueles que não possuem condições de realiza-la em clínicas particulares. No entanto, a fila de espera é longa e restrita, em que há preferência para os casos de doença infectocontagiosa, como exemplo, cite-se o HIV. (PAULICHI, SILVA. 2015)

Utilizando-se dos ensinamentos de Kant (2010.p.48), em que toda a pessoa deve ser vista como um fim em si mesma e não como um meio para se atingir a outra finalidade, indaga-se sobre a função dessa criança na vida da família.

Apesar de ser uma discussão em que não depende apenas da vontade da mãe ou do pai, ou da criança que necessita do tratamento e sim de uma decisão conjunta, para o fim de salvar a vida de uma pessoa. A decisão sobre uma vida que está por vir é frágil e atinge não só essa criança que será gerada, mas a todos em sua volta.

Habermas (2002) diz que a criança que se descobre um ser previamente moldado em decorrência de uma necessidade não poderá se sentir um ser autônomo de sua própria vida e de suas próprias decisões. Para toda a eternidade aquela criança ficará estigmatizada ao saber que veio ao mundo com finalidade de salvar uma outra pessoa e que caso não fosse essa necessidade, possivelmente ela não existiria.

Há uma instrumentalização da vida humana, fazendo com que essa criança a ser gerada sirva como meio para outra vida.

CONCLUSÃO

Além dos questionamentos éticos acerca do assunto, há também a questão do precedente jurisprudencial. Em decorrência da ausência de legislação no país acerca da reprodução humana assistida, há uma lacuna no ordenamento jurídico acerca do assunto, e isso gera insegurança jurídica daqueles que buscam o judiciário para dirimir questões acerca da reprodução humana assistida.

Assim, inúmeras outras famílias que se encontram em situação similar poderiam se utilizar desse precedente para fundamentar pedido de custeio pelo SUS do diagnóstico genético pré-implantacional, necessitando de maiores discussões acerca do caso. Note-se que se a família busca auxílio do SUS é pelo motivo de não possuir condições financeiras para custear o tratamento, que é

demasiadamente oneroso no país.

Ocorre que o direito à reprodução humana assistida deve ser apenas para aqueles que não conseguiram alcançar a gravidez pelos métodos tradicionais, tendo então um caráter residual. (CALMON, 2003.p.450)

O sistema único de saúde ainda não abarca os tratamentos para a infertilidade de forma efetiva, isso por inúmeros motivos, como o número de pessoas que esperam na fila por uma vaga no tratamento. Alguns deles são: o próprio SUS já implanta sistemas de conscientização acerca dos métodos anticoncepcionais, como também auxilia no fornecimento de camisinhas e anticoncepcionais. Tratar a infertilidade não seria prioritário para o SUS nesse momento.

Outro fator é de que o Sistema Único de Saúde já possui escassos recursos para custear os tratamentos que são abrangidos pelo sistema, como o tratamento de câncer, o tratamento de doenças cardiológicas, de pressão, respiração, etc. Assim, não restariam recursos para arcar com os gastos dos procedimentos referentes ao diagnóstico genético pré implantacional. Note-se que o Sistema único de Saúde fornece o tratamento para a Reprodução Humana Assistida, porém as filas são imensas e o acesso dos casais a esse procedimento é dificultoso.

Atualmente, o direito ao planejamento familiar é direito de todos, porém o conceito de que se devem ter filhos a qualquer custo não é levado em conta para a definição do planejamento familiar. A criança não deve vir ao mundo para fazer parte de uma família desestruturada, em que os pais não têm as condições mínimas para dar uma boa educação a essa criança.

De outro lado, há o direito ao planejamento familiar, para os pais que necessitam do diagnóstico genético pré implantacional para gerar um filho livre de doenças hereditárias e o direito à saúde da criança que necessita de um transplante de medula. Note-se que ambos os direitos são maiores que a questão econômica do Estado.

Desta forma, o Estado, por meio do SUS, que por sua vez foi obrigado a conceder o referido tratamento à família, não estaria auxiliando para a instrumentalização da vida humana?

O Sistema Único de Saúde ainda não está preparado financeiramente para arcar com esse tipo de tratamento, em decorrência de sua onerosidade.

Porém, caso futuramente isso venha a se tornar uma incumbência do SUS, haverá um grande número de pessoas em busca desses tratamentos, onerando-o ainda mais. Nesses casos indaga-se acerca do direito dessas pessoas em formar uma família, ter filhos, através das técnicas de reprodução humana assistida, por meio de custeio público, enquanto o próprio Estado não possui condições de arcar com os direitos básicos dos cidadãos.

Haveria um encargo excessivo ao Estado, com o nascimento de inúmeras crianças geradas em laboratório. Há estudos que indicam que cerca de 30% das crianças nascidas pelas técnicas de

reprodução humana assistida tem câncer⁷. O que gera um novo ônus ao Estado, pois ele teria que arcar com o tratamento de câncer dessas crianças.

E no caso do tratamento ter algum problema durante a manipulação dos gametas, a família também poderia processar o Estado pelo dano causado, já que seria de responsabilidade dele.

Essa decisão, apesar de inovadora, pode gerar inúmeras consequências pelo país, devendo ser analisada cautelosamente. Defende-se que o direito a reprodução humana assistida faz parte do planejamento familiar, porém, não deve ser concedido o pedido de custeio das técnicas de RA a todos aqueles que desejam, devendo ser autorizado somente no caso de não existir outro tratamento eficaz. O SUS ao custear o referido tratamento deverá se responsabilizar pelas consequências advindas, podendo gerar até mesmo a sua responsabilidade civil, em caso de dano.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.
- BRASIL *Resolução nº 2.168, de 2017*: Resolução CFM. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2168/2017_2017.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.
- BRASIL. *Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da Destinação Dos Embriões Excedentários. In: *Anais do XVI Congresso Nacional*. Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/valeria_silva_galdino.pdf>. Acesso em 11 nov. 2017.
- CRUZ, Ivelise Fonseca da. *Efeitos da reprodução humana assistida*. São Paulo: SRS, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FONSECA-SOBRINHO, D. *Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; 1993.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 376-378

7 <http://expresso.sapo.pt/sociedade/2015-06-15-Tecnicas-de-procriacao-medica-elevam-taxa-de-risco-de-leucemia-infantil>. Investigadora avaliou os dados de todas as crianças nascidas na Noruega entre 1984 e 2011, com e sem o apoio de técnicas médicas, e verificou que os bebês de laboratório correm um risco acrescido de desenvolver cânceros. O que falta explicar é se a culpa é da infertilidade ou dos tratamentos.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais de acordo com o novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KNOBEL, Keila A Baraldi. Saúde: para você, o que é saúde. In: *Fonoaudiologia e Saúde*. Disponível em: <www.fonoesaude.org.saude>. Acesso em: 07 jul. 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAULICHI, Jaqueline da Silva. SILVA, Leia Gisele dos Santos. A TUTELA JURÍDICA DOS EMBRIÕES NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas da Unifafibe*. Bebedouro-SP, V.03, n.02 (2015). p.182-209. 2015. Disponível em << <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/77/pdf>>> Acesso e, 10.out.2020.

PINTO-BARROS, José. *Planeamento familiar: aborto e o direito*. Coimbra: Coimbra, 1992.

REIS, Clayton. O Planejamento Familiar: Um Direito de Personalidade do Casal. *Revista Jurídica Unicesumar*, Maringá, v. 8, n. 2, 2008. Disponível em <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/890>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, n. 10, jan/2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SAÚDE REPRODUTIVA. *Saúde Reprodutiva: infertilidade*. Disponível em: <<http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/upload/ficheiros/i009862.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro: Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WINCKLER, Cristiane Gehlen. *Da Preservação Do Patrimônio Genético Humano À Luz Da*

Teoria Dos Direitos Fundamentais.in CONPEDI. Fortaleza, 2010.

HOMESCHOOLING: CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Fabiano Augusto de Oliveira SILVA¹

RESUMO

O Ensino Domiciliar, também conhecido como *homeschooling*, tem sido um dos assuntos mais discutidos dentro do tema “Educação” nos últimos anos. Apesar de milhares de famílias terem aderido à prática no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu que essa modalidade de ensino não pode ser praticada sem a devida previsão e regulamentação legal. No entanto, o poder legislativo brasileiro ainda não aprovou, e tampouco regulamentou esse método de ensino. O objetivo deste artigo é analisar, à luz do ordenamento jurídico, alguns dos pontos que fazem do *homeschooling* um assunto tão polêmico, e que dificultaram – até o momento – um parecer legal sobre o tema. Para tanto, o presente artigo faz uma breve análise sobre o ensino escolar e seu relevante papel na formação do cidadão enquanto instrumento de promoção social. Traz também um relato de como o ensino domiciliar surgiu e como a prática é vista ao redor do mundo. A pesquisa conta ainda com uma análise do Ensino Domiciliar à luz do ordenamento jurídico brasileiro e aborda os limites do poder dos pais em relação à escolha da educação formal de seus filhos. Por fim o trabalho mostra o porquê, ainda que os pais reivindiquem para si a autonomia para decidir como e onde educar seus filhos, o Estado não pode se eximir de sua responsabilidade de oferecer, estabelecer critérios, e supervisionar a educação formal no país.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescente. Casa. Criança. Escola. Igualdade. Liberdade.

ABSTRACT

Home education, also known as homeschooling, has been one of the most discussed subjects within the “Education” theme in recent years. Although thousands of families have adhered to the practice in Brazil, the Supreme Federal Court has decided that this type of education cannot be practiced without due provision and legal regulation. However, the Brazilian legislative power has not yet approved, nor regulated, this teaching method. The purpose of this article is to analyze, in the light of the legal system, some of the points that make homeschooling such a controversial subject, and that have hindered - so far - a legal opinion on the subject. To this end, this article makes a brief analysis of school education and its relevant role in the formation of citizens as an instrument of social promotion. It also brings an account of how home schooling came about and how the practice is seen around the world. The research also includes an analysis of Home Education in the light of the Brazilian legal system and addresses the limits of parental power in relation to the choice of formal education for their children. Finally, the work shows why, even if parents claim for themselves the autonomy to decide how and where to educate their children, the State cannot exempt itself from its responsibility to offer, establish criteria, and supervise formal education in the country.

KEYWORDS: Adolescent. Child. Equality. Freedom. Home. School.

1 Possui graduação em Comunicação Social - Jornalismo pela Faculdade do Norte Pioneiro (2006) e Curso de Extensão em Telejornalismo Aplicado pela PUC-PR (2007) em parceria com o Programa de Trainees RPC/Gazeta do Povo. Também é graduando no curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO). Atualmente atua como notário no Tribunal Eclesiástico de Jacarezinho. Tem experiência em Telejornalismo, Radiojornalismo, Assessoria de Imprensa, produção de textos, cerimoniais e Direito Canônico.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o ensino domiciliar, também conhecido como *homeschooling*, ganhou relevante notoriedade no Brasil. O número de pais que tem se posicionado abertamente favoráveis a educar seus filhos fora do ambiente escolar cresceu; e tal crescimento trouxe à baila um tema que, até então, era pouco discutido no país.

Somado a isso, a pandemia do COVID-19 fez com que – devido à paralização das escolas – os alunos passassem a estudar em casa, numa espécie de “ensino remoto” ou “à distância”. Embora essa modalidade não possa ser chamada de *homeschooling*, uma vez que todo o conteúdo ensinado ainda é determinado e ministrado pela Escola através da internet, a semelhança desse método com o Ensino Domiciliar aumentou o debate sobre a implantação do *homeschooling* no Brasil.

Ademais, ao contrário do *homeschooling*, o ensino remoto está previsto no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no artigo 32, dispõe que o ensino a distância poderá ser utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais. Portanto, ainda que possa haver uma confusão entre Ensino Remoto e Ensino Domiciliar, tratam-se de coisas diferentes tanto na metodologia quanto no aspecto legal.

É preciso destacar, no entanto, que a ideia de poder educar os filhos em casa, sem a presença da escola ou a interferência do Estado não é nova. Trata-se de uma prática comum nos países anglo-saxões - sobretudo nos Estados Unidos da América - e tem estreita relação com o contexto sociocultural desses povos. Desse modo, o ordenamento jurídico desses países possui uma base mais sólida e robusta para estipular critérios sobre o *homeschooling*; o que não quer dizer que não haja polêmicas e pontos controversos sobre o tema, assim como no Brasil.

A problemática deste artigo está na seguinte questão: A prática do ensino domiciliar vai na contramão do que propõe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, que asseguram à criança e ao adolescente o direito à educação e o acesso à escola? Ou será que negar aos pais o direito de ensinar seus filhos em casa, seria tirar deles a autonomia e interferir de forma arbitrária na forma como os filhos são criados? O presente artigo parte da hipótese de que o *homeschooling* não pode substituir a escola, dada a importante função social que ela possui, apesar de suas falhas. O objetivo geral, portanto, é analisar sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro a constitucionalidade do *homeschooling*, e demonstrar que a Educação, enquanto direito fundamental da criança e dever do Estado, não pode ficar restrita aos critérios dos pais e responsáveis; uma vez que a escola é, segundo Hanna Arendt, a instituição que se interpõe entre o mundo e o domínio privado do lar.

Os objetivos específicos serão: contextualizar o direito à educação no Brasil, bem como a

história do ensino domiciliar no mundo e suas raízes no país, que remontam à época do Brasil Império. Também se fará necessário pesquisar o que o ordenamento jurídico já disse e diz a esse respeito, além de analisar algumas questões polêmicas, como o limite da autonomia dos pais no que se refere à educação formal dos filhos.

A justificativa do tema se dá exatamente pela sua atualidade, relevância, pela dicotomia que se apresenta em relação ao assunto e, conseqüentemente, pelo inevitável posicionamento do Direito a respeito do *homeschooling*, assunto que ainda não é pacífico na doutrina e carece de regulamentação.

O tipo de pesquisa empregado é o da pesquisa descritiva. A metodologia é a bibliográfica por meio da técnica de observação indireta, a fim de analisar o problema e, com base nas proposições apresentadas, confirmar os pontos controversos do *homeschooling* no Brasil em relação ao Estado, e a responsabilidade deste último para com a educação.

A ESCOLA ENQUANTO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA

É senso comum o conceito de escola como o lugar onde a criança é educada para se tornar um cidadão pleno, consciente de seus direitos e deveres na sociedade. Não à toa, “escola” e “educação” são, por vezes, tratadas como sinônimas; embora - numa análise mais teleológica - a primeira (escola) é o *meio* para se atingir o *fim* que é a segunda (educação).

Todavia, há que se levar em conta a importância política (não no sentido partidário, é bom que se esclareça) que a escola, enquanto instituição, possui. A escola não é um direito da criança e um dever do Estado por ser tão somente um local para se adquirir conhecimento, mas também por ser um ambiente que favorece o aprendizado prático da democracia.

A Escola, como local separado do lar, não foi criada por um mero desenvolvimento da humanidade, mas por uma necessidade. Decorre dos ideais humanos de igualdade, dignidade, exclusão de preconceitos. E ela é o palco ideal para estes ensaios, pois lá podemos desenvolver o (re) conhecimento das diferenças. (VIEIRA, 2011, p. 36).

No entanto, esse conceito de escola enquanto instrumento de promoção social é fruto de um longo processo. A primeira lei de educação criada no Brasil, a Lei nº1 de 1837, datava do Império. Nessa época, os conceitos de democracia e igualdade – embora já praticados em alguns países da Europa e nos Estados Unidos – não eram aplicados no Brasil. Assim, ainda que se tratasse de uma lei sobre o ensino público, nem todos poderiam ter acesso à educação. No caso específico dos negros, a lei era taxativa:

Art. 3º São proibidos de frequentar as escolas públicas: §1º: pessoas que padecem de moléstias contagiosas. §2º: os escravos e os pretos africanos, ainda que sejam livres ou libertos. (BRASIL, 1837, s/p.).

As mulheres também enfrentaram dificuldades ao longo do tempo antes que pudessem ter

acesso à educação formal. Esse acesso se deu somente em meados do século XIX, por meio de escolas particulares e com conteúdo programático diferente do que os homens aprendiam. Já o acesso da mulher ao ensino público só se deu em 1880, no Rio de Janeiro; e tinha a função de preparar a mulher apenas para as tarefas domésticas e para o magistério.

Aliado a isso, foi construído o discurso da vocação natural da mulher ao magistério. Médicos, pais, clero e governantes acreditavam que elas eram dotadas de ternura e outras qualidades “naturais” para os professores exercerem sua profissão. (FERNANDES, 2019, s/p.).

Portanto, nota-se que o desenvolvimento do sistema educacional brasileiro acompanhou, como não poderia deixar de ser, o contexto histórico do próprio país. Por séculos as leis que regulamentavam o ensino no país eram apenas as infraconstitucionais. O ensino público era visto tão somente como um amparo aos que não podiam ter acesso à educação por outras vias.

A presença do Estado na educação no período imperial era quase imperceptível, pois estávamos diante de uma sociedade escravagista, autoritária e formada para atender a uma minoria encarregada do controle sobre as novas gerações. Ficava evidenciada a contradição da lei que propugnava a educação primária para todos, mas na prática não se concretizava. (NASCIMENTO, 2006, s/p.).

Foi à partir do século XX que ganhou força a teoria de que o Estado deveria intervir de maneira mais efetiva para a garantia e a efetivação dos direitos considerados essenciais para o progresso e igualdade dos povos; o que deu origem aos conceitos de “Estado Social” e “Direitos Sociais”, como explica Pietro de Jesus Lora Alarcon.

A partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais começaram o processo de consagração dos direitos sociais ou direitos de segunda geração, que traduzem, sem dúvida, uma franca evolução na proteção da dignidade humana. Destarte, o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das carências mínimas, imprescindíveis, o que outorgará sentido à sua vida. (ALARCÓN, 2004, p. 19).

Nesse “grupo” de direitos sociais, além do direito à saúde, trabalho, habitação, repouso, saneamento, livre associação sindical e greve, está também o direito à educação. Direito este que só foi reconhecido constitucionalmente no Brasil em 1988.

Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988, s/p.).

Também foram aprovados, nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) conhecido como ECA, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996), também conhecida por LDB.

Considera-se que tanto o ECA, quanto a LDB foram precedidos por uma mobilização social que continha ânsias sociais, especialmente, no campo da educação e da democracia. Assim, ambas as leis influenciaram grandemente no novo posicionamento da educação pública que intentou o resgate da proteção dos direitos de crianças e adolescentes. (FERREIRA; SANTOS, 2014, p. 154).

Assim, a partir do momento em que o acesso passa a ser legalmente possível tanto para os mais abastados quanto para os menos favorecidos, a escola tem a difícil missão de colaborar na formação da cidadania nivelando, por assim dizer, o conhecimento oferecido a todos. A escola se torna, então, o campo de treinamento que prepara a criança para a vida em sociedade.

Normalmente a criança é introduzida ao mundo pela primeira vez através da escola. No entanto, a escola não é de modo algum o mundo e não deve fingir sê-lo; ela é, em vez disso, a instituição que interpomos entre o domínio privado do lar e o mundo com o fito de fazer com que seja possível a transição, de alguma forma, da família para o mundo. (ARENDT, 1972, p. 237).

Em contrapartida, a realidade mostra que, embora a escola deva ser uma geradora igualdade de oportunidades por meio da educação, os resultados ainda estão aquém do ideal. Negros e mulheres, por exemplo, ainda lutam por um espaço significativo no mercado de trabalho e, conseqüentemente, na distribuição de renda. Jornais, revistas, e as estatísticas apontam diariamente que a tão falada justiça social ainda está distante. Não seria isso uma prova da falha do sistema educacional brasileiro? O pesquisador José Sérgio Fonseca de Carvalho destaca que é grande o número de educadores que enxergam a escola não como uma colaboradora da igualdade, e sim como uma instituição que “privilegia os privilegiados”, numa clara inversão de valores em relação à sua função social. Não é um pensamento novo. Pierre Bordieu (1930-2002) trabalhou exatamente esse conceito na França dos anos 60. Para ele, as escolas - sob o pretexto de educar e formar cidadãos conscientes - apenas transmitem alguns conhecimentos de modo que em vez de promover e incitar o avanço social, o “status quo” seja mantido sem mudanças significativas.

Além de permitir à elite se justificar de ser o que é, a ideologia do dom, chave do sistema escolar e do sistema social, contribui para encerrar os membros das classes desfavorecidas no destino que a sociedade lhes assinala, levando-os a perceberem como inaptidões naturais o que não é senão efeito de uma condição inferior, e persuadindo-os de que eles devem o seu destino social (cada vez mais ligado ao seu destino escolar) à sua natureza individual e à sua falta de dom. (BORDIEU, 2007, p. 59).

Entretanto, Carvalho afirma que também há educadores preocupados em buscar saídas para que o quadro se reverta (ou ao menos se atenuar); e propõe até uma ruptura com os formalismos da cultura escolar e a adoção de um currículo mais adaptado aos alunos oriundos das classes populares, uma vez que são esses os que mais sentem a ineficiência do sistema. Por fim, o filósofo e pesquisador alerta para o caráter urgente dessas mudanças.

Em face de um quadro como esse, parece-me que é chegada a hora de se tecer um discurso alternativo que, a um só tempo, reconheça a crítica, mas a ela anteponha uma nova forma de pensar o compromisso da escola para com a igualdade. Uma igualdade que não se conceba como um resultado exterior ao próprio processo de escolarização, que não se forje pela escola, mas que se possa construir na escola; que não seja uma promessa para um futuro, mas uma experiência do presente. (CARVALHO, 2017, s/p.).

Desse modo, o ordenamento jurídico tratou o tema com o devido cuidado para que a

educação não tivesse um fim em si mesma, mas fosse dotada de uma teleologia capaz de nortear a sociedade.

Importa ressaltar que uma escola não representa, apenas, um espaço físico. A escola é uma extensão do corpo social e reproduz, por isso, suas mazelas e virtudes, que são, em última análise, as qualidades e defeitos do próprio ser humano. Pretende o ordenamento jurídico que a escola também aprenda, cresça e se habilite a conviver com os desafios trazidos para seu interior. (KUHLMANN; GRILO, 1995, s/p.).

A escola, portanto, é o espaço em que a pluralidade, a diversidade, e todas as consequências dessas condições melhor estão “espelhadas” para que a criança aprenda a se relacionar e se desenvolver enquanto pessoa. Assim, buscar outro caminho que não a escola para formar um cidadão, pode não resolver, mas sim agravar as desigualdades sociais que a educação, enquanto instrumento de solidificação da democracia, pode e deve combater.

O HOMESCHOOLING

A educação domiciliar, tal como se conhece hoje o *homeschooling*, teve início nos Estados Unidos da América em meados da década de 1960. O movimento, que surgiu influenciado por educadores vistos como progressistas, tem levado os pais a optarem por educar seus filhos fora do sistema público de ensino por razões genericamente ideológicas.

Essa metodologia de ensino tem no educador norte-americano John Holt (1923-1985) um de seus pioneiros. Crítico da escolarização compulsória, Holt via o *homeschooling* como uma forma de individualizar a aprendizagem, o que é inviável diante de um currículo padronizado. Além disso, para Holt, o ensino domiciliar não se daria de maneira formal. Os pais apenas estimulariam a curiosidade das crianças, uma vez que essa curiosidade é inerente e natural ao ser humano.

Crianças aprendem qualquer e todas as coisas que elas vêem. Elas aprendem onde quer que estejam, não somente em locais especiais de ensino (...) Nós podemos ajudar melhor as crianças a aprenderem, não decidindo o que nós achamos que elas devem aprender e pensando ingenuamente em como ensinar isso para elas; mas fazendo o mundo, tanto quanto podemos, acessível a elas, prestando séria atenção ao que elas fazem, respondendo suas questões – se eles tiverem alguma – e ajudando-as a explorar as coisas que mais lhes interessam (HOLT, 1989, p. 162).

A criança teria, desse modo, total autonomia de escolher o que quer aprender. Os processos sistematizados das instituições de ensinos não seriam mais necessários. Seria o indivíduo, adulto ou mesmo criança, quem decidiria o que aprender, quando aprender, e de que formar iria aprender.

Embora não tenha sido vinculado diretamente ao movimento do *homeschooling*, o pensador austríaco Ivan Illich (1926-2002) também se notabilizou por criticar instituições modernas, e entre elas a escola. Na clássica obra intitulada “Sociedade sem Escolas”, Illich é categórico em afirmar que o aprendizado ocorre, em sua maior parte, fora do ambiente escolar.

O sistema escolar repousa ainda sobre uma segunda grande ilusão, de que a maioria do que

se aprende é resultado do ensino. O ensino, é verdade, pode contribuir para determinadas espécies de aprendizagem sob certas circunstâncias. Mas a maioria das pessoas adquire a maior parte de seus conhecimentos fora da escola; na escola, apenas enquanto esta se tornou, em alguns países ricos, um lugar de confinamento durante um período sempre maior de sua vida. A maior parte da aprendizagem ocorre casualmente e, mesmo, a maior parte da aprendizagem intencional não é resultado de uma instrução programada. (ILLICH, 1985, p. 27).

Esses pensadores influenciaram as teorias usadas como base para questionar o sistema educacional moderno no processo de desenvolver a capacidade de ensino-aprendizagem dos alunos. Paralelo a isso, o *homeschooling* passou a crescer enquanto movimento, a ponto de estar presente atualmente em mais de 60 países, dentre eles o Brasil. Só nos Estados Unidos, a estimativa é de que 2,04 milhões de crianças sejam educadas em casa, o que faz o país ser considerado o que possui a maior população *homeschooling* do planeta. Há também um grande número de adeptos no Canadá, Reino Unido, África do Sul, Austrália e Nova Zelândia. André de Holanda Padilha Vieira ressalta o fato da maioria dos países que adotaram o método serem anglo-saxões.

Defendemos a hipótese de que a forte tradição jusnaturalista na história britânica (vide John Locke, Willian Blackstone e outros) tenha favorecido instituições protetoras e instâncias jurídicas favoráveis ao *parental rights*. Percebe-se também a ocorrência da educação em casa preponderadamente em países mais bem situados na escala do desenvolvimento humano e econômico, com poucos registros de famílias praticantes na América Central, do Sul, e no continente africano. (VIEIRA, 2012, p.13).

Nesses países a prática não é expressamente proibida por lei, uma vez que o *parental rights* (atribuição dos pais) implica justamente no direito que os pais têm de escolher – sem a intervenção do Estado – qual tipo de educação oferecerão aos seus filhos. Porém, em muitos deles a lei é omissa no que diz respeito ao tema. Nos Estados Unidos, por exemplo, apesar da ausência de uma regulamentação constitucional do *homeschooling* alguns Estados entendem que os pais possuem um direito natural de decidir se os filhos serão educados em casa ou na escola. (BREWER; LUBIENSKI, 2017, s/p.).

No Estado de Nova York, os pais que queiram adotar o *homeschooling* como modelo de ensino devem comunicar o superintendente do distrito escolar onde moram. Eles são obrigados a elaborar um plano de ensino e é o Estado quem determina as matérias e conteúdos temáticos para cada ciclo escolar. O aluno deve ainda frequentar, até três vezes ao ano, um estabelecimento que avalie o conteúdo aprendido em casa. (LORES, 2013, s/p.).

Entretanto, também há países em que o *homeschooling* é proibido. Na Alemanha há relatos de pais que foram multados e até perderam a custódia de seus filhos. Um exemplo é do casal alemão que enfrenta um processo judicial há anos, e já foi condenado a 90 dias de prisão em 2008 (DW BRASIL, 2019, s/p.). A Justiça alemã chegou a retirar as crianças do convívio dos pais para averiguar o nível educacional delas. A família entrou com ação junto à corte europeia em 2015. O

recurso, porém, foi rejeitado pela corte. Os quatro filhos só foram devolvidos à família depois que os pais concordaram em mandá-los à escola. Em um comunicado, a Corte Europeia afirmou que determinar a frequência escolar obrigatória das crianças não viola o direito fundamental dos pais, pois no que se refere à educação, a missão do Estado se equipara a dos pais. (BBC, 2019, s/p.)

Na Alemanha o ensino compulsório é positivado desde 1919, e o não cumprimento da lei prevê multas e até seis meses de prisão. As autoridades e tribunais alemães afirmam que o ensino compulsório serve para transmitir os valores democráticos da Constituição a todos. A isenção da educação compulsória por razões religiosas ou pedagógicas não existe no país. Há, apenas, raras exceções para doenças graves, filhos de diplomatas e, em casos excepcionais, para crianças que trabalham, como atores mirins. (DW BRASIL, 2019, s/p.)

No entanto, o exemplo mais emblemático vem da Suécia, onde o *homeschooling* também é considerado crime. Em 2009 o garoto Domenic Johansson, de sete anos e que praticava o *homeschooling*, foi tomado de sua família e passou a viver com uma família adotiva. Apesar da repercussão, e até mesmo de campanhas realizadas internacionalmente para que o governo devolvesse o garoto para o convívio dos pais, as autoridades não voltaram atrás. (HOME SCHOOL LEGAL DEFENSE ASSOCIATION, 2019, s/p.). Um ano após o episódio envolvendo Domenic, o governo do país aprovou a Nova Lei da Educação, que proíbe de vez esse tipo de ensino no país, exceto em casos excepcionais, como na Alemanha. A aprovação da lei fez com que inúmeras famílias suecas deixassem o país rumo à países vizinhos como a Finlândia, por exemplo, a fim de poder educar seus filhos em casa. (VIEIRA, 2012, p.14).

O ENSINO EM CASA E O DIREITO BRASILEIRO

O ensino domiciliar já foi incentivado no Brasil. Segundo Andrea Zichia, durante o Brasil Império, as províncias incentivavam o ensino doméstico mesmo com a previsão legal de que caberia ao Estado oferecer educação básica aos cidadãos. Zichia explica que o “incentivo” se dava pela falta de recursos das províncias para o provimento da educação escolar. “[...] o ensino foi declarado como totalmente livre em muitas províncias e os estabelecimentos particulares cresceram, subvencionados pelos cofres públicos” (ZICHIA, 2008, p.56). O sociólogo e pesquisador André Holanda Padilha Vieira também confirma essa informação.

No Brasil, mesmo após a construção de alguns prédios escolares, cabia aos pais o direito de escolher para os filhos a educação domiciliar ou a educação formal. Nesse contexto, pode-se observar que apenas uma pequena parcela da população buscava a educação formal. (VIEIRA, 2011, p.110).

Paralelo a isso, alguns pesquisadores atestam que, já naquela época, a obrigatoriedade do ensino básico era um tema que permeava as discussões políticas. Zichia, por exemplo, apontou que

foi a partir desse período que o cenário educacional se mostrou “marcado por muitos projetos, que focalizavam, sobretudo, os princípios da gratuidade, obrigatoriedade e liberdade de ensino” (ZICHIA, 2008, p. 106).

Sobre esse período histórico, Luciane Barbosa, que escreveu uma tese de doutorado sobre o *homeschooling* observou:

Essa relevância dada à educação indica que, ao mesmo tempo em que se pensava na compulsoriedade do ensino ou em formas de se obrigar os pais a educar os filhos, essa educação poderia ser dada não necessariamente na escola, mas também na própria casa, sendo esta escolha um direito dos pais. (BARBOSA, 2013, p. 139).

É claro que é preciso levar em conta o contexto político do Brasil Império. O conceito de “educação” naquela época não tinha a mesma prerrogativa dos tempos atuais. E isso talvez ajude a explicar o fato de se incentivar o ensino doméstico quando muitas das províncias não se viam com recursos suficientes para ofertar educação a todos.

É importante lembrar que, ao longo de todo o século XIX, a educação doméstica, na perspectiva de educação formalizada, era destinada às elites e que essas elites é que dela faziam uso. Constituía-se num diferente diferencial de lugar social ter um preceptor, um professor particular ou até algum membro da família que ministrasse aulas domésticas. Eram práticas características das elites e a literatura clássica do Brasil de Oitocentos também está marcada por afirmações referentes a personagens de camadas médias urbanas, que teriam tido educação nas formas anteriormente descritas, o que faria do personagem alguém com “possibilidades de ascensão social”. (VASCONCELOS, 2005, p.46).

À luz dos tempos atuais, portanto, é compreensível que a prática do *homeschooling* seja vista de maneira mais controversa do que um dia possa ter sido; embora o Brasil nunca tenha positivado nada nesse sentido. No entanto, mesmo após a Proclamação da República e o surgimento de novas propostas de um papel mais ideológico para o sistema educacional brasileiro, a forma como as leis eram dispostas davam a entender que o ensino doméstico era, sim, uma possibilidade aceitável, a exemplo do que se vê na Constituição Federal de 1937.

Art. 125. A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. (BRASIL, 1937, s/p.).

É de se notar, porém, que o texto constitucional de 1937 não excluía a importância do Estado. Este, como se vê no texto legal, agiria sempre, ainda que de forma subsidiária. Todavia, hoje em dia o ensino domiciliar no Brasil tem uma causa bem diferente daquela que “justificava” sua prática nos tempos do Império, que era a falta de escolas ou a não obrigatoriedade de matricular as crianças em escolas formais. Os motivos que levam os pais a buscarem o ensino domiciliar para seus filhos são outros, muito mais ligados às razões morais e ideológicas.

É uma forma que encontram de preservar os valores cultivados pelo núcleo familiar, privando seus filhos de terem acesso ao debate de temáticas de relevância social, como é o caso da recente questão referente às discussões de gênero no âmbito escolar. Pautados de argumentos apriorísticos de que estão protegendo os filhos, esses pais, na realidade, buscam

educar sua prole de forma a ignorar as diversidades e desigualdades que marcam a sociedade brasileira contemporânea. Absolutizam a autonomia privada e se apropriam do direito fundamental à educação dos filhos, privando-os de frequentar a escola. (COSTA; FREITAS, 2018, p. 217).

Os defensores do *homeschooling* também criticam o papel da escola enquanto local de socialização. Para eles, o que se vê atualmente no ambiente escolar é o oposto do que deveria ser uma socialização saudável para os filhos. A crítica é feita com base nos inúmeros casos de indisciplina, *bullying*, e agressões físicas entre alunos e até mesmo contra professores que são constantemente noticiados pela imprensa. (BOTO, 2018, s/p.).

Fato é que, desde 1988, tramitaram na Câmara dos Deputados pelo menos oito projetos de lei com o objetivo de regulamentar o ensino domiciliar no Brasil, além de uma emenda constitucional com o mesmo objetivo. (BARBOSA, 2013, p.168). Isso mostra que, embora o assunto tenha ganhado uma repercussão maior apenas nos últimos anos, o tema ensino domiciliar tem sido, mesmo que de tempos em tempos, foco de discussão no legislativo nacional.

Um dos mais recentes é o projeto de lei 3.179/2012, de autoria do deputado federal Lincoln Diniz Portela (Partido Republicano de Minas Gerais) que, na prática, acrescenta um parágrafo ao artigo 23 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei 9.349/96). A redação do §3º ficaria, então da seguinte forma:

[...] §3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normais locais. (BRASIL, 2012, s/p.).

No entendimento do autor do projeto, não haveria qualquer impedimento para que a formação do aluno seja feita em casa, desde que houvesse a garantia da qualidade do ensino, bem como o devido acompanhamento do órgão responsável. A escolha pela educação domiciliar ou escolar, portanto, caberia aos pais ou aos responsáveis diretos pela educação da criança.

A Comissão de Educação da Câmara dos Deputados, no entanto, foi a primeira a se posicionar sobre o mérito do tema abordado, e alegou a inconstitucionalidade do projeto. Um dos argumentos é de que a regulamentação do *homeschooling* no Brasil violaria o disposto no §3º do artigo 208 da Constituição Federal que “compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”. (BRASIL, 1988).

A Comissão argumentou ainda que, com a aprovação do projeto, os estudantes em educação domiciliar não teriam acesso aos processos pedagógicos desenvolvidos no ambiente escolar. Processos, estes, que trabalham a socialização e estimulam a convivência com as demais crianças de modo a promover a cidadania e coletividade.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 55 diz que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” (BRASIL, 1990). Não obstante, o mesmo Estatuto enfatiza essa obrigação ao dispor no artigo 129 que, além de matricular o aluno ou pupilo, os pais ou responsáveis devem acompanhar o desempenho dos alunos na escola.

Portanto, a maneira como a educação está regulamentada no país atualmente faz com que a matrícula da criança em uma rede regular de ensino seja um direito fundamental e, como tal, personalíssimo e indisponível. Os pais ou responsáveis que não cumprem o dever de acompanhar seus filhos ou pupilos, ou não os matriculam em uma rede de ensino, estão sujeitos às sanções na esfera cível que podem chegar até à suspensão do poder familiar; uma vez que estariam negligenciando um direito dos filhos.

É preciso lembrar ainda que a educação, embora seja um direito personalíssimo, não é um direito que diz respeito tão somente ao indivíduo. A educação, como já visto, se fundamenta e se justifica na função social que lhe é atribuída, e essas características dão a ela uma dimensão coletiva tal, que legitima o Estado a não somente fiscalizar o acesso e a qualidade a esse direito fundamental, como também a punir a sua não aplicabilidade. Ou seja: A educação de uma criança não pode ser vista como algo de interesse somente dos pais ou responsáveis. Trata-se de um direito de interesse público.

Não matricular o filho na escola é uma forma de negar ou limitar a regular prestação de serviço público educacional; é uma maneira de deslegitimar o direito de o Estado controlar e fiscalizar o processo ensino-aprendizagem; é absolutizar a autonomia privada dos pais em detrimento do direito fundamental à liberdade dos filhos; é um meio de interpretar restritiva e assistemicamente o direito fundamental à educação. (COSTA e FREITAS, 2018, p. 223).

O projeto de lei mais recente sobre o tema data de 2019, e foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo próprio Presidente da República. Trata-se do PL 2401/2019 que, na prática, altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional (LDB). Assim, o artigo 55 do ECA ficaria com a seguinte redação: “Art. 55. Os pais ou os responsáveis têm a obrigação de: I - matricular seus filhos ou seus pupilos na rede regular de ensino; ou II - declarar a opção pela educação domiciliar, nos termos da lei”. (BRASIL, 2019, s/p.).

Já o artigo 6º da LDB teria o texto alterado para:

Art. 6º. É dever dos pais ou dos responsáveis:

- I - efetuar matrícula das crianças na educação básica a partir dos quatro anos de idade; ou
- II - declarar a opção pela educação domiciliar, nos termos da lei. (BRASIL, 2019, s/p.).

Na minuta de apresentação do projeto, um dos argumentos para sua tramitação e aprovação junto ao legislativo foi de que

A educação dirigida pelos próprios pais ou responsáveis é uma realidade já consolidada em

muitos países, presente também no Brasil, embora, até o presente momento, de maneira informal. Pretende-se, com a proposição elaborada em conjunto pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e pelo Ministério da Educação, dispor sobre normas gerais sobre a matéria, estabelecendo-se condições para que as famílias possam regularmente exercer sua liberdade de opção por esse tipo de ensino. (BRASIL, 2019, s/p.).

Além das alterações no ECA e na LDB, o projeto prevê a isonomia entre os alunos de ensino domiciliar e os da rede regular de ensino, e que os pais se comprometam a assegurar a convivência familiar e comunitária dos filhos. Há ainda a previsão de uma avaliação anual do aprendizado do aluno feita pelo Estado, e até a perda da autorização dos pais em educar o filho em casa no caso de repetições consecutivas na avaliação de desempenho. (BRASIL 2019, s/p.).

Apesar de trazer no texto a garantia de que o aluno não terá seu processo de socialização prejudicado pelo ensino domiciliar, muitos educadores e estudiosos da área ainda não estão convencidos da viabilidade desse projeto. Um deles é Fernando de Araújo Penna, professor doutor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, que observou:

A privatização representada pela escolarização doméstica constitui uma grave ameaça a qualquer proposta de educação democrática, porque nega o interesse público em promover a formação de cidadãos que participem ativamente da vida da comunidade. Os pais que têm tempo e recursos para investir na escolarização doméstica dos seus filhos poderiam fazer o mesmo esforço para melhorar a situação das escolas públicas. A seu êxodo das escolas públicas compromete, portanto, a capacidade desta instituição de melhorar ao responder às pressões sociais vindas de pais insatisfeitos. (PENNA, 2019, p. 15).

Os críticos também questionam o preparo dos pais para ministrarem aulas para os filhos, e apontam falhas no texto do projeto em relação aos critérios estabelecidos para autorizar as famílias a praticarem o *homeschooling*.

Em sua justificativa, o PL Nº 2401/2019 indica, equivocadamente, estar em consonância aos dispositivos constitucionais, sem os considerar na totalidade, conforme abordado anteriormente. Segundo o PL Nº 2401/2019, a Educação Domiciliar visa o pleno desenvolvimento da pessoa. Entretanto, alguns questionamentos se fazem necessários no contexto de defesa de uma Educação Domiciliar em contexto desigual como o brasileiro: Como assegurar que os pais ou responsáveis tenham o devido preparo para a formação acadêmica de seus filhos? Como garantir a qualidade desse processo educativo? Tais questionamentos são importantes porque o PL Nº 2401/2019 não prevê exigência de formação específica para o atendimento educacional, sendo necessário apenas um cadastro, apresentação de documentos pessoais e de certidões de antecedentes criminais, entre outros documentos [...]. (WENDLER; FLACH, 2020, p.8).

Até a conclusão do presente artigo, o PL 2401/2019 ainda tramitava na Câmara dos Deputados, que criou uma Comissão Especial para avaliar o projeto juntamente com o PL 3.179/2012.

OS CASOS DE MARINGÁ, CANELA E O STF

Em 2007, na cidade de Maringá, norte do Paraná, um casal decidiu tirar os dois filhos da escola e educá-los em casa. A decisão, segundo eles, veio depois de concluírem que o ensino

oferecido tanto na rede pública quanto em uma escola particular onde as crianças estudaram estava aquém do que eles consideravam adequado. Somou-se a isso o fato das crianças presenciarem atos de indisciplina e até mesmo de agressões a professores. De acordo com os pais, o filho mais velho também teria sido agredido na escola (BRASIL, 2013, s/p.).

O Conselho Tutelar, então, denunciou o caso ao Ministério Público, que recomendou aos pais que rematriculassem os filhos na rede de ensino. No entanto, o MP reconsiderou a medida após ser convencido de que as crianças estavam sendo bem educadas em casa, onde já haviam sido alfabetizadas antes mesmo da idade escolar. As aulas eram ministradas pelo pai, que é pedagogo, doutor em Educação e professor na Universidade Estadual de Maringá, e pela esposa que também é pedagoga formada. Apenas as aulas de inglês e matemática eram dadas por professores particulares contratados. Com essa informação o próprio Ministério Público recomendou à Vara de Infância e Juventude que permitisse o ensino domiciliar das crianças de maneira assistida. Ou seja, o Núcleo Regional de Educação não só acompanharia o processo educacional das crianças, como formularia avaliações para atestar o aprendizado. Por fim, o judiciário acolheu o pedido e também determinou que uma psicóloga visitasse as crianças regularmente para ver como se dava o processo de socialização delas. O pai das crianças, Luiz Carlos Faria da Silva, explicou durante um discurso na Câmara dos Deputados em 12 de novembro de 2013.

Talvez, no nosso caso, tenha sido assim porque, fazendo as entrevistas com as crianças, visitando a nossa casa e dialogando comigo e com a minha esposa, eles puderam ver que os direitos das crianças - particularmente os direitos das crianças - estavam sendo respeitados. Então, no nosso caso, foi essa a direção. (BRASIL, 2013, s/p.).

Desde então Luiz Carlos Faria da Silva se tornou um defensor atuante do método *homeschooling*. Para ele, que também é um profissional da educação e trabalha diretamente na formação de professores, poder educar os filhos em casa e sem a necessidade da escola é um direito que, se possível, deve ser exercido pelos pais.

Nós nunca quisemos julgar os outros pais, julgar as situações particulares dos outros pais, nós quisemos exercer um direito. E exercer esse direito em colaboração com o Estado. [...] Quisemos afirmar o nosso direito, já que dispúnhamos de meios para isso e de capacidade para isso, de dar à educação dos nossos filhos a configuração que julgávamos adequada. (BRASIL, 2013, s/p.).

Outrossim, o caso da família Silva é uma exceção. De modo geral o ordenamento jurídico brasileiro tem se mostrado contrário ao ensino domiciliar. No ano de 2011 uma menina de 11 anos, moradora do município de Canela, no Rio Grande do Sul, foi retirada da escola pelos pais. Na ocasião, a Secretária Municipal de Educação de Canela negou o pedido dos pais que queriam educá-la em casa, e recomendou que eles a matriculassem em uma rede de ensino.

Insatisfeitos, os pais entraram com um mandado de segurança que foi negado tanto em primeira quanto em segunda instância. Em seu voto, o desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl,

do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul usou como jurisprudência um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, sobre um caso semelhante, ocorrido em Minas Gerais. Trata-se do acórdão 2001/0022843-7 STJ que diz:

Os filhos não são dos pais, como pensam os Autores. São pessoas com direitos e deveres, cujas personalidades se devem forjar desde a adolescência em meio a iguais, no convívio social formador da cidadania. Aos pais cabem, sim, as obrigações de manter e educar os filhos consoante a Constituição e as leis do País, asseguradoras do direito do menor à escola (art. 5º e 53, I, da Lei nº 8.096/90) e impositivas de providências e sanções voltadas à educação dos jovens como se observa no art. 129, e incisos, da Lei nº 8.096/90 supra transcritos, e art. 246, do Código Penal, que define como crime contra a assistência familiar "deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar", cominando a pena de "detenção de quinze dias a um mês, ou multa, de vinte centavos a cinquenta centavos. (BRASIL, 2005, s/p.).

O Desembargador, por fim, entendeu que não houve abuso de direito por parte do Estado em não respeitar o desejo dos pais de educar a filha em casa:

No caso em tela, a posição do impetrado não constitui abuso de direito. Está pautada no sistema educacional brasileiro, que não reconhece o ensino doméstico como uma das etapas da educação do país. Se esse método não tem reconhecimento legal, a impetrante não tem o direito de adotá-la como forma de ensino. Inexiste, portanto, a possibilidade jurídica do pedido. (RIO GRANDE DO SUL, 2013, s/p.).

Os pais da criança recorreram ao Supremo Tribunal Federal que, em 2018, se manifestou sobre o assunto e confirmou a decisão do TJ-RS ao negar o provimento do recurso com repercussão geral. No entanto, dentro da suprema corte houveram discordâncias sobre o tema. O Ministro Luís Roberto Barroso por exemplo, foi favorável ao provimento do recurso. Em seu voto como relator do recurso ele argumentou:

O Estado brasileiro é grande demais, ineficiente e aplica políticas públicas inadequadas e sem monitoramento; a educação básica é insatisfatória; o Estado é paternalista. [...] É constitucional a prática de ensino domiciliar a crianças e adolescentes em virtude da compatibilidade com finalidades e valores da educação infantojuvenil para evitar eventuais ilegalidades e garantir o desenvolvimento acadêmico e avaliar qualidade do ensino até que seja editada lei sobre tema com fundamento no artigo 209. (BRASIL, 2018, s/p.).

Também favorável ao provimento, o Ministro Edson Fachin afirmou que o Estado tem o dever de garantir o pluralismo de concepções pedagógicas e classificou o ensino domiciliar como um método de ensino que representa essa pluralidade e que, portanto, poderia ser escolhido pelos pais como forma de garantir a educação dos filhos. (BRASIL, 2018, s/p.).

Todos os demais ministros foram contrários ao provimento do recurso. O Ministro Alexandre Moraes destacou em seu voto que a aplicabilidade do direito à educação exige uma solidariedade entre o Estado e Família, de modo que nem um nem outro podem se eximir desta obrigação.

O texto constitucional não só prevê o dever solidário da Família/Estado/Sociedade na educação, exigindo a conjugação de seus esforços, mas também estabelece princípios, preceitos e regras aplicáveis a uma parte dessa educação lato sensu, que é exatamente o ensino. Esse conjunto constitucional obrigatório vale para o Estado e para a Família; vale

para o ensino oferecido pelo poder público ou pela iniciativa privada; ou seja, independentemente da espécie de ensino trilhada pela criança, pelo jovem, pelo adolescente, a Constituição Federal exige a observância de requisitos inafastáveis. (BRASIL, 2018, s/p.).

O ministro destacou ainda que a liberação do *homeschooling* “puro” ou “radical” - com total ausência do Estado - é contra o que prevê a Constituição Federal, explícita ao dispor que a educação é dever do Estado e da família. No entanto, o Ministro não vê como inconstitucional a aplicação de um *homeschooling* “utilitarista”, ou seja, feito com a devida fiscalização do Estado. Moraes, no entanto, acredita que mesmo para essa modalidade de ensino é preciso que haja uma regulamentação clara e específica em forma de lei.

Nesse sentido, em que pese não ser vedado, ainda não foi criado e regulamentado por lei, e, consequentemente, não poder ser aplicado às crianças, jovens e adolescentes. Peço vênia, portanto, ao eminente Ministro Relator, mas voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”. (BRASIL, 2018, s/p.).

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, trouxe em seu voto uma outra visão. Para ele, o ensino domiciliar deve ser adotado não como um método substitutivo ao escolar, e sim complementar. Considerou também que este método de ensino é, normalmente, requerido por famílias com maior poder aquisitivo, o que poderia provocar uma maior polarização social e elitismo. Dessa forma ele também votou contra o provimento do recurso além de julgá-lo totalmente inconstitucional. (BRASIL, 2018, s/p.).

Ao final, a ideia de que a Constituição da República estabeleceu uma relação de solidariedade entre Estado e família prevaleceu, bem como a necessidade de uma lei que regulamente o ensino domiciliar aplicado sob a tutela do Estado. O acórdão foi publicado em 21 de março de 2019, e a ementa em questão diz:

A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente 29 pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino [...]. (BRASIL, 2018, s/p.).

Assim que teve acesso à decisão, a Associação Nacional de Educação Domiciliar opôs embargos de declaração ao acórdão (BRASIL, 2018, s/p.). No entanto, por unanimidade de votos dos ministros, os embargos foram rejeitados.

A AUTONOMIA DOS PAIS NA EDUCAÇÃO DOS FILHOS

Os que defendem a prática do *homeschooling* se apoiam na prerrogativa da liberdade de ensino. Porém, é preciso analisar de forma cuidadosa esse conceito. Afinal, seria a “liberdade de ensino” a possibilidade dos pais escolherem deliberadamente a forma como a criança será educada? Ou será que essa liberdade não deveria ser dada mediante alguns critérios pré-estabelecidos pelo Estado? Sobre isso, Waldemar Martins considera que

[...] O adulto em estado de educação permanente faz a sua escolha; a família faz a opção pelo menor. A fim de que a escolha não seja privilégio de poucos, o Estado cria condições de sua efetivação, quer abrindo suas escolas, quer destinando subsídios – sob cautelas – para a manutenção do pluralismo escolar, quando os responsáveis são idôneos. (MARTINS, 1976, p.7).

O argumento de Martins se firma, como se pode ver, não apenas na responsabilidade do Estado em oferecer educação a todos, mas também no objetivo da escola, já tratado em capítulos anteriores, que é o de promover equidade e a justiça social. A liberdade de ensino, portanto, adota aqui um conceito mais estrito do que o usado por muitos que defendem o *homeschooling*. Não se trata simplesmente de escolher se o filho vai ou não para a escola, mas sim de um outro tipo de liberdade. De acordo com o próprio Martins, essa liberdade de escolha pode ainda se referir à liberdade de cátedra, na qual os mestres ensinam o que sabem e os alunos aprendem o conteúdo sem o medo de serem censurados. Nota-se, portanto, que a “liberdade de ensino” no sentido amplo do termo não existe. Se assim fosse, segundo Martins, não seria uma “liberdade”, mas sim uma liberalidade ou mesmo uma desordem. O que não quer dizer, porém, que o “controle” exercido pelo Estado seja um monopólio.

A liberdade de ensino, nesse sentido, se opõe a todo o tipo de monopólio escolar, que pode ser exercido tanto pelo Estado, como por qualquer outra instituição (...) elevá-la à categoria de princípio absoluto, sem exigências em prol do bem comum, seria permitir a implantação da anarquia escolar. (BARBOSA, 2013, p.136).

Todavia, um dos principais argumentos usados por aqueles que são favoráveis ao método *homeschooling* é o da autonomia dos pais na educação dos filhos. Com base nessa prerrogativa, os pais alegam possuir total liberdade de decidir como e onde os filhos serão educados. Isso não quer dizer, necessariamente, que a liberdade dos pais exclua a participação do Estado no processo educacional. Porém, os defensores do ensino domiciliar defendem que aos pais cabe a primazia da escolha acerca da educação formal dos filhos. Aliás, essa é a principal causa da Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED).

Não nos posicionamos contra a escola, mas entendemos que, assim como os pais têm o dever de educar, têm também o direito de fazer a opção pela modalidade de educação dos filhos. Defendemos portanto, a liberdade, e a prioridade da família na escolha do gênero de instrução a ser ministrado aos seus filhos. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR, 2020, s/p.).

O argumento da ANED é, segundo a própria Associação, com base No artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que, no §3º dispõe que “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948). Eles também buscam fundamento legal no atual Código de Direito Civil que a esse respeito dispõe: “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação;” (BRASIL, 2002, s/p.).

Outrossim, a doutrina e a jurisprudência olham essa questão por uma outra perspectiva. A educação é um direito indisponível da criança, de modo que a liberdade ou a autonomia dos pais em relação ao processo educacional dos filhos é limitada justamente para que tal direito seja preservado. E é nesse sentido que os doutrinadores tem interpretado os artigos acima citados. Sobre isso Penna escreveu:

O artigo 26 da Declaração Internacional de Direitos Humanos afirma que aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos, mas é importante compreender que este não é um direito absoluto. As crianças não são como um objeto com o qual o seu proprietário pode fazer o que bem entender. Os pais não são a única autoridade a decidir como uma criança será criada, justamente porque a nossa sociedade compreende que o bem-estar dos jovens é uma questão pública, que diz respeito a toda a sociedade e, portanto, deve ser objeto de decisões coletivas. Nossa sociedade decidiu que ninguém, mesmo os pais, pode colocar a vida de crianças em risco, e por isso as famílias estão sujeitas a uma série de restrições que visam protegê-las. Qualquer violação dos direitos das crianças e dos adolescentes provocaria uma intervenção do estado no sentido de proteger esses direitos. (PENNA, 2019, p. 14).

Destaca-se, ainda, que essa “competência” que a lei atribui aos pais em dirigir-lhes a educação, é a de mediar o acesso dos filhos ao ensino formal. Ensino este, normatizado por um dever do Estado, conforme a LDB.

Art. 8º.[...] §1º. Caberá à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais. (BRASIL, 1996, s/p.).

Nota-se, porém, que aquilo que o Estado vê como “garantia de um direito da criança” ao clamar para si a obrigação de estabelecer critérios e metodologias de educação formal, os defensores do *homeschooling* enxergam como “cerceamento da liberdade dos pais”. Não à toa, a pauta do Projeto de Lei 2401/2019, apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, foi liderada pela Secretaria Nacional da Família, ligada ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. O Ministério da Educação (MEC) atuou no projeto, mas como coadjuvante. Em

uma entrevista ao portal Nova Escola, Ângela Vidal Granda Martins, advogada e chefe da Secretaria Nacional da Família afirmou:

Uma demanda das famílias brasileiras é a possibilidade do *homeschooling* e entendemos isso como um direito humano. A preocupação deste ministério não é com uma política educativa. É a liberdade dos pais como protagonistas na condução da Educação de seus filhos. Por isso, a gente achou conveniente viabilizar esse direito. Fizemos isso em conjunto com o MEC porque para conseguir a regulamentação para prática do direito, precisamos do MEC. Mas este ministério achou como boa medida que a Secretaria da Família fortalecesse a liberdade dos pais na escolha do sistema educativo dos seus próprios filhos [...] Nós não defendemos, em absoluto, o *homeschooling* como melhor sistema [de Educação]. Mas a gente vê que os pais têm que ter esse direito porque é uma forma que pode ser eficaz, não é ilícito ou errado... é a liberdade. Então, por quê não? Nós vemos os pais como primeiros protagonistas na Educação dos filhos. (MARTINS, 2019, s/p.).

Porém, ainda que o próprio Poder Executivo, enquanto autor do projeto, seja favorável à primazia dos pais na forma de educar seus filhos, nota-se que a liberdade ou autonomia para a aplicação do ensino domiciliar proposta por meio do Projeto de Lei 2401/2019, não é plena. Ou seja, não se trata aqui do *homeschooling* “puro”, este sim visto como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por não prever a presença do Poder Público. Trata-se de um ensino domiciliar supervisionado pelo Estado, assim como em alguns estados norte-americanos, por exemplo. Sobre isso, a Secretária Nacional da Família destacou:

É responsabilidade dos pais a matrícula, bem como fazer um planejamento de estudos dentro da Base Nacional Comum Curricular e encaminhar seu conteúdo e o cronograma para o MEC e garantir a vida comunitária. A liberdade se dá também com confiança. O controle pode até afogar essa liberdade. Estão previstos prazos que são razoáveis e que não sufocam os pais. Ao mesmo tempo, também há opções no Artigo 11 que dão aos pais a possibilidade de serem mais acompanhados e poderem fazer avaliações formativas ao longo do ano. (MARTINS, 2019, s/p.).

Percebe-se, portanto, que – à luz do direito e mesmo com a regulamentação do Projeto de Lei 2401/2019 - o Estado jamais se fará ausente do processo educacional das crianças e adolescentes; pois ainda que estes sejam filhos dos pais ou responsáveis, eles também são cidadãos do Estado. Daí a responsabilidade compartilhada entre o poder privado dos pais e o poder público do Estado. Ademais, além da educação formal há também a educação informal ou “não formal”. Ou seja, aquela que acontece fora do ambiente escolar. E sobre esta última não se discute a primazia dos pais.

Às famílias, naturalmente, compete a educação informal, a qual se inicia com o nascimento da criança e sua inserção na sociedade através de seus genitores. Essa forma de educação se dá por meio dos princípios éticos e morais pelos pais determinados, assim como por preceitos religiosos, pelas noções de justiça e outros tantos conhecimentos transmitidos pelo núcleo familiar. (VIEIRA, 2011, p. 108).

Desse modo, é possível deduzir que – na prática, o que os simpatizantes do *homeschooling* esperam é que o ensino domiciliar seja incluído como uma das modalidades de ensino permitidas e regulamentadas pelo Estado, de modo que a autonomia dessas famílias seja limitada tão somente à

escolha desse método de ensino em detrimento de matriculá-los em escolas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dados extraoficiais apontam para um crescimento contínuo na prática do *homeschooling* no Brasil. A Associação Nacional de Ensino Domiciliar, em sua página oficial, afirma que até o ano de 2018 haviam 7.500 famílias educadoras. No total seriam 15 mil estudantes adeptos do *homeschooling*. Um crescimento de 2000% nos últimos oitos anos.

No entanto, ao longo do exposto o presente trabalho, é evidente a divergência de opiniões entre aqueles que defendem o ensino domiciliar e as decisões do Estado acerca do tema até o presente momento.

Evidente também é a percepção de que, ainda que o Estado venha a regulamentar a prática do *homeschooling* no país, não deixará de fiscalizar e supervisionar o novo e crescente método.

A Legislação brasileira, bem como a doutrina e a jurisprudência, tem afirmado que a Educação é um compromisso da família e do Estado, e ambos devem proporcionar tal direito, de modo que não se pode afirmar que se trata de um campo tão somente do direito privado ou do direito público. Ao Estado, o dever de garantir o direito da criança a uma escola pública de qualidade, e estabelecer critérios para que a aprendizagem seja de acordo com aquilo que se espera de uma sociedade democrática. Aos pais, o dever de transmitir valores éticos, morais e religiosos, a fim de que sejam indivíduos capazes de conviver em sociedade e dotados de respeito e dignidade.

Embora a divergência se dê pelo fato de muitos pais acusarem a ineficácia do Estado no cumprimento de seu papel, a educação (a julgar pelo texto constitucional) jamais deixará de ser uma responsabilidade do Poder Público, uma vez que se trata de um direito fundamental do ser humano e, como tal, indisponível.

Assim, mais do que simplesmente regulamentar o ensino domiciliar, é preciso que se tenha definido o lugar que o *homeschooling* vai ocupar enquanto modalidade de ensino. Como é que se vai avaliar as condições da família para saber se ela tem condições (financeiras e intelectuais) de aplicar o *homeschooling*? E se, em caso de reprovação nas avaliações feitas pelo Estado, o aprendizado do aluno for culpa da ineficiência dos professores domésticos? Quem vai recuperar o tempo perdido da criança? São perguntas simples, mas com respostas complexas. E são essas complexidades que fazem do tema um assunto tão polêmico e controverso.

O *homeschooling*, de fato, não resolve os problemas da educação convencional. Talvez seja uma alternativa para os pais frustrados com a alegada má qualidade da educação ofertada pelas escolas. Mas essa alternativa pode se mostrar ineficaz caso não esteja muito bem regulamentada e sua prática não seja devidamente supervisionada e fiscalizada.

Portanto, há que se ter cuidado ao discutir a aprovação de uma nova metodologia de ensino, porque lida diretamente com aprendizado e formação de indivíduos. Há que se cuidar para que, aquilo que se apresenta como uma solução pontual, não venha a se tornar no futuro um problema a mais para o Estado resolver.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENSINO DOMICILIAR. Breve **Histórico da Aned**. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/sobre-nos/breve-historico-da-aned>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

ARENDT, Hannah. A crise na educação. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1972, (Between past and future): 1961.

BARBOSA, L. M. R. **Ensino em casa no Brasil**: Um desafio à escola? São Paulo. Universidade de São Paulo, 2013.

BOURDIEU, P. **O Capital Social**: Notas Provisórias. Escritos de educação. Organizadores Maria Alice Nogueira e Afrânio Catani. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 41-64.

BOTO, Carlota. “Homeschooling”: a prática de educar em casa. **Jornal da USP**, 2018. Disponível em <<https://jornal.usp.br/artigos/homeschooling-a-pratica-de-educar-em-casa/>>. Acesso em 17 set. 2019.

BRASIL. Câmara Federal. **Discursos e Notas Taquígrafas**, 12 de novembro de 2013. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/textoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=1931/13&nuQuarto=0&nuOrador=0&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=14:30&sgFaseSessao=&Data=12/11/2013&txApelido=EDUCA%C3%87%C3%83O&txFaseSessao=Audi%C3%Aancia%20P%C3%BAblica%20Extraordin%C3%A1ria&txTipoSessao=&dtHoraQuarto=14:30&txEtapa=>>> Acesso em 04 fev. 2020.

_____. Câmara Federal. **Projeto de Lei 3.179/2012**. Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0FF277D8C9A7EAA68E90DA9BE373E12D.node2?codteor=966871&filename=Avulso+-PL+3179/2012>. Acesso em: 02 out. 2019.

_____. Câmara Federal. **Projeto de Lei nº 2401/2019**. Dispõe sobre a Educação Domiciliar. Brasília: Câmara Dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32D5893B96EC978CB125106A06D00299.proposicoesWebExterno2?codteor=1734553&filename=PL+2401/2019>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. [Constituição (1937)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 10 de novembro de 1937**. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Lei n. 1, de 1837. **Sobre Instrução Primária**, Rio de Janeiro (RJ), 1837. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/asphe/article/viewFile/29135/pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 dez. 2019.

_____. Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 05 jul. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 7407 DF 2001/0022843-7**. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Dj: 21 de maio de 2005. Jusbrasil 2005. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121865/mandado-de-seguranca-ms-7407-df-2001-0022843-7>> Acesso em: 05 de fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF nega recurso que pedia reconhecimento de direito a ensino domiciliar**. Notícias STF, 12 set. 2018. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496>> Acesso em: 21 de fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 888815**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Decisão em: 12/09/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE888815mAM.PDF>> Acesso em: 21 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 888815**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Decisão em: 12/09/2018. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20888815&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>> Acesso em: 21 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 888815**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Decisão em: 12/09/2018. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>> Acesso em: 21 fev. 2020.

BREWER, T. Jameson; LUBIENSKI, Christopher. Homeschooling in the United States: Examining the Rationales for Individualizing Education. **Pro-Posições**, Campinas, v. 28, n. 2, p. 21-38, Aug, 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373072017000200021&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 fev. 2020.

CARVALHO de JSF. Escola e Igualdade. In: **Revista Educação**, Ed 242, set. 2017. Disponível em <<https://revistaeducacao.com.br/2017/09/19/escola-e-igualdade-3/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

ENSINO DOMICILIAR: Os pais alemães que tiveram os 4 filhos tomados por autoridades ao insistir em educá-los em casa. BBC, 11 de março de 2019. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47491298#:~:text=A%20educa%C3%A7%C3%A3o%20domiciliar%20%C3%A9%20proibida,educar%20seus%20filhos%20desse%20modo.>> Acesso em: 10 out. 2019.

FERREIRA, C.S; SANTOS, E.N. **Políticas Públicas Educacionais**: Apontamentos sobre o direito social da qualidade na educação. Revista Labor, nº 11, v.1. Fortaleza. UFC, 2014.

FERNANDES, Fernanda. **A História da Educação Feminina**. MultiRio 2019. Disponível em <<http://www.multirio.rj.gov.br/index.php/leia/reportagens-artigos/reportagens/14812-a-hist%C3%B3ria-da-educa%C3%A7%C3%A3o-feminina>>. Acesso em: 03 out. 2019.

HOLT, John. **Aprendendo o Tempo Todo**. Campinas: Versus, 1989.

HOME SCHOOL LEGAL DEFENSE ASSOCIATION. **Johansson Fact Sheet**, 30 de outubro de 2019. Disponível em <<https://hsllda.org/post/johansson-fact-sheet>> Acesso em: 02 fev. 2020.

ILLICH, Ivan. **Sociedade Sem Escolas**. Vozes, 1985.

JUSTIÇA EUROPEIA REJEITA APELO DE FAMÍLIA ALEMÃ POR ENSINO DOMICILIAR. DW Brasil, 10 de janeiro de 2019. Disponível em <<https://www.dw.com/pt-br/justi%C3%A7a-europeia-rejeita-apelo-de-fam%C3%ADlia-alem%C3%A3-por-ensino-domiciliar/a-47025035>>. Acesso em: 10 out. 2019.

KUHLMANN, S.R.D.; GRILO, V.T.M, O Direito de Permanência da Escola. **Revista Igualdade**, v.3, n.9, out./dez de 1995. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-131.html>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

KUNZMAN, R. **Educação, Escolaridade e Direitos Da Criança**: a complexidade da educação em casa. Teoria da Educação, 2012.

LORES, R.J. Educação Domiciliar tem 2 milhões de Adeptos nos Estados Unidos. Folha de São Paulo, 28 de maio de 2013. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/paywall/signup.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2013/05/1285622-educacao-domiciliar-tem-2-milhoes-de-adeptos-nos-estados-unidos.shtml>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

MARTINS, W.V. **Liberdade de Ensino**: Reflexões a partir de uma situação no Brasil. São Paulo: Edições Loyola, 1976.

MARTINS, A.V.G. [Entrevista concedida a] Laís Semis. Nova Escola, 25 de abril de 2019. Disponível em <https://novaescola.org.br/conteudo/17088/nao-defendemos-o-homeschooling-como-melhor-sistema-mas-os-pais-tem-que-ter-esse-direito#_=_>. Acesso em: 04 abr. 2020.

NASCIMENTO, M.I.M. **O Império e as primeiras tentativas de organização da Educação Nacional (1822-1889)**. Navegando na História da Educação Brasileira. Campinas. UNICAMP, 2006. Disponível em <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/periodo_imperial_intro.html>. Acesso em: 15 set. 2019.

PENNA, F.A. **A Defesa da “Educação Domiciliar” através do ataque à Educação Democrática**: A especificidade da escola como espaço de dissenso. Linguagens, Educação e Sociedade. Ano 24, N. 42. Teresina. UFPI, mai./ago 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **APELAÇÃO CÍVEL: AC 70052218047**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 16 de maio de 2013. TJRS, 2013. Disponível em < https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 05 fev. 2020.

VASCONCELOS, M.C.C. **A Casa e os seus Mestres**: A Educação no Brasil de 800. Rio de Janeiro, Gryphus, 2005.

VIEIRA, A.H.P. **Escola? Não, Obrigado**: Um retrato da homeschooling no Brasil. Brasília. Universidade de Brasília, 2012. <http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/escola.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

VIEIRA, G.M.P. **Limitação à Autonomia Privada Parental na Educação dos Filhos**. Belo Horizonte. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

WENDLER, J.M.; FLACH, S.F. **Reflexões sobre a proposta de Educação Domiciliar no Brasil**: o Projeto de Lei Nº 2401/2019. Práxis Educativa, Ponta Grossa, v. 15, e2014881, p. 1-13, 2020. Disponível em: <<https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14881>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

ZICHIA, A.C. **O Direito a Educação no Período Imperial**: Um Estudo de suas Origens no Brasil. São Paulo (SP). Universidade Estadual de São Paulo, 2008.

NECROPOLÍTICA TRANS: A INVISIBILIZAÇÃO DA SUBJETIVIDADE TRANS NO CÁRCERE

Luiza Martins de SOUZA¹
Maria Eduarda Antunes da COSTA²

RESUMO

A fim de trazer à luz a necessidade da visibilidade, do debate político e do estudo acadêmico acerca das pessoas transexuais no Brasil, o presente trabalho entrelaça elementos do feminismo, da filosofia e do direito, demonstrando através de uma perspectiva interseccional como o conceito de necropolítica de Achille Mbembe se materializa no sistema penitenciário brasileiro, que ameaça, massacra e expõe a população transexual encarcerada a inúmeras violações de direitos, podendo culminar até mesmo em suas mortes. Entende-se que a inércia estatal não é mera coincidência, tratando-se na verdade da efetivação de uma forma de gestão da população carcerária trans que impõe a marginalização e precarização dessas vidas a tal ponto que estas deixam de importar, de modo que suas mortes representam, antes de tudo, um alívio àqueles que se negam a reconhecer sua existência como digna de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Transexualidade. Cárcere. Identidade de gênero. Direitos Fundamentais. Necropolítica Trans.

ABSTRACT

In order to point out the need for visibility, political debate, and academic study about transsexual people in Brazil, this work interweaves elements of feminism, philosophy, and law, demonstrating through an intersectional perspective how Achille Mbembe's concept of necropolitics materializes in the Brazilian penitentiary system, which threatens, massacres, and exposes the imprisoned transsexual population to countless violations of rights, and may even culminate in their deaths. It is understood that the state inertia is not a coincidence, in fact it is the effectuation of a form of management of the trans prison population that imposes the marginalization and precariousness of these lives to the point that they no longer matter and their deaths represents, first of all, a relief to those who refuse to recognise their existence as being worthy of rights.

KEYWORDS: Transexuality. Penitentiary system. Gender identity. Fundamental Rights. Transsexual Necropolitics.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é o país que mais mata pessoas transexuais. Somente no ano de 2019 foram 124 transexuais, homens e mulheres, assassinados. É o que diz o “Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019”, elaborado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA) em parceria com o Instituto Brasileiro Trans de

1 Graduanda quartanista em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Participou de estágios voluntários na 1ª e 2ª Promotoria na Comarca de Jacarezinho. Atualmente é estagiária no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Atua, ainda, como bolsista voluntária do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ).

2 Acadêmica do curso de Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2022). Estagiária voluntária no Gabinete do Juiz Criminal de Jacarezinho. Bolsista da Fundação Araucária no Projeto de Extensão "Escritório Modelo Itinerante UENP: Acesso à Justiça na Cadeia Pública de Jacarezinho".

Educação (IBTE). A pesquisa mostra o país no primeiro lugar de um ranking cruel, e demonstra claramente o impacto de uma cultura binarista que tem por efeito a precarização de vidas não-binárias, levando até mesmo à morte.

É nítida a negação existencial que essas pessoas sofrem pela esmagadora maioria da população, demonstrando que as opressões que sofrem vão muito além dos preconceitos na infância, envolvendo problemas no núcleo familiar e até mesmo um trágico fim na prostituição. As opressões são inúmeras e perduram por toda a vida da pessoa transexual, que, ressalte-se, via de regra, costuma ser curtíssima. Se a expectativa de vida média da população brasileira em geral é de 76 anos, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2018, estudos feitos por associações e instituições não governamentais apontam que a expectativa de vida da pessoa transexual é de 35 anos, e é bastante razoável inferir que o grande número de assassinatos dessas pessoas exerce significativa influência nos resultados desses estudos.

Ainda segundo o dossiê, somente 4% da população transexual feminina se encontra formalmente empregada e apenas 6% estão em atividade informais ou subempregos. A grande maioria encontra formas de sobrevivência na prostituição: 90% da população de travestis e mulheres transexuais utilizam a prostituição como fonte de renda.

A invisibilização da população transexual brasileira é alarmante em face da realidade massacrante vivenciada todos os dias por homens e mulheres trans. Ao pesquisar sobre o tema nas mais diversas plataformas, mostra-se patente a escassez de produções acadêmicas, informações, dados, estatísticas e estudos que tratem especificamente das situações enfrentadas pela população transexual no Brasil.

Outra face de invisibilidade da população transexual se manifesta na esfera jurídica. Desde 2006 vigora em todo território nacional a Lei n.º 11.340/06, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”. Sua elaboração é certamente uma vitória histórica para as mulheres brasileiras, que sentiram-se mais protegidas contra situações de violência doméstica – embora não se possa deixar de apontar para o fato de que essa sensação possa não ser em razão da eficácia da norma, mas sim um resultado do efeito simbólico que ela produz.

Ao analisar os efeitos da promulgação da Lei Maria da Penha no que tange às mulheres transexuais, nota-se a escassez de precedentes e jurisprudências sobre a temática, demonstrando mais uma vez o efeito simbólico que o Direito Penal pode produzir. Para as mulheres trans, pode demonstrar esperança de mudanças concretas e mais segurança. Mas não é o que se enxerga no campo material. A exemplo do estado do Paraná, que somente no ano de 2019, por determinação da Juíza Vanessa Villela de Biassio, concedeu medida protetiva em favor de mulher transexual, reconhecendo-a como detentora dos direitos presentes na Lei Maria da Penha. O surgimento tardio

de um precedente como esse acaba por denunciar como o Estado, nas esferas legislativa e judiciária, não tem conseguido garantir a integridade e dignidade da população transexual, nem mesmo com o advento de novas leis ou sua efetiva aplicação.

A esfera judiciária também relaciona-se com a esfera executiva quanto à marginalização e ao descaso com a população transexual. Ao pesquisar sobre políticas, consultas ou debates públicos do Poder Executivo sobre essa parcela populacional, é possível encontrar recente relatório divulgado neste ano: “LGBT nas prisões: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”. Apesar de não tratar especificamente da população transexual e abarcar a sigla LGBT, há inúmeros relatos de transexuais sobre as mais diversas agressões sofridas provocadas por outros detentos, agentes penitenciários e até mesmo por terceiros no curso de seus processos .

Através de uma perspectiva teórica de investigação crítica construtivista e utilizando-se também do método dedutivo para a análise dos dados e informações levantados, parte-se de uma perspectiva interseccional para se analisar a materialização de uma necropolítica estatal intencional, voltada à negação da existência e dos direitos de pessoas trans, apontando-se especificamente as opressões mortais sofridas pelas mulheres transexuais que se encontram cumprindo pena em regime fechado em prisões binaristas e heteronormativas.

2. A NECROPOLÍTICA DE ACHILLE MBEMBE

Explorando o conceito de biopoder desenvolvido por Michael Foucault, o autor nigeriano Achille Mbembe apresenta os elementos do que ele chamou de “necropolítica”. Na obra “Em Defesa da Sociedade”, Michel Foucault (1976) preceitua que o biopoder funciona dividindo a população em dois grupos: aqueles que devem viver e aqueles que devem morrer, para assim exercer uma censura biológica entre uns e outros. Achille apresenta a conclusão foucaultiana da seguinte forma: “Foucault afirma claramente que o direito soberano de matar (*droit de glaive*) e os mecanismos de biopoder estão inscritos na forma em que funcionam todos os Estado modernos”. (MBEMBE, Achille; 2016, p. 19)

Para Mbembe (2016), o conceito de biopoder de Foucault está ligado aos conceitos de estado de exceção e de estado de sítio, tornando a relação de inimizade e o estado de exceção as bases normativas do direito de matar. A manutenção do poder só é possível mediante a produção da exceção, da emergência e de um inimigo ficcional.

Nessa senda, Foucault explora como a figura do inimigo é construída a partir do destacamento de certas características “biológicas”, intitulado essa forma de construção discriminante institucionalizada como de “racismo de Estado”.

A partir da chave de leitura foucaultiana, Achille faz notar que tais pontos são marcantes na modernidade, fazendo com que a população perceba em um “Outro” uma ameaça contra a própria vida, um perigo absoluto que precisa ser eliminado para potencializar a vida individual e a segurança coletiva. Sobre o racismo de Estado, afirmam BOMFIM, SALLES e BAHIA:

as ações políticas denominadas, como a eleição de um grupo como privilegiado e de outro como subgrupo, são intituladas racismo de Estado, visto que estas definem sobre quem (seletivamente) irá exercer o seu direito de matar. (2019, p. 05)

A manutenção no imaginário da massa populacional de um inimigo comum menos digno e respeitável transcende a ideia de reinserção social ou reeducação daquele que transgride normas sociais. Trata-se de uma verdadeira obstinação à proteção contra esse ser, que, sob a construção de diferenciações de cunho pretensamente biológicas, é visto como um inimigo e, por essa razão, deve ser eliminado.

Surgem, neste ínterim, “formas de crueldade mais íntimas, sinistras e lentas” (MBEMBE, 2016, p. 23), a fim de definitivamente eliminar e amedrontar o inimigo e todo aquele que apresentar semelhança com as características biológicas que os distinguem. Essa política de morte institucionalizada, a necropolítica, só é possível por conta desse anseio pelo extermínio do inimigo, admitindo-se assim as mais absurdas ações estatais em nome de uma segurança ilusória, desde o exercício de uma política que efetivamente direciona o seu direito de matar até a negligência na implementação de políticas públicas para determinados grupos, (BOMFIM, SALLES E BAHIA, 2019).

A “capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é ‘descartável’ e quem não é” (MBEMBE, 2016, p. 41) é o que conceitua a soberania. Assim, é através de sua soberania que o Estado institucionaliza a existência de um inimigo comum a fim de legitimar a marginalização e opressão do determinado grupo que tem sua vida e dignidade desvalorizadas a ponto de até mesmo sua morte ser invisibilizada. Dessa forma, o Estado soberano institucionaliza e legitima o poder de morte em suas mãos, subjugando vidas à resistência, ao sacrifício e ao terror, sendo o conceito de biopoder de Michel Foucault insuficiente para entender as formas contemporâneas de submissão da vida ao poder de morte.

2.1. Necropolítica trans: um novo e necessário conceito

O conceito de necropolítica de Mbembe é claro ao reconhecer que as práticas de morte estatais podem se manifestar através dos mais variados meios, não restringindo-se somente ao puxar de um gatilho que efetivamente mata alguém. A necropolítica encontra-se disfarçada e na maioria das vezes passa despercebida aos olhos comuns; a inserção de políticas sutis de silenciamento e a

negligência estatal justificada por falta de subsídios ou condições estruturais levam inúmeros grupos sociais à morte.

Historicamente, as pessoas transexuais no Brasil sofrem uma violência que sempre foi normalizada. A primeira cirurgia de redesignação sexual ocorreu em meio à ditadura militar, em 1971, e culminou na prisão do Dr. Roberto Farina, responsável pelo procedimento, pelo crime de lesão corporal. Ressalte-se que somente em 1997, 26 anos depois, é que o Conselho Federal de Medicina apresentou resolução regulamentando a cirurgia de transgenitalização.

Como demonstração das reiteradas violências sofridas pela população transexual, têm-se como exemplo o transfeminicídio, “uma política disseminada, intencional e sistemática de eliminação da população trans no Brasil, motivada pelo ódio e nojo” (BENTO, 2014, p. 2). O dossiê da ANTRA aduziu, através das redes sociais e da imprensa, que no ano de 2019 foram registradas 50 tentativas de homicídio contra pessoas trans. Note-se que não há uma preocupação estatal em classificar tal prática como específica a um grupo social, menos ainda interesse em fazer os registros apontando a motivação discriminatória para fins de produção estatística e posterior estudo pontual de práticas e políticas públicas que visem o efetivo combate à tal prática discriminatória.

O desinteresse estatal é tamanho que reflete diretamente no senso de impunidade daqueles que buscam pôr fim à vida de uma pessoa trans. É possível até mesmo deduzir que o assassino sente-se legitimado para cometer o ato, visto que a pessoa transexual é enxergada como inimigo, transgressor das leis biológicas e uma ameaça para a existência da parcela cisgênero e heteronormativa da população. Destaque-se ainda que, segundo a ANTRA, 88% dessas 50 tentativas de assassinato aconteceram em via pública, demonstrando claramente o citado sentimento de impunidade e a sensação de autolegitimação por parte do agente.

Nos homicídios consumados, reconheceu-se que em 2019 80% dos casos “foram apresentados com requintes de crueldade, como o uso excessivo de violência e a associação com mais de um método e outras formas brutais de violência” (BENEVIDES, B. G.; NOGUEIRA, S. N. B., 2019). O dado revela que o assassinato de pessoas transexuais tem uma motivação discriminatória, mas mais do que isso, demonstra o sentimento de aversão e extermínio de motivação biológica e social, que enxerga a diferença como inimigo, digno da morte e, mais que isso, digno de crueldade.

A lógica é simples: o Estado negligencia e invisibiliza a população transexual, não conscientiza o restante da população sobre o efetivo respeito devido às múltiplas diferenças biológicas e sociais do outro, alimentando indiretamente a ideia de que a pessoa transexual transgride o normal e, por isso, representa risco ao equilíbrio coletivo, devendo ser exterminado.

Tudo isso é legitimado e institucionalizado pois ao final desta equação o Estado não atua no combate às práticas violentas contra pessoas transexuais, o que fica evidenciado pela pesquisa da ANTRA em que se verifica que apenas 8% dos homicídios consumados contra pessoas transexuais tiveram os suspeitos identificados e somente 7% estão presos.

Destarte, é inegável a existência de uma prática estatal voltada para o estímulo do ódio contra a pessoa transexual através de negligência e marginalização, muitas vezes passadas despercebidas pelo senso comum e vistas como mera indisposição ou falta de recursos. Acontece que a escassez de estudos sobre o tema, o desinteresse institucional e a impunidade não são coincidências e na verdade fazem parte um mecanismo estatal que busca combater as diversidades em nome do poder, conforme BOMFIM, SALLES E BAHIA (2019):

(...) analisando o quadro de violência sofrido por elas, a ineficiência das políticas que deveriam cobrir e garantir-lhes direitos, bem como um projeto de Estado moderno que é construído para deixá-la à margem, tem-se que a necropolítica se manifesta como uma engrenagem institucionalizada (seja por ações comissivas ou omissivas), de extermínio em massa de pessoas travestis e mulheres trans.

Enxergar a motivação discriminatória nas práticas estatais só é possível através de um olhar interseccionado. Acredita-se que a análise exclusivamente jurídica ou exclusivamente filosófica sobre o tema não o abrange em sua totalidade. Entende-se necessária a perspectiva feminista e, mais que isso, a perspectiva interseccional para estudo e análise da necropolítica trans, visto que somente dessa forma é possível depreender que existe uma verdadeira intersecção entre os eixos de poder que acaba por maximizar as opressões. A jurista negra Kimberlé Crenshaw, que inscreveu o termo “interseccionalidade” no mundo acadêmico, apresenta o seguinte conceito:

A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdade básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento. (2002, p. 177)

A atenção do olhar interseccional para as mais diversas faces de opressão que alguém pode sofrer é o traço marcante da perspectiva teórica interseccional. Trazendo a necropolítica à luz da interseccionalidade, torna-se possível reconhecer e identificar a existência de uma necropolítica trans, que atinge a população transexual por uma motivação discriminatória e concretiza aquilo que Foucault denominou racismo de Estado. Sabendo-se disso, é possível depreender que a ideia de uma necropolítica trans é real e se faz presente há anos na sociedade brasileira.

3. O CÁRCERE BINARISTA HETERONORMATIVO COMO VIOLADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O sistema carcerário foi construído por homens e para homens, partindo de uma lógica binária heteronormativa. O sistema penitenciário não é preparado para receber mulheres, uma vez que diante da lógica machista e patriarcal, a mulher não deveria cometer crimes. Além disso, ele funciona como um “aprisionamento social e moral das mulheres que romperam com a expectativa social e o estereótipo do ‘ser mulher’, da docilidade e do cuidado.” (CYTRYNOWICZ, 2017).

A prisão da mulher é uma quebra de expectativa da sociedade perante o exercício do papel feminino esperado. Esta passa ser vista como “transgressora” e a opressão estrutural do patriarcado e toda a violência já vivida em liberdade passa a se perpetuar em diversos aspectos nas próprias instituições prisionais (BONTEMPO, 2018.1, p. 45).

Contudo, esse cenário está mudando, pois vem aumentando o número de mulheres que são encarceradas. Conforme levantamento feito por Rafael Mendonça de Abreu (2020), o aumento da população carcerária feminina entre os anos de 2000 e 2016 foi de 656%, passando de 6 mil para 42 mil mulheres encarceradas, a média de crescimento da população carcerária masculina no mesmo período foi de 293%, passando de 169 mil para 665 mil homens encarcerados.

Com isso, foi necessário a separação por gênero no sistema prisional, pois não era compatível com a proteção dos direitos humanos manter os dois gêneros juntos.

Com o passar dos anos e um olhar diferenciado pelo Estado em relação a proteção que deve ser dada aos direitos dos presos, principalmente, as mulheres, ocorreu a separação de gêneros. Embora seja marcada pelo preconceito e machismo quanto aos direitos que lhes é assegurado por lei (ABREU, 2020).

Não é outra a disposição do artigo 82 da Lei de Execução Penal, cuja redação impõe a separação por gênero nos estabelecimentos prisionais:

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. §1º. A mulher e o maior de 60 (sessenta) anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

Assim, diante do termo “estabelecimento próprio”, atualmente as mulheres não podem mais ser encarceradas no mesmo tipo de estabelecimento prisional que os homens, devendo ser colocadas em estabelecimento penal “adequado” ao seu sexo.

No ordenamento jurídico brasileiro estão previstos direitos fundamentais (artigo 5º, inciso XLIX, CF) que asseguram aos encarcerados o direito à dignidade física e moral. Contudo, a realidade dos sistemas prisionais é bem diferente, principalmente no que diz respeito aos estabelecimentos prisionais destinados a mulheres, onde elas encontram-se desprovidas da maioria dos direitos e garantias assegurados pela Constituição.

O conceito de direitos humanos tem como núcleo a dignidade da pessoa humana, de maneira que a figura humana se posiciona no lugar de proteção, em que o Estado como garantidor de direitos deve exercer uma função orientadora e de reconhecimento de direitos individuais e coletivos (ABREU, 2020).

Neste contexto, o Estado Democrático de Direito deve proteger e garantir os direitos

fundamentais de todos; os direitos fundamentais são indisponíveis e universais. Contudo, a realidade das penitenciárias brasileiras é chocante: lugares precários e insalubres nos quais verificam-se a permanente e crescente inobservância dos direitos dos presos, principalmente no caso das mulheres. Trata-se de um verdadeiro estado de exceção, absolutamente incompatível com a Constituição Federal de 1988.

O Estado tem como responsabilidade a garantia de condições mínimas que visam assegurar a dignidade da pessoa humana, de maneira que sejam colocadas em prática, observando a legislação brasileira e internacional, através dos tratados internacionais, visando proteger direitos vulneráveis e excluídos da sociedade (ABREU, 2020).

O sistema carcerário já é um espaço de exclusão, precárias infraestruturas, difícil acesso à saúde, opressivo. No que concerne à prisão feminina, a realidade é ainda pior, a violência sofrida é levada ao extremo e inúmeros direitos da mulher presa, em especial a mulher transexual, são constantemente feridos e violados. Elas sofrem exclusão num sistema que já é de exclusão social, o cárcere sendo uma instituição binarista a qual nega sua identidade de gênero e seus direitos básicos.

3.1. A mulher transexual e o cárcere: relação de opressão subjetividades

A situação da população carcerária trans certamente não é diferente; aliás, é sabidamente pior. O Estado nega e fere reiteradamente os direitos fundamentais da população transexual, sendo omissa quanto às necessidades e subjetividades da mesma; ele marginaliza e deixa as mulheres transexuais cada vez mais em uma situação de extrema vulnerabilidade, produzindo uma necropolítica trans sob a qual se determina quem irá viver e quem irá morrer.

[A necropolítica deve ser] entendida como uma tecnologia ininterrupta de violência combinada, estrutural, institucional, social articulada nos espaços social, familiar, escolar, cultural, sobretudo como espaço político de opressão pela lógica heterossexista (BARROS, 2019, p.5).

Levando-se em consideração o recorte da intersecção entre gênero, raça e classe, uma vez que não é possível fazer uma análise ignorando qualquer um destes elementos, tem-se a mulher transexual como inimigo comum da sociedade, a qual é vista como um sujeito abjeto, pois seu corpo não está dentro do espectro de proteção jurídico-normativa. O que leva a mulher transexual, especialmente as negras, a ser alvo de um extermínio estatal institucionalizado e cuja percepção depende da apreensão do fenômeno sob as lentes da perspectiva interseccional. Nesse sentido,

“(...) a perspectiva trabalhada é construída como um conjunto de teorias e práticas que sustentam que gênero, raça, classe, identidade de gênero, orientação sexual, religião, idade, etnia, status de cidadania e outros marcadores sociais não podem ser assimilados de forma isolada, mas se articulam como padrões de poder que (re)produzem materialidades e experiências sociais desiguais, distintas e mutuamente excludentes em cada sujeita de forma coletiva e individual (CRENSHAW, 2002, p. 177; BUENO, PEREIRA, 2018, p.56).” (BOMFIM; SALLES; BAHIA, 2019, p.8)

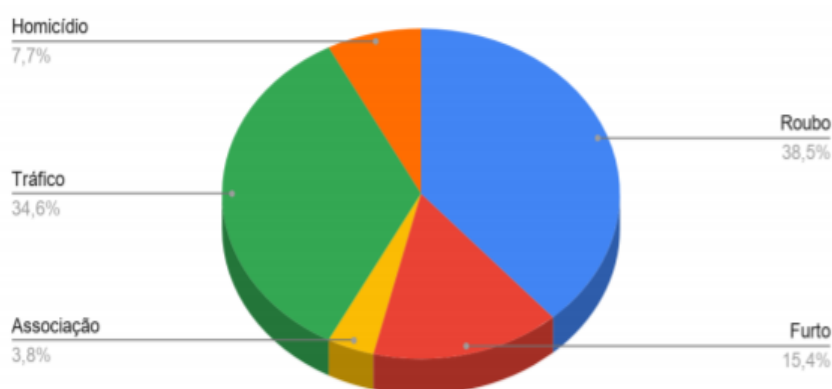
À luz desse ponto de vista, é possível apreender um cenário desolador no qual as mulheres transexuais sofrem violências extremas, preconceitos e transfobia, tendo maior dificuldade de acesso a oportunidades de estudo e ao mercado formal de trabalho, sendo mantidas marginalizadas pelo Estado e pela sociedade.

Muitas pessoas travestis, transexuais e transgênero deixam o Brasil em busca de uma vida estável na Europa. No Brasil, é comum que pessoas trans sejam alijadas do mercado de trabalho, excluídas do espaço escolar desde as séries iniciais e expulsas de casa ainda na infância. Muitas não possuem nem documentos de registro e são enterradas como indigentes, o que mostra o desrespeito a essa população até mesmo na hora da morte. (NOGUEIRA, AQUINO, CABRAL, 2017, p. 8)

Consequentemente, elas se sujeitam ao mercado informal de trabalho, ingressando em subempregos que geralmente as colocam em condições precárias, degradantes e desumanas de trabalho e salário. Sendo assim, por uma questão de sobrevivência, acabam caindo na vida da prostituição e do crime.

Segundo o artigo “Viver e morrer como baratas”, de Geraldo Neves Pereira de Barros (2019, p.4), 90% das mulheres transexuais vivem da prostituição. E, de acordo com o documento técnico “LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento” (Brasília, 2020), 38,5% das travestis e mulheres transexuais praticaram roubo e 34,6% praticaram tráfico de drogas. Nota-se assim que o ingresso no sistema penal e a convivência com o cotidiano carcerário não raro são experiências comuns em suas vidas.

Gráfico 18: Tipos Criminais (Travestis e Mulheres Transexuais)



(LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. 2020, p. 26)

A mulher transexual cotidianamente já tem seus direitos fundamentais negados, feridos ou retirados, o que acaba por promover sua morte moral, social e política. Quando se encontra em situação de encarceramento, o cenário é ainda mais degradante. Uma vez que o sistema prisional

brasileiro é binarista, as instituições prisionais, que deveriam servir apenas para realizar a privação da liberdade, terminam por promover também a privação da dignidade, da saúde física e psíquica – ao ignorar a identidade de gênero, as necessidades fisiológicas e psíquicas são deixadas de lado – e, muitas vezes, da própria vida das mulheres trans. Como aponta o dossiê “LGBT nas prisões: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, “o Brasil é o país que mais mata travestis no mundo, é intuitivo pensar que esse tipo de padrão de violência se apresente também nas prisões” (2020, p. 122).

Ademais, não se pode deixar de destacar que um dos primeiros problemas a ser enfrentado no que diz respeito ao encarceramento das pessoas trans é, já de antemão, o modo pelo qual se decide em qual tipo de estabelecimento prisional a pessoa trans cumprirá sua pena. A avaliação que é feita para qual instituição carcerária mandar (feminina ou masculina) se dá de acordo com o órgão genital que a pessoa possui, segundo o livro “Presos que menstruam”, de Nana Queiroz (2020, p. 248). Esse primeiro processo de avaliação, por si só, já realiza uma negação de suas identidades.

(...) O sistema carcerário brasileiro comete graves erros ao colocar homens trans em presídios femininos e mulheres trans em presídios masculinos, desrespeitando seus direitos à identidade sexual e sujeitando-os a situações de assédio, prostituição e até estupro. A avaliação de para onde mandar cada preso é feita com base na conferência do órgão genital, mesmo que a medicina e o Estado já reconheçam que há muitos mais fatores que determinam nossa sexualidade do que um pênis ou uma vagina (QUEIROZ, 2015, p. 248).

O sistema carcerário é uma instituição racista e binarista, na qual inserem as mulheres sem adaptá-la às suas necessidade, o que fica ainda mais evidente no caso das mulheres transexuais, as quais não se enquadram nas setorizações que lhes são impostas, funcionando a prisão como um “espaço de sufocamento das identidades de raça e gênero” (BARROS, 2019, p.6).

No fim, para uns, elas não são mulheres (e, às vezes, elas mesmas nem pretendem ser), para outros são estatísticas e entre outros são um campo minado de diversão e alívio da tédio, mas nunca sujeitas de direito que devem ter suas individualidades respeitadas (BOMFIM; SALLES; BAHIA, 2019, p.4).

A Resolução Conjunta CNPCP/CNCD n.º 1 representa um grande avanço para a população LGBT no sistema penitenciário. O artigo 3º da resolução trata dos espaços de vivências específicos para as travestis e gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas. E, em seu artigo 4º, preconiza sobre a necessidade de as pessoas transexuais serem encaminhadas para unidades prisionais femininas. Contudo, a realidade é bem diferente.

Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Diante desta Resolução Conjunta, e dos questionamentos da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) de que alguns juízes de execução penal têm interpretado a norma de forma a violar os direitos da população transexual e transgenera, o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), na medida cautelar concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 527/DF, determinou que as presas transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos. Em sua decisão, o ministro justificou seu voto com o seguinte teor:

Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Percebem seu corpo como inadequado e buscam ajustá-lo à imagem de gênero que têm de si. Travestis são pessoas que se apresentam para o mundo com o gênero oposto àquele correspondente a seu sexo biológico, mas não percebem seu corpo como inadequado e não desejam modificá-lo (ADPF 527 MC/DF, 2020, p. 1).

Além disso, o Min. Barroso destacou que “o tratamento a ser conferido às travestis está sendo objeto de reflexão e de amadurecimento pelos órgãos especializados na matéria” (2020, p. 14). Assim, demonstra o quão invisível as questões da população transexual são. Elas sofrem com a invisibilidade no campo político e no debate acadêmico, dado que são raros e recentes os estudos que abordam tal temática.

Sendo assim, cabe ao Estado e ao Poder Judiciário lutar para que a população transexual tenha condições de exercer sua cidadania, ter um trabalho digno, ter suas individualidades e subjetividades respeitadas e ter seus direitos fundamentais garantidos, tanto fora quanto dentro do cárcere.

4. A URGÊNCIA DA EXPOSIÇÃO DE UMA NECROPOLÍTICA TRANS DENTRO DO CÁRCERE

O cárcere no Brasil já representa por si só um espaço de efetivação da necropolítica. Em breve análise histórica, é possível aduzir as intenções estatais no que tange ao encarcerado. Muito além das normas da Lei de Execução Penal ou até mesmo dos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, deve-se analisar a realidade das penitenciárias brasileiras.

O massacre do Carandiru ocorrido em 1992 talvez seja a demonstração mais expressiva da necropolítica no sistema prisional brasileiro. Mas não é a única. De acordo com o Sistema de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017), o Brasil tem a terceira população carcerária do mundo em condições subumanas, dado que indica a existência de um necropoder silencioso que segue produzindo violações de direito e apagando as identidades invisibilizadas no mundo intracarcerário

No que tange à população transexual, sabe-se que apesar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 527/DF, consolidada pelo STF, a primeira prática de negligência intencional do Estado é a inserção dessas pessoas em estabelecimentos prisionais incompatíveis com a suas identidades de gênero, o que traz uma carga de opressões e violências desnecessárias ao processo de reinserção social do apenado, como o não reconhecimento de seu nome social, a constante exposição a práticas sexuais não consentidas e a vulnerabilização sob as mais diversas situações, como rebeliões ou brigas. É neste íterim que, para BARROS (2019, p. 9),

é possível então falar de uma necropolítica trans imbricada com os marcos jurídico-legais, gestada também dentro de uma norma social racista, sexista, classista e heteronormativa. Tratei aqui de uma necropolítica ratificada pelo discurso jurídico e pelas práticas institucionais, legitimada de forma contundente no interior do espaço de privação de liberdade, o que vem compor o mosaico da necropolítica trans em que a negação e destruição da diferença está manifestada na classificação dos sujeitos entre o normal e o anormal, cidadãos plenos ou cidadãos precários.

É preciso reconhecer a urgência da produção acadêmica e do debate coletivo sobre a necropolítica trans para que se torne possível uma efetiva melhoria nas condições de vida da população transexual encarcerada, a fim de garantir seus direitos, preservar sua integridade e, dessa forma, proporcionar a verdadeira reinserção do reeducando na sociedade. Faz-se necessário reconhecer a presença da necropolítica nas práticas estatais e, mais que isso, apontar a motivação discriminatória dela, além de escancarar como o Estado exerce tamanha violência de maneira institucionalizada.

5. CONCLUSÃO

Levando-se em conta o que foi exposto, tem-se um Estado omissivo, falho, apresentando uma necropolítica trans, não concedendo o mínimo de dignidade, no qual as subjetividades transexuais são largadas às traças, renegadas, e lutam diariamente para conseguirem sobreviver a esse extermínio estatal e abortamento social, com dignidade, respeito e seus direitos básicos garantidos.

O sistema prisional brasileiro encontra-se em crise, falido, em condições precárias e subumanas. Os apenados são tratados como humanos de segunda categoria (ou, até mesmo, de terceira categoria quando se trata da mulher transexual), com tratamentos desumanos e de forma cruel, ocasionando várias consequências penais para os presos, em especial, os transexuais. Assim, entender as individualidades, subjetividades e vulnerabilidades da mulher transexual é uma forma de garantir a dignidade da pessoa, principalmente quando se trata de mulher transexual encarcerada, momento no qual sofre inúmeras violações.

Juntamente com a escassez de trabalhos acadêmicos que abordam tal temática, gerando

silenciamento, invisibilidade e inexistência transexual no campo da vida social, moral, política e na área de produção acadêmica, conforme traz o artigo “Viver e morrer como baratas: adolescentes na mira da necropolítica trans” (2019, p.1/2). Faz-se necessário uma produção acadêmica de discursos que legitimem a garantia de direitos da população transexual.

Deste modo, faz-se necessário um trabalho a respeito da situação da mulher transexual na sociedade e no cárcere, com a finalidade de dar visibilidade, dar voz, assegurar e garantir os direitos fundamentais da mulher transexual numa sociedade em que a necropolítica trans é cada vez mais evidente.

O Brasil necessita de mudanças extremas, modificações na forma como se produz discursos na sociedade, sendo um sujeito atravessado por questões como raça, classe e gênero e estar sofisticando a conversa e o debate público para combater uma série de opressões. Sofisticar o entendimento da produção do que significa ser mulher da sociedade e lutar por reivindicações de todas as mulheres na sociedade, na qual a vida das mulheres, são tratadas como vidas de segunda categoria, ainda mais profundo quando as mulheres são negras e/ou transexuais. Romper o binário de gênero para incluir uma série de dimensões de gênero, com a ideia de que as mulheres, em especial as mulheres transexuais, são sujeitos de primeira categoria que merecem ter seus direitos fundamentais respeitados.

6. REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Mendonça de. Breve análise jurídica dos direitos das mulheres encarceradas.

Revista Conteúdo Jurídico, 2020. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54351/breve-anlise-juridica-dos-direitos-das-mulheres-encarceradas>>. Acesso em: 13 out. 2020.

BARROS; Geraldo Neves Pereira. “**Viver e morrer como baratas: adolescentes na mira da necropolítica trans**”. Anais do VII Seminário Internacional Direitos Humanos, Violência e Pobreza: a situação de crianças e adolescentes na América Latina hoje. Rio de Janeiro, Editora Rede Sírius/UERJ, 2019. Disponível em: <http://www.proealc.etc.br/VII_SEMINARIO/assets/pdfs/gtiii/GeraldoNeves_GT3.pdf>. Acesso em 06 set 2020.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019**. ANTRA, IBTE: São Paulo, 2020.

BENTO, Berenice. “Retóricas do poder: biologização e culturalismo das identidades”. 2016.

Revista Cult. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/retoricas-do-poder-biologizacao-e-culturalismo-das-identidades/>>. Acesso em 06 set 2020.

BOMFIM, Rainer; SALLES, Victória; BAHIA, Alexandre. “Necropolítica trans: o gênero, cor e raça das lgbti que morrem no Brasil são definidos pelo racismo de Estado”. **Argumenta Journal**

- Law. Jacarezinho/PR. 2019. n. 31. p. 153-170. Disponível em:
<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1727>>. Acesso em 07 set 2020.
- BONTEMPO, Juliana de Mello. “**Mulheres no cárcere: A questão de gênero e seus respectivos reflexos no sistema prisional**”. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. “**Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização - Junho de 2017**”. Brasília, DF. 2017.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. “**LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**”. Brasília, DF, 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 2019.
- CRENSHAW, Kimberlè Williams. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. Salvador, **Revista Estudos Feministas**, n.1, p.177, 2002.
- CYTRYNOWICS, Luisa M. A prisão em massa de mulheres e as violações de seus direitos. **Pastoral carcerária**. 2017. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/a-prisao-em-massa-de-mulheres-e-as-violacoes-de-seus-direitos>>. Acesso em 13 out. 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KLANOVICZ, Luciana Rosar Fornazari.; BUGAI, Fernanda de Araújo. Mulheres no cárcere: A estrutura do sistema prisional e a construção do gênero no Brasil. **Revista História & Perspectivas**. Uberlândia, v. 31, n. 59, p. 80-97, 24 jun. 2019.
- LEONES, Eloi. “**Transdados**”. Datalabe. Rio de Janeiro, 5 de dez. de 2016. Disponível em: <<https://datalabe.org/transdados/>>. Acesso em 07 set 2020.
- LIMA, Heloisa Bezerra; NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do Nascimento. “**Transgeneridade e cárcere: diálogos sobre uma criminologia transfeminista**”. Revista Transgressões: ciências criminais em debate. Volume 2. 2014. p. 75-89. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6444>>. Acesso em 07 set de 2020.
- MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 123-151, dez. 2016.
- NOGUEIRA, Sayonara Nauder Bonfim; AQUINO, Tathiane Araújo; CABRAL, Euclides Afonso. **Dossiê: a geografia dos corpos das pessoas trans**. Brasil, 2017. Disponível em: <<http://redetransbrasil.org.br/wp-content/uploads/2019/01/A-Geografia-dos-Corpos-Trans.pdf>> Acesso em 15 de out de 2020.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires.; PEREIRA, Ana Carolina Antunes. Gênero e prisão: O encarceramento de mulheres no sistema penitenciário brasileiro pelo crime de tráfico de drogas.

Revista Meritum. Belo Horizonte, v. 13, n. 1, jan./jun. 2018. Disponível em:
<<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5816>>. Acesso em 14 out. 2020.

TOMIAZZI, Renata Evaristo. **“As grades dos gêneros: O cárcere e a negação de direitos dos travestis e mulheres transgêneras”**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2018.

VIEIRA, Thiago de Andrade. **“IDENTIDADE DE GÊNERO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: à luz da dignidade da pessoa humana”**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - UniEvangélica, Anápolis, 2018.

O ASSÉDIO MORAL DA PESSOA TRANSGÊNERA NO AMBIENTE DE TRABALHO: EM BUSCA DA RUPTURA DOS PARADIGMAS DE VIOLÊNCIA SISTÊMICA DE GÊNERO

Heloísa Helena Silva PANCOTTI¹

RESUMO

As pessoas transgêneras enfrentam vários entraves para o exercício de sua cidadania. Além da imensa dificuldade de inserção no mercado de trabalho, há ainda as questões relacionadas ao próprio respeito e reconhecimento da identidade desviante do padrão hegemônico heteronormativo. São mais suscetíveis a serem vítimas de práticas que configuram assédio e violência no meio ambiente do trabalho. As práticas vão desde a resistência injustificada em se reconhecer o nome social e gênero autopercebido, até mesmo a proibição de uso de banheiro correspondente. A análise da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região revelou ainda um triste histórico de demissões em razão do gênero trans, bullying transfóbico, além de práticas de assédio veladas, como o de deixar o empregado na ociosidade propositalmente. A pesquisa bibliográfica realizada na jurisprudência do Tribunal revelou, no entanto, como a violência se instala nos meandros burocráticos. Em todos os feitos analisados em que havia o pleito por reparação de dano em razão de assédio moral transfóbico, os reclamantes seguiam identificados pelo nome e gênero atribuído no nascimento, ainda que fosse notório o conhecimento por parte da serventia e magistrados do nome social das partes.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio, Violência, Transfobia, Reparação, Dano Moral.

ABSTRACT

Transgender people face several obstacles to the exercise of their citizenship. In addition to the immense difficulty in entering the labor market, there are also issues related to respect and recognition of the deviant identity for the heteronormative hegemonic pattern. They are more susceptible to being victims of practices that constitute harassment and violence in the work environment. Practices range from unwarranted resistance to recognizing the self-perceived social name and gender, to the prohibition of using the corresponding bathroom. The analysis of the jurisprudence of the Regional Labor Court of the 15th region also revealed a sad history of dismissals due to gender trans, transphobic bullying, in addition to veiled harassment practices, such as deliberately leaving the employee in idleness. The bibliographic research carried out in the Court's jurisprudence revealed, however, how violence is installed in bureaucratic intricacies. In all the analyzed cases in which there was a claim for reparation for damage due to transphobic moral harassment, the claimants were still identified by the name and gender assigned at birth, even though the knowledge of the parties' social name for judges and court employee was notorious.

KEYWORDS: Harassment, Violence, Transphobia, Reparation, Moral Damage.

1. INTRODUÇÃO

A publicação da Convenção 190 da OIT sobre violência e assédio moral no trabalho publicada em 2019 e ainda não ratificada pelo Brasil, evidenciou a necessidade do compromisso

1 Advogada e Professora de Direito da Seguridade Social. Mestre em Direito (UNIVEM) e Doutoranda em Ciências Jurídicas (UENP). Autora de artigos, capítulos de livros e Obras, dentre os quais Previdência Social e Transgêneros (Juruá).

com a eliminação de todas as práticas que possam causar sofrimento e adoecer trabalhadores expostos a práticas nefastas de opressão e violência.

Um dos maiores méritos do documento foi a atenção dedicada às questões relacionadas à violência direcionada em razão do gênero, da orientação sexual, que é uma demanda jurídica importante no cenário nacional, marcado pela transfobia.

Outro ponto importante é o contexto sócio político em que a publicação do texto se deu.

No presente trabalho adotou-se como percurso metodológico uma abordagem tridimensional.

Na primeira dimensão, realizou-se uma breve delimitação sobre a identidade trans, necessária para a compreensão das necessidades próprias do gênero, como uso de banheiro, adoção de nome social, respeito ao gênero conforme autopercebido.

Na segunda dimensão buscou-se analisar o meio ambiente de trabalho e como as más práticas no tratamento do empregado podem incorrer em atos de violência, assim como de assédio moral. No recorte deste estudo, o recorte metodológico se limita aos trabalhadores transgênero.

Na terceira dimensão, busca-se analisar as práticas usualmente direcionadas à classe dos trabalhadores transgêneros, pelo exame da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região.

Muito embora não fosse esse o objetivo do estudo, a pesquisa acabou revelando que as formas de violência direcionadas à população trans são muito mais profundas, visto que os sistema virtual em que os processos tramitam, por uma razão que não foi possível esclarecer no âmbito desta pesquisa, emprega dupla violência aos que buscam por reparação judicial.

Em todos os casos analisados no trabalho, no cotejo analítico da íntegra das decisões, os reclamantes estão identificados pelo nome atribuído no nascimento e não pelo nome social.

Muitos haviam pleiteado a reparação por danos ocasionados pela prática de assédio configurada na falta de observância do nome social por seus empregadores ou superiores hierárquicos.

Com a finalidade de criar uma cultura de eliminação das más práticas administrativas que se materializem em violência e assédio em razão de gênero no meio ambiente de trabalho, a OIT publicou em 2019 a Convenção 190, ainda não ratificada pelo Brasil.

A importância da publicação do documento vai ao encontro de uma mudança no ambiente corporativo que hodiernamente privilegia a composição de uma rede de colaboradores diversos e plurais como forma de aumentar os índices de produtividade e criatividade nas relações empresariais e de relação com o cliente.

Houve a convergência de um crescente interesse do mundo corporativo na composição de

uma rede de colaboradores sexualmente diversa, inclusive com empresas se organizando em torno da pauta dos direitos humanos LGBTI+, dado que a responsabilidade social das empresas se converte no aumento da produtividade e lucratividade.

Os desafios são muitos, desde a mudança nos processos seletivos, até mesmo a adoção de um meio ambiente do trabalho amistoso às questões reivindicações próprias da população desviante do padrão de heteronormatividade dominante.

Isso porque, os órgãos capazes de punir as más práticas como por exemplo, a Justiça do Trabalho, não estão isentos de reproduzir práticas violentas como por exemplo, a resistência ao reconhecimento do nome social e gênero autopercebido pela plataforma virtual de processamento dos feitos.

Uma pesquisa de jurisprudência realizada no site do Tribunal Regional do Trabalho da 15 região em busca de demandas cujo objeto tenha sido a reparação por danos decorrentes de assédio moral transfóbico, revelou que os reclamantes eram identificados pelo nome e gênero atribuído no nascimento e não pelo nome social/gênero autopercebido, inobstante regulamentação legal protetiva garantir esse direito.

Essas violências institucionalizadas socialmente contaminam todos os aspectos da assunção de uma identidade desviante de um padrão de gênero hegemônico, constituindo um entrave para a efetividade dos princípios expressos no texto convencional.

2. NOTAS SOBRE A TRANSGENERIDADE

Para maior elucidação acerca da matéria ventilada no presente capítulo, é importante delimitar a transgeneridade, compreendida enquanto identidade de gênero extremamente complexa, mas que é sobretudo marcada pela desconexão do sujeito com relação ao sexo atribuído do nascimento.

Por sexo atribuído no nascimento, tomamos aquele que é possível identificar pelo formato das genitálias. Isso porque em alguns casos, a identificação à partir deste marcador não é possível, como é o caso das pessoas intersexo.

A pessoa trans de forma geral, sentirá não pertencer aquele gênero que lhe fora atribuído no nascimento e essa percepção sensorial desviante a acompanhará pela vida, ocasionando imenso sofrimento.

A medicina por sua vez tem avançado sobre a questão de gênero e tem se distanciado cada vez mais da adoção do critério biológico como única forma de determinação de gênero, na esteira dos estudos conduzidos há décadas, sobretudo por Fausto Sterling² na publicação do paradigmático

2 FAUSTO-STERLING, Anne. (1993).

The Five Sexes: Why male and female are not enough posteriormente revisitado pela autora³.

Reconhecidamente, nas sociedades ocidentais, a compreensão de gênero tem se baseado na oposição do binômio masculino e feminino, a partir de vários marcadores possíveis de gênero.

A metodologia científica, no entanto, não é capaz de definir a complexidade da sexualidade humana, sujeita a inúmeras variáveis, tão diversas quanto os possíveis marcadores de gênero.

Mas se o estado e sistema legal estão interessados em manter um sistema sexual bipartido, eles estão desafiando a natureza. Porque biologicamente falando, existem muitos graus entre fêmea e macho; e, dependendo de como determinamos as coisas, poderíamos argumentar que nesse espectro existem ao menos cinco sexos. E talvez até mais. (FAUSTO-STERLING, 1993)

Quanto aos marcadores de gênero, é importante definir que hodiernamente, se sabe que tão somente o formato das genitálias não é suficiente para determinação do gênero masculino ou feminino. Para muito além, é sabido que, entre as duas extremidades opostas – a saber, o masculino e o feminino –, existem indivíduos que transitam entre esse espectro, os intersexo e os transgêneros.

A determinação de gênero/sexo precisa ser analisada de maneira muito mais complexa, de acordo com uma análise pluridimensional, que permita classificar por meio de sua determinação genética, gonádica, somática, legal, de criação e psicossocial.⁴

Exemplo claro disso é que nem mesmo a determinação genética do sexo *per se* é um critério absoluto, considerando-se que existem indivíduos que apresentam combinações cromossômicas que fogem do convencional XX para o feminino e XY para o masculino, como as decorrentes das Síndromes de Turner (X0) e de Klinefelter (47XXY), nas quais aparência externa não corresponde às sequências cromossômicas⁵.

Mesmo porque a rápida evolução tecnológica aplicada aos estudos de biologia, tem possibilitado descobertas científicas que freqüentemente revêem posicionamentos outrora incontestes.

Com relação ao sexo gonádico, que é aquele determinado pela aparência das gônadas (testículos e ovários), alguns indivíduos possuem desconformidade entre estes e seus cromossomos, tais como observados nas supra citadas síndromes de Turner e Klinefelter. Ademais, sabe-se que os fetos de até seis semanas possuem gônadas bipotenciais, sendo impossível diferenciá-las anatomicamente.⁶ Equivaleria dizer que, no início de nossa constituição, somos indistintos, trazemos em nós possibilidades gonádicas ambivalentes.

O sexo somático, decorrente das estruturas genitais internas e externas, também possui o mesmo problema metodológico para a sua apuração, já que está sujeito a interferências biológicas

3 FAUSTO-STERLING, Anne. (2000).

4 (PERES, 2001, p. 67).

5 (PERES, 2001, p. 70).

6 (PERES, 2001, p. 71).

que produzem mutações e ambivalência no início do desenvolvimento fetal.⁷

Segundo Braz⁸, essas genitálias ambíguas são resultados de alterações durante o desenvolvimento embrionário-fetal e ocorre uma vez a cada dez mil nascimentos. Em casos em que se observa essa ambigüidade, os indivíduos recebem a classificação de intergêneros e existe um protocolo médico a ser seguido com o tempo para determinar com certeza em que gênero o sujeito melhor amoldar-se-ia.

O sexo legal é aquele que consta nos documentos oficiais. No Brasil, em razão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4257, é possível a alteração do prenome nos documentos oficiais sem a necessidade da submissão à cirurgia de transgenitalização, opção que nem sempre é bem recepcionada, já que se trata de uma cirurgia mutiladora, que retira do paciente a capacidade reprodutiva.

Dessa forma, com o recentíssimo julgamento, inexistem maiores dificuldades a quem desejar alterar gênero e prenome nos documentos, já que os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que somente cabe ao Estado, no tocante às identidades de gênero, reconhecê-las, jamais constituí-las.

Quanto ao sexo de criação ou social, que é aquele que recebe influência direta dos familiares próximos, pela maneira com que criam diferenciadamente crianças meninos e meninas, este ajuda na fixação dos papéis que a sociedade espera que os futuros adultos desempenhem na sociedade.

Contudo, alguns indivíduos ainda assim desenvolvem uma identidade de gênero diferente daquela orientada pelo sexo de criação ou social, irresignando-se ao que o grupo social mais próximo estabeleceu para eles.

Peres⁹ atribui a isso o fato de que há que se considerar predominantemente o sexo psicossocial de cada indivíduo primordialmente.

O sexo psicossocial se apresenta para a autora como “resultante das interações genéticas, fisiológicas e psicológicas que se formaram dentro de uma determinada atmosfera sociocultural.”¹⁰

É cediço apontar que, na atualidade a evolução da ciência revela que cada uma das variantes de determinação do sexo/gênero tem igual papel em sua construção e que nenhuma prevalece em detrimento de outra.

É um elemento de tamanha complexidade que pode apresentar divergências com os demais critérios de apuração e determinação do sexo, sendo possível que um indivíduo biologicamente

7 (PERES, 2001, p. 74).

8 (2000, p. 907).

9 (2001, p. 85).

10 (PERES, 2001, p. 85).

conforme, de gônadas e genitálias masculinas, sinta-se mulher, ainda que seus documentos civis estejam registrados como do sexo masculino e tenha recebido uma criação conforme seus documentos e biologia determinam¹¹ e vice-versa.

Em razão desta perspectiva bastante complexa acerca da sexualidade humana, o reconhecimento deste amplo espectro generificado se fez necessário. É importante sobretudo, destacar que o ato de reconhecer as identidades desviantes do padrão binário socialmente estabelecido traz repercussões legais importantes nos mais diversos campos do direito, como por exemplo, no campo das relações do trabalho.

3. O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E A INCLUSÃO DA POPULAÇÃO TRANS

Um dos principais desafios que a população transgênera enfrenta, além da dificuldade relacionada à empregabilidade, se materializa nas relações sociais no meio ambiente do trabalho.

Compreendendo o meio ambiente do trabalho enquanto um microcosmo da sociedade local, a população LGBTQIA+ e especialmente a população trans, se depara com um ambiente absolutamente propenso à ocorrência de práticas assediosas, LGBTfóbicas, o que vem desafiando a gestão de pessoal nas empresas.

Isso porque naquilo que diz respeito às questões raciais e relacionadas ao gênero/orientação sexual, a gestão administrativa das empresas precisa se ocupar em tornar o ambiente diverso e o mais livre de preconceito possível.

No Brasil opera-se uma mudança ideológica. Antes, a ideologia vigente era o mito da democracia racial, que negava a existência das discriminações. Agora, a nova ideologia é a da diversidade administrada. Enquanto o mito da democracia racial pressupõe uma negação das diferenças por meio da miscigenação, a diversidade revela a discriminação para, em seguida, ensinar a tolerância.¹²

Falta na legislação trabalhista brasileira, recepcionar a questão da transgeneridade. Se um trabalhador ou trabalhadora decide redesignar-se ou assumir sua identidade transgênera, como proceder com relação às informações sociais, retificação dos documentos relacionados à contratação, readaptação profissional, reinsersão do ambiente laborativo, além é claro, da observância do direito ao esquecimento da vida pregressa e respeito à nova identidade assumida. Os desafios vão desde o uso de banheiros até mesmo manejo de burocracias documentais das mais diversas ordens.

Essa ausência normativa traz prejuízos às empresas, na medida que se vêem agindo de forma absolutamente intuitiva na contratação e gestão de pessoas trans.

É crescente o número de empresas preocupadas com a responsabilidade social e com o

11 (PERES, 2001, p. 87).

12 (ALVES; GALEÃO-SILVA, 2002, p. 27).

comportamento organizacional inclusivo, que privilegie a diversidade de raça, gênero, orientação sexual¹³. Neste sentido, a contratação de pessoas trans pode ser compreendida como um potencializador de produtividade, potencialidades e talentos individuais.

Na medida em que o estímulo à diversidade representa um reforço à expressão dos talentos e potencialidades individuais, ele torna a empresa mais bem capacitada para avaliar e promover seus empregados tendo por base sua efetiva competência. Um ambiente de discriminação pode reprimir talentos e comprometer a capacidade da empresa de reconhecer adequadamente o desempenho de seus funcionários e dirigentes.¹⁴

Neste sentido, reunir em seus quadros trabalhadores diversos, é um valor a ser perseguido no ambiente empresarial. O Fórum de Empresas e Direitos LGBTI+, foi criado em 2013 com a finalidade de difundir boas práticas inclusivas, respeito às normas de direitos humanos o entendimento sobre a função social das empresas.

Ainda que a empregabilidade das pessoas LGBTI+ seja um valor a ser perseguido na empresas, que devem refletir as evoluções sociais, tornar o meio ambiente de trabalho livre de preconceitos é ainda uma realidade distante.

O assédio moral praticado contra empregados trans é uma dolorosa realidade no mercado de trabalho brasileiro.

4. O ASSÉDIO MORAL CONTRA OS TRABALHADORES TRANSGÊNEROS

A Convenção 190 da OIT trata especificamente sobre a violência e o assédio no trabalho e constitui um importante avanço na temática, pouco tratada nacionalmente. Importante salientar que o Brasil ainda não ratificou a Convenção.

Como violência e assédio, a Convenção define um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis ou a ameaça deles, que se manifestem uma única vez ou constituam prática reiterada, que tenham por objeto, que causem ou sejam suscetíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, incluindo a violência e o assédio em razão do gênero. Por violência e assédio em razão de gênero, se compreende os que são dirigidos às pessoas em razão do sexo ou gênero, ou que afetam de maneira desproporcional pessoas de um sexo ou gênero determinado, inclusive o assédio sexual.

Para as pessoas trans, uma das práticas mais comuns de violência e assédio é a resistência no respeito ao nome social e pronomes a eles relativos no ambiente de trabalho.

No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, algumas decisões tem se debruçado sobre a questão, como abaixo transcrito:

Conforme definido no § único do artigo 1º do Decreto 8.727, de 28/04/16, nome social é a

13 (MOURA, LOPES).

14 (ETHOS, 200, p.30)

"designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida". O nome social, portanto, é aquele que a reclamante escolheu, em seu processo de transição, porque seu nome de registro já não mais refletia sua aparência, sua identidade de gênero, e o desrespeito a ele pode ser considerado uma das manifestações mais expressivas de preconceito contra a população transexual, o que é vedado pela Constituição Federal, que prega a promoção do bem de todos, "sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º).¹⁵

Curiosamente, no processo judicial, a autora, mulher trans, está identificada pelo nome masculino de batismo. É difícil saber a razão deste endereçamento, já que pode ter ocorrido pela forma com que se produziu a peça vestibular, no entanto, revela o quanto é preciso evoluir nos debates acerca da violência institucionalizada em todos os segmentos da sociedade contra a população trans.

Um claro exemplo foi percebido no Processo 0012266-49.2015.5.15.0002 RO, conforme segue, em que a prova da demissão em razão da identidade de gênero restou explícita e comprovada testemunhal e documentalmente pela juntada de um email em que seu superior hierárquico revelava o motivo da demissão injustificada:

No meu convencimento, convergindo com o julgado de origem, os depoimentos das testemunhas, até então produzidos, são suficientes para dirimir o cerne do conflito, aliado à prova documental, com especial relevo para o depoimento do preposto, no que se refere à afirmação categórica de que, se a reclamante mantivesse sua identidade masculina, permaneceria no emprego.

[...]

Note-se que na peça de ingresso a autora, ao fixar os limites da lide, apontou a existência de dispensa discriminatória, em decorrência de se definir como transgênero, tendo manifestado à reclamada o desejo de tornar pública a sua condição, mas, em 29 de junho de 2015, recebeu e-mail da coordenadora Geni Bertolini, comunicando seu desligamento do quadro de empregados da ré, em razão dessa "condição pessoal", relatando expressamente que o motivo da demissão é somente por sua condição de transgênero, colacionando aos autos a prova documental na qual fulcra sua pretensão (id 65e43c7).

É importante salientar que, em todos os processos judiciais analisados neste trabalho, que tinham por objeto o pleito por indenização em razão de assédio moral em razão de identidade trans, o nome da parte reclamante que consta do sistema integrado da Justiça do Trabalho, remete ao nome de batismo e não ao nome social. Ao procurar a Justiça para reparar a violência sofrida, as pessoas trans acabam por serem novamente submetidas a situação vexatória, desta vez, institucionalizada por órgãos que deveriam coibir e corrigir tais práticas.

O mesmo se deu no Processo 0010295-82.2017.5.15.0091. Neste caso, a reclamada, mulher trans sofrera constrangimento por ter que ostentar crachá de identificação correspondente à identidade atribuída no nascimento. A autora trajava-se como mulher, apresentara-se pelo nome social e gênero feminino desde o momento de sua contratação. Isso não impediu que fosse constrangida por prática assediosa e violenta recorrente no ambiente de trabalho. Abaixo, trecho

15 RT 0012517-07.2017.5.15.0064

retirado da íntegra da sentença revela estar bastante claro a questão, inobstante também na decisão judicial, a reclamante estar endereçada por seu nome masculino.

No segundo momento, faço o ajuste, de acordo com a gravidade do fato. Conforme retro analisado, a Reclamada agiu com total despreparo, com uma profunda insensibilidade e desrespeito ao ser humano que estava trazendo para dentro das suas dependências. Ora, a Reclamante já se apresentou para a contratação como mulher, apresentou documentos civis alusivo ao seu sexo de nascimento e nome de registro e, ainda assim, não foram tomadas providências para o devido acolhimento da empregada. O fato de lhe atribuir um crachá com nome masculino, determinar-lhe o uso de um compartimento restrito, dentro do banheiro masculino, por óbvio, resultaria em constrangimento. Se a Ré, pelo motivo que fosse, não concordasse com a condição pessoal assumida pela Reclamante, não deveria tê-la contratado, o que, por certo, frustraria as desagradáveis ocorrências narradas nestes autos.

Subsistem também mecanismos de discriminação velada praticada contra pessoas trans. São muito mais difíceis de serem comprovadas, como por exemplo, a prática de mantê-las na ociosidade ou ocultadas dos olhos do público tão logo se identifique a transgeneridade.

Neste sentido, acórdão de Relatoria do Desembargador Lorival Ferreira dos Santos¹⁶, destaca;

[...] Ora, o fato do empregador deixar o empregado na ociosidade, sem qualquer função, marginalizando-o no ambiente de trabalho, constitui inequivocamente assédio moral. E, na hipótese, o assédio moral é decorrente da discriminação de que o autor foi vítima, discriminação essa que sequer foi declarada, mas, sim, velada, que é aquela que é mais difícil de ser comprovada, porque não se caracteriza por comportamento visível a todos. Neste contexto, a conduta do superior hierárquico violou o princípio da dignidade como pessoa humana, adotado como fundamento de nossa república (art. 1º, III e IV, da CF), sendo devida ao obreiro a reparação civil pelo dano moral sofrido mediante a condenação do reclamado ao pagamento de indenização.

As pessoas trans vivenciam cotidianamente processos de violência estigmatizantes que surgem desde o momento em que não se compreendem no corpo físico que nasceram.

O processo de construção da identidade trans é em si, marcada por violência estrutural. *Em seu cotidiano, as pessoas transgênero são alvos de preconceito, desatendimento de direitos fundamentais*¹⁷. É corriqueiro que tenham negado acesso à saúde, sejam vítima de exclusão escolar, exclusão do seio familiar, exclusão do mercado de trabalho.

Em comparação às pessoas cisgêneras, as pessoas trans experimentam pior bem estar, já que vivenciam experiências de estigmatização, processos de desvalorização de sua identidade construídos socialmente, discriminação¹⁸. Especialmente os mais jovens *configuram-se como suscetíveis a piores condições de saúde mental, com predisposição a desenvolver depressão, ansiedade, autoflagelação e comportamento suicida*.¹⁹

16 (TRT-15 – RECURSO ORDINÁRIO: 36151 SP 036151/2010, Relator: LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS, Data de Publicação: 02/07/2010) .

17 JESUS, 2012.

18 ZUCCHI *et al*, 2019.

19 CORREA *et al*, 2020.

O potencial de dano psicológico e físico do assédio moral no ambiente de trabalho na população trans é maior pelas particularidades que envolvem a existência trans.

Neste sentido, coibir as práticas assediosas e violentas no ambiente laborativo é essencial para a superar as dificuldades que se apresentam desde os processos seletivos. Muito embora as empresas persigam a retenção de talentos em seus quadros, a superação das barreiras impostas já no recrutamento é um desafio.

A criação de uma cultura empresarial inclusiva engatinha no Brasil e tentativas de incorporar a convenção 190 da OIT são ainda tímidas.

O projeto de lei 167/20 que tramita apensado ao projeto de Lei 2369/2003 propõe incorporar na CLT o artigo 169-A de seguinte redação:

“Art. 169-A. As empresas proporcionarão aos seus empregados a participação em curso sobre prevenção e combate ao assédio moral e ao assédio sexual no ambiente de trabalho, nos termos do regulamento.”

Ainda que o Projeto não faça em sua justificativa qualquer menção à Convenção 190, a sua aprovação converge para os fundamentos apontados no documento, assim como o projeto de lei 11.212/2018 que propõe a criação de um selo destinado a reconhecer órgãos ou entidades da administração pública que se destaquem no desenvolvimento de iniciativas voltadas ao combate de práticas identificadas como assédio moral no ambiente de trabalho.

Fatores que antes eram levados em consideração para a delimitação da ocorrência ou não do assédio moral ou da violência no ambiente de trabalho como frequência, repetição e duração das agressões hoje tem sido mitigados em favor de uma compreensão mais complexa das situações.

Isso porque o dano psíquico ou físico produzido nas vítimas não pode ser quantificado pela padronização das condutas assediadoras, mas pela observâncias das condições concretas. Neste sentido, ao reportarmos o assédio e a violência dirigidos contra uma minoria que já experiencia processos violentos em razão de sua existência, como é o caso da população trans, o dano seguramente é potencializado.

O cotejo dos casos disponíveis para consulta no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, aponta que em média o valor das indenizações atribuídas em razão de assédio moral e violência contra pessoas trans em razão de sua identidade de gênero é de cerca de R\$ 15.000,00 (Quinze mil reais).

O valor é seguramente insuficiente para que as condenações sejam revestidas de caráter pedagógico. Inobstante, é preciso rediscutir a importância do uso do nome social no patrocínio das reclamações trabalhistas.

Num exercício empático, imaginem o constrangimento experimentando pela pessoa trans

ao ouvir o apregoamento da audiência trabalhista nos sistemas de som das Varas do Trabalho convocando a parte reclamante pelo nome de batismo, que não corresponde à sua figura.

Assim, incorporar as disposições sobre a violência e o assédio moral em razão do gênero para o contexto brasileiro, extrapola o ambiente corporativo, a perseguição da diversidade nos quadros e do meio ambiente de trabalho livre de preconceito.

É preciso que se adote práticas elementares como a adoção do pronome de gênero correspondente e nome social em todas as esferas públicas, que seguem resistentes, muito embora o Decreto Legislativo 8.727/2016 determine essa obrigatoriedade a todos os órgãos da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional.²⁰

CONCLUSÃO

A superação de todas as formas de violência e assédio desafia indistintamente toda a sociedade e o mundo das relações de trabalho. Quando a violência se dá por sobreposições de formas de opressão direcionadas a grupos vulneráveis, os efeitos nocivos, especialmente os danos psíquicos se revelam muito mais complexos, posto que ao buscar reparação, a vítima experimenta novas formas de violência institucionalizadas.

Neste sentido, a publicação da convenção 190 da OIT atende à necessidade urgente de trazer ao ambiente laboral a discussão sobre as identidades plurais, num momento em que as empresas passaram a perseguir uma rede de colaboradores diversa.

O grande desafio que se apresenta é rediscutir a questão da transfobia nas relações de trabalho, assim como todas as formas de violência e assédio moral. A pauta é de extrema complexidade, dada a ausência normativa e à resistência de vários órgãos a observar regras elementares como uso de sanitários, nome social, dentre outras práticas. Da mesma forma, o *quantum* indenizatório que costumeiramente se atribui para fins de reparação financeira dos danos causados pela prática do assédio moral e da violência contra a população trans, não se mostra suficiente para adquirir o caráter pedagógico da decisão, o que poderia coibir novos casos, assim como não reflete o gravame a que são submetidos, dado que estudos científicos apontam maior nível de sofrimento psíquico nesse segmento populacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Mário Aquino; GALEÃO-SILVA, Luís Guilherme. *A crítica do conceito de diversidade*

20 In verbis: Art. 2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, de acordo com seu requerimento e com o disposto neste Decreto. Parágrafo único. É vedado o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a pessoas travestis ou transexuais.

nas organizações. In: Encontro De Estudos Organizacionais. Recife, ANPAD, 2002. On: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/eneo2002-70.pdf>. Access on 08 out 2020.

BRASIL, Presidência da República. Decreto 8.727 de 28 de abril de 2016. Dispoe sobre o uso de nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. On: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Access on 12 out 2020.

BRAZ, Albany. *Diferenciação sexual anormal: “estados intersexuais”*. In: MUSTACCHI, Zan. Genética baseada em evidências: Síndromes e heranças. São Paulo: CID, 2000, pp. 907-934.

CORREA, Fábio Henrique Mendonça *et al.* Pensamento Suicida entre a população transgênero: um estudo epidemiológico. In: Jornal Brasileiro de Psiquiatria volume 69 n 1. Rio de Janeiro jan/mar. 2020. On: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0047-20852020000100013&lang=pt. Access 12 out 2020.

ETHOS, Instituto. Como as empresas podem (e devem) valorizar a diversidade. São Paulo: Ethos, 2000.

FAUSTO-STERLING, Anne. *The Five Sexes: Why male and Female are not enough*. In: The Sciences, March/april, 1993. Pp 20-24. On: https://www.researchgate.net/publication/239657377_The_Five_Sexes_Why_Male_and_Female_are_not_Enough. Access on 08 out 2020.

FAUSTO-STERLING, ANNE. *"THE FIVE SEXES, REVISITED."* The Sciences, vol. 40, no. 4, 2000, p. 18. Gale Academic OneFile, . Accessed 8 Oct. 2020. On: <https://go.gale.com/ps/anonymous?id=GALE%7CA63787449&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=0036861X&p=AONE&sw=w>. Access on 08 out 2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Violência Transfóbica e Movimentos de Aformação Identitária no Brasil: Desafios e Possibilidades. On: https://www.researchgate.net/publication/233854795_Violencia_transfobica_e_movimentos_de_afirmacao_identitaria_no_Brasil_desafios_e_possibilidades. Access on 10 out 2020.

MOURA, LOPES; Renan Gomes de, Paloma de Lavor. Comportamento organizacional frente à diversidade: a inclusão de travestis e transexuais no mercado de trabalho. In: Simpósio de Excelência em Gestão de Tecnologia. . Disponível em <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos17/1182593.pdf>. Access on 11 out 2020.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZUCCHI, Eliana Miura, *et al.* Bem Estar Psicológico entre travestis e mulheres transexuais no Estado de São Paulo, Brasil. In: Cadernos de Saúde Pública, vol. 35 n 4 Rio de Janeiro 2019. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019000305008&lang=pt. Access on 12 out 2020.

O PAPEL DO ESTADO NA TOMADA DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA EM PROTEÇÃO À MULHER

Daniela Braga PAIANO¹
Luiza Ribeiro de OLIVEIRA²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto das medidas protetivas de urgência, novidade trazida pela Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha. Além disso, visa demonstrar a aplicabilidade dessas medidas no Brasil, bem como analisar o papel do Estado na efetivação deste instituto. Por meio do método da pesquisa qualitativa de fontes primárias e secundárias, demonstrou-se a evolução do papel da mulher no Brasil, de maneira que a Constituição de 1988 e a Lei Maria da Penha foram legislações marcantes para promover maior igualdade entre o homem e a mulher. No presente trabalho concluímos que as medidas protetivas de urgência foram consideradas um dos institutos mais importantes trazidos pela Lei Maria da Penha, já que visa primordialmente, combater e evitar diretamente à violência contra a mulher, porém, devido à falta de recursos estatais enfrentam grandes dificuldades para a sua efetiva aplicabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas Protetivas de Urgência. Lei Maria da Penha. Aplicabilidade.

ABSTRACT

This work aims to analyze the institute of emergency protective measures, a novelty brought by Law 11.340 / 2006, called Maria da Penha Law. In addition, it aims to demonstrate the applicability of emergency protective measures in Brazil, as well as to analyze the role of the State in making this institute effective. Through the qualitative research method of primary and secondary sources, the evolution of the role of women in Brazil was demonstrated, in a way that the 1988 Constitution and the Maria da Penha Law were remarkable legislation to promote greater equality between men and women. In the present study, we concluded that emergency protective measures were considered one of the most important institutes brought by the Maria da Penha Law, since it primarily aims to combat and directly prevent violence against women, however, due to the lack of state resources, they face great difficulties for its effective applicability.

KEYWORDS: Protective Urgent Measures. Maria da Penha Low. Applicability.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher no Brasil é fruto de uma sociedade patriarcal que pendurou por décadas e que ainda possui fortes raízes na sociedade atual. Desde o descobrimento do país, há uma concepção de inferioridade da mulher ao homem, como se esta fosse propriedade daquele. Com a Revolução Industrial este cenário passou por mudanças, já que houve a necessidade da mão de obra feminina, o que obrigava a mulher sair do âmbito familiar. Foi ao longo do tempo que os primeiros

-
- 1 Doutora em Direito Civil pela USP, docente de graduação e do Programa em Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Coordenadora do Projeto de Pesquisa e Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, danielapaiano@hotmail.com
 - 2 Graduanda do 4º ano do curso de Direito, Universidade Estadual de Londrina, luizaribeiro03@hotmail.com, vinculada ao projeto de pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias.

movimentos feministas começaram a surgir e reivindicavam direitos que garantissem tratamento mais igualitário às mulheres.

Um destes movimentos feministas foi a base que garantiu que, a Constituição Federal de 1988 consolidasse como garantia a igualdade entre o homem e a mulher. Com este marco, deu-se o primeiro passo para que a questão de desigualdade de gênero e principalmente a violência contra mulher passasse a ser discutida no país. Em 2006, com o caso da Maria da Penha que acabou repercutindo no mundo todo, a Lei 11.340 foi promulgada e finalmente trouxe diversos institutos que visam combater especificamente a violência doméstica e familiar, garantindo à mulher uma maior segurança.

Um destes institutos são as medidas protetivas de urgência que visam coibir e evitar que determinada violência volte a ser perpetrada pelo agressor, a fim de garantir a segurança, a integridade física e moral da vítima. Dispostas no Capítulo II, dos artigos 18 ao 24 da Lei Maria da Penha, há diversos meios que visam não somente afastar fisicamente o agressor da vítima, mas também proteger seus familiares, as principais testemunhas, as crianças envolvidas no caso e também, resguardar o patrimônio da mulher.

Por meio do método da pesquisa qualitativa de fontes primárias e secundárias, analisou-se como as medidas protetivas de urgência estão sendo aplicadas no Brasil, bem como a sua aplicabilidade e efetividade colocada na Lei Maria da Penha, além disso, aponta-se a necessidade da atuação do Estado em garantir que este instituto seja efetivamente aplicado. Demonstrou-se ainda, como vem sendo aplicado o “botão do pânico” novidade trazida a fim de garantir a fiscalização das medidas protetivas.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DA MULHER NO BRASIL

A violência contra mulher é um mal que assola a sociedade brasileira e o mundo todo a muito tempo e que percorre décadas. Com os movimentos feministas ocorridos na história, este assunto está a cada dia mais sendo colocado em pauta e trazendo à tona algo que continuamente permanece por muitas vezes velado. No Brasil, houve extrema influência do modelo patriarcal que pendurou por muito tempo e que ainda reflete suas consequências na sociedade atual.

Como bem conceitua Max Weber (2004, p.188), patriarcalismo é um tipo ideal de dominação, onde um indivíduo impõe sua vontade a terceiros, de maneira que a figura do homem no sistema patriarcal representa tradição, algo que sempre existiu. Assim, é deste tipo ideal de dominação, que para o autor o senhor patriarcal consegue legitimar seu poder, já que este é considerado sagrado advir de uma tradição (WEBER, 2004, p.234).

Segundo o autor José Carlos Leal (2004, p.166) o modelo patriarcal começou a se fixar no

Brasil no início do século XVI, com a chegada dos portugueses no Brasil, bem como com o surgimento dos primeiros latifúndios, que eram regidos pelos “senhores do engenho”. É neste cenário que se tem a figura do ‘pater familias’, que representava o poder do homem dentro do âmbito familiar.

No sistema da formação de latifúndios no Brasil e a formação dos grandes engenhos, bem como a vinda dos escravos africanos, estabeleciam-se as chamadas casas-grandes, que eram regidas pelas chamadas “matronas”, mulheres europeias responsáveis pela organização da casa e que trouxeram uma boa parte da cultura europeia ao país (LEAL, 2004, p.166).

Em meio ao contexto de ascensão dos famosos engenhos de açúcar, o papel da mulher era secundário. Quem representava toda fragilidade e incapacidade da sociedade era mulher, que vivia em detrimento do homem, responsável por tomar todas as decisões do lar. Nas palavras da autora Mary Del Priore:

A dispersão dos núcleos de povoação reforçou as funções da família no interior da qual a mulher era mantida enclausurada. Ela era herdeira das leis ibéricas que a tinha na conta de *imbecilitas sexus*: incapaz, como crianças ou os doentes. Só podia sair de casa para ser batizada, enterrada ou se casar. Sua honra tinha de ser mantida a qualquer custo. (Del Priore, 2013, p.9-10).

Ainda, havia as Ordenações Filipinas que legitimavam toda violência perpetrada pelo homem, de maneira que o autorizava a violentar sua esposa com pau ou pedra, e caso a mulher praticasse adultério, o marido tinha o direito de matá-la (ENGEL, 2005, s.p). Além da violência física autorizada aos homens, as mulheres não podiam sair de sua própria casa sem autorização do marido. Como bem expõe José Carlos Leal (2004, p.168), os homens temiam que estas saíssem de casa e descobrissem toda a realidade do mundo.

Além disso, no regime patriarcal havia um estereótipo de mulher que era rigorosamente seguido pela sociedade. Elas eram criadas para se casarem virgens, discretas, a fim de representarem pureza. As roupas eram controladas pelos seus maridos e deveriam cobrir o máximo do corpo, além de que, as mulheres não tinham envolvimento com política e a sua única profissão era cuidar do lar (LEAL, 2005, p.172).

Com a vinda do Código Criminal de 1830, a mulher que praticasse adultério cometia crime, que tinha como pena a prisão de um a três anos, já que era considerada uma ofensa aos direitos do marido (ENGEL, 2005, s.p). Outra prática muito comum na época e que acabou por ser legitimada pelo Código Criminal de 1830, eram os chamados “crimes passionais”, que consistia no marido que matava sua esposa em determinada situação onde seus sentimentos estivessem alterados ou privados, eram considerados “vítimas do amor”, sendo inocentado pela prática de homicídio (SENADO FEDERAL, 2017, p.10).

A Revolução Industrial foi um dos acontecimentos que fez com que o regime patriarcal fosse perdendo suas forças, de maneira que, o nascimento do capitalismo e o desenvolvimento das grandes indústrias fez com que houvesse um empobrecimento das pessoas e uma desvalorização dos trabalhadores que trabalhavam em condições insalubres. Com isso, houve a necessidade de que mulheres e crianças ingressassem ao mercado de trabalho, já que eram consideradas a mão de obra mais barata e precisavam complementar a renda salarial familiar, porém, as condições trabalhistas impostas eram deploráveis (NASCIMENTO, A.M; NASCIMENTO, S.A., 2014, p.32).

Nos anos de 1970, segundo dados do Instituto de Economia da UNICAMP – CESIT (2017, p.20), o papel das mulheres na sociedade de intensificaram, principalmente por causa dos movimentos feministas que estavam progredindo no mundo, pela industrialização e pelo acesso das mulheres nas universidades. Porém, como aponta o estudo, apesar de todo o avanço feminista, estas ainda ocupavam cargos considerados femininos:

As mulheres permanecem sendo as principais responsáveis pelo trabalho doméstico e os cuidados com filhos e idosos: dedicam, em média, 22 horas semanais, para pouco mais de 10 horas por parte dos homens. São a maioria no setor de serviços de menor qualificação e no emprego doméstico em residências, recebendo, portanto, as menores remunerações. Enquanto isso os homens continuam predominando nos cargos técnicos, cargos de maior qualificação, e nos setores que detém maior índice de inovação tecnológica, assim como nas posições de chefia, que são melhor remunerados (CESIT, 2017, p.20).

No Brasil, mesmo com a vinda do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), foi possível perceber fortes raízes do sistema patriarcal, como por exemplo, o artigo 233 e 242 que versavam sobre o pátrio poder e colocava que os atos que a mulheres não poderiam fazer sem autorização do marido. Foi durante os anos de 1985 em diante, que os movimentos feministas ganharam espaço no Brasil e visavam maior participação social e principalmente o reconhecimento de direitos.

Um dos movimentos mais importante a ser citado é o “Constituinte pra valer tem que ter direitos da mulher, se não fica pela metade”. Movimento este liderado por mulheres que reivindicavam maior participação na Assembleia Constituinte já que estava por vir a nova Carta Magna. Conforme coloca o estudo feito pelo Centro Feminista de Estudos e Assessoria (2010, p.26), em 1986, duas mil mulheres saíram às ruas visando ocupar o Congresso Nacional, com intuito de produzirem a “Carta das Mulheres aos Constituintes”, com aponta as autoras:

Esse foi um grande momento de luta das mulheres brasileiras por justiça social e, vale destacar, uma luta vencedora: mais de 80% das propostas que constavam na Carta das Mulheres à Constituinte foi incorporada à Lei Maior do país. A Carta trazia de forma contundente o tema da violência contra as mulheres, o que possibilitou avanços posteriores nas políticas para o enfrentamento do problema. Valeu tanta luta (Centro Feministas de Estudos e Assessoria. 2010, p.27).

Foram estas manifestações e outras, que se percebe hoje, na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) diversos dispositivos que tendem a igualar o homem e a mulher, como por

exemplo, o art. 5º, I, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” e o artigo 226, §5º “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, deixando de lado o que era imposto pela família patriarcal e a figura do *pater familia*. Nas palavras de Renata Coelho:

Com a Constituição da República firmou-se não apenas a igualdade em sentido negativo e de não-discriminação, como a igualdade positiva, promocional, afirmativa baseada na retirada de barreiras, no apoio, na proteção e garantias especiais a fim de equiparar direitos reconhecendo diferenças (COELHO, 2016, p.5).

Como bem coloca Renata Coelho (2016, p.6), a Constituição Cidadã foi uma porta que se abriu para outras leis que possuem o intuito de resguardar e abranger os direitos fundamentais das mulheres e principalmente punir a violência que permeia a sociedade brasileira. Uma delas é a Lei Maria da Penha, que é um marco para o país e para o mundo, já que coíbe os mais diversos tipos de violência.

Assim, pode-se dizer, que o caminho trilhado na história é marcado por muita desigualdade e opressão, de maneira que, o sistema patriarcal ainda deixa marcas na sociedade. A luta contra a violência dos homens contra as mulheres é intensa e marcada por diversas lutas femininas. Pode-se dizer que a Carta Magna de 1988 foi um grande marco, já que diversos direitos ganharam patamar de direitos fundamentais e que houve outros marcos legislativos, em especial a Lei Maria da Penha que será analisada no tópico a seguir.

1.2 Lei n. 11.340 de 2006 – lei maria da penha

Como já dito anteriormente, o sistema patriarcal brasileiro ainda possui seus rastros na sociedade, colocando à mulher um papel de inferioridade em comparação ao homem. Foram os movimentos feministas que transformam essa realidade aos poucos e que, gradativamente, procuraram romper com o pensamento patriarcal e machista da sociedade. Aos poucos a legislação brasileira foi se modificando com o intuito de garantir maiores direitos e, principalmente, dar enfoque aos crimes cometidos contra a mulher, uma delas é a Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

Sancionada em 7 de agosto de 2006, a Lei 11.340/2006 recebeu o nome de Lei Maria da Penha em homenagem a uma mulher, que foi violentada física e psicologicamente e sofreu diversos tipos de abusos por parte do seu marido. Além disso, Maria da Penha ao procurar a proteção do Estado, deparou-se com seu agressor sendo absolvido pelo Poder Judiciário.

A lei foi sancionada em 7 de agosto de 2006 e recebeu o nome de Lei Maria da Penha em homenagem a uma mulher que, como tantas outras, sofreu diversos abusos em sua relação conjugal e foi negligenciada pelo Poder Judiciário brasileiro que permitiu que o seu agressor fosse absolvido.

Conforme coloca o Instituto Maria da Penha (2020, sp), o caso ficou conhecido internacionalmente já que houve a violação de diversos direitos humanos. Em 2001, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e Maria da Penha trouxeram o caso à tona, fazendo com o que o Brasil fosse condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA) por omissão, negligência e tolerância à violência doméstica praticada contra as mulheres.

Diante deste cenário, veio à tona a necessidade de uma lei que protegesse os direitos das mulheres e garantisse a segurança das mesmas, além de punir o agressor de maneira correta. No ano de 2002, ONGs feministas brasileiras se juntaram para elaborar uma lei especial, que foi intitulada de Lei Maria da Penha, com o objetivo principal de proteger as mulheres vítimas dos mais diversos tipos de violência.

A Lei nº 11.340 promoveu significativas inovações quando comparada as demais leis até então vigentes. Nela, as medidas de auxílio e proteção da mulher vítima de violência doméstica ganharam destaque. Também foi criado o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com o intuito de promover maior segurança jurídica nos julgados, tendo em vista a complexidade das relações familiares e afetivas.

Com a chegada da Lei 11.340/06 pode-se verificar diversas inovações em seu conteúdo. Além de prever os mais diversos tipos de violência contra mulher, saindo apenas da ideia da violência física, trouxe dispositivos com intuito de criar mecanismos multidisciplinares a fim de aumentar o âmbito de proteção da vítima. Ainda, promove a valorização do depoimento da vítima, da proteção das testemunhas, que são peças fundamentais para a incriminação do agressor. Além disso, outra inovação trazida pela lei, são as medidas protetivas de urgência, que tem por finalidade principal evitar a ocorrência da violência contra mulher e até mesmo a ocorrência dos feminicídios.

Infelizmente a Lei Maria da Penha sofre crítica daqueles que acreditam que uma legislação específica para mulheres estaria promovendo tratamento desigual entre os indivíduos, e que, portanto, a lei seria inconstitucional. Porém, apesar de ser uma triste realidade, o número de casos de violência contra mulher é muito maior do que a violência contra os homens, demonstrando a necessidade de regulamentação específica.

Assim, fica clara a importância da Lei Maria da Penha para a sociedade brasileira, já que tem como objetivo principal combater a violência contra mulher, coibir e evitar a ocorrência de crimes e ainda, proteger os direitos fundamentais inerentes a qualquer mulher. Como dito anteriormente, uma das medidas que visam evitar a ocorrência de crimes são as medidas protetivas de urgência, assunto este que será tratado com especificidade no tópico a seguir.

2 DAS MEDIDAS PROTETIVAS

Como dito anteriormente, a Lei Maria da Penha tem como objetivo combater a violência doméstica, bem como criar meios para coibí-la e evitá-la, assim, as medidas protetivas de urgência têm como finalidade efetivar os objetivos buscados pela lei, bem como cessar a violência perpetrada contra a mulher e prevenir que esta pendure.

Como bem aponta Rogério Sanches Cunha (2008, p.138), as medidas protetivas abrangem qualquer mulher independente de raça, etnia, classe social, orientação sexual, idade, cultura, dentre outros. Para tanto, oferecem condições à vítima de prosseguir com a demanda judicial, de permanecer em seu lar, de exercer o direito de ir e vir, de continuar trabalhando etc.

Há grande divergência acerca da natureza jurídica das medidas protetivas. Para alguns autores possuem natureza jurídica de “tutelas de urgência autônomas, de natureza cível e de caráter satisfativo [...]” (DINIZ, 2014, p.3), devendo estas permanecer até quando cessar a violência perpetrada contra a mulher. Assim, pontua-se que as medidas não são instrumentos preparatórios para processos, de maneira que, não são vinculadas a estes, visando proteger e garantir os direitos das mulheres. Nas palavras de Anaílton Mendes de Sá Diniz:

Vincular a existência das medidas protetivas a um procedimento principal (inquérito policial, processo penal ou civil) é entendê-la como medida cautelar preparatória ou incidental (civil ou penal) e essa interpretação não ampara a vítima. Deve-se ponderar que nem sempre os tipos de violência doméstica definidos no art. 7.º, da lei 5, se configuram infração penal prevista no Código Penal ou na legislação penal extravagante (DINIZ, 2014, p.7).

Por outro lado, Denílson Feitoza (2008, p.626) entende que as medidas são cautelares preparatórias, preventivas ou incidentes, podendo haver algumas delas com caráter dúplice, ou seja, podem ser cíveis ou criminais. Assim, ainda para o autor, o artigo 22, por exemplo, em seus incisos I, II, III, alíneas a, b e c, possuem caráter penal, já os incisos IV e V do mesmo artigo, seriam cíveis (FEITOZA, 2008, p.626).

A falta de regramento sobre a natureza jurídica das medidas e por muitas vezes seu caráter dúplice, causa grande insegurança jurídica. Por exemplo, caso a vítima requeira uma medida protetiva que seja cível e outra que seja penal, caso desejasse interpor recurso, teria que recorrer na Câmara Criminal e na Câmara Cível, o que é vedado pelo ordenamento jurídico com base no princípio da unirrecorribilidade (SANCHES; ZAMBONI, 2018, p.8).

Segundo Helen Crystine Corrêa Sanches e Juliana Klein (2018, p.8) “para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto pelo ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando à impugnação do mesmo ato judicial”.

Na Lei 11.340 de 2006, as medidas protetivas de urgência estão previstas no Título IV,

Capítulo, dos artigos 18 ao 24 (BRASIL, 2006). Para obtê-las, a vítima deve realizar um boletim de ocorrência na Delegacia de Polícia, onde a autoridade policial, com capacidade postulatória informará ao juiz e este possui 48 horas para analisar o pedido e comunicar o Ministério Público, afim de este tomar as devidas providências, conforme dispõe o artigo 18 da Lei Maria da Penha (CAVALCANTE, 2014, p.114).

A medida protetiva será concedida independente de audiência entre as partes ou de manifestação do Ministério Público, podendo elas serem aplicadas cumulativamente ou podendo ser substituídas, a fim de aumentar significativamente a proteção da mulher para os mais diversos tipos de violência (Art. 19, §2º da Lei 11.340/06). Conforme será analisado a seguir, a lei numera os tipos de medidas protetivas.

2.1 Das medidas que obrigam o agressor

Conforme o art. 22, da Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2006), são consideradas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e que serão analisadas posteriormente:

- I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, seus familiares e das testemunhas fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV – restrição ou suspensão das visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios (BRASIL, 2006).

A seguir, discorrer-se-á sobre as medidas elencadas.

2.1.1 Suspensão da posse ou restrição do porte de armas:

A principal finalidade de se suspender o uso de armas do agressor, é prevenir que o ato de violência se torne feminicídio. No Brasil, em um estudo realizado pelo IPEA (IPEA, 2020), mostra que no ano de 2018, 552 mulheres foram assassinadas por arma de fogo dentro de sua própria casa e 2000 mulheres foram mortas por arma de fogo fora de suas casas. Assim, visa a lei combater este tipo de violência, além de que, pode colocar em risco também as crianças e familiares envolvidos no âmbito familiar.

A lei toma como base, o indivíduo que tenha a posse legal de arma de fogo, que segundo o art. 6º do Estatuto do Desarmamento, as pessoas que podem portar são “os integrantes das Forças Armadas, das guardas municipais, de alguns órgãos policiais, do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais, guardas portuários, empresas de segurança privada e de transportes de valores”,

além dos tribunais do Poder Judiciário e o do Ministério Público, no exercício de suas funções (Art. 6º, XI da Lei 10.826/2003).

Assim, uma vez concedida a medida de suspensão de posse, há comunicação ao SINARM (Sistema Nacional de Armas), bem como ao órgão respectivo de onde o indivíduo pertença, devendo seu superior cumprir com a determinação, “sob pena de incorrer nos casos de prevaricação ou desobediência, conforme caso”. Porém, ressalta-se que caso o agressor não tenha a posse de armas, este incorrerá nos crimes da Lei nº 10.826/2003.

2.1.2 Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

O juiz pode determinar que o agressor se afaste do local onde conviva com a vítima, que deixe de frequentar locais onde possa encontrá-la, bem como seus familiares ou pessoas próximas (CUNHA, 2008, p.138). Além disso, pode o juiz restringir o agressor de visitar os menores envolvidos, justamente a fim de evitar que este pratique qualquer forma de alienação parental ou que as crianças sofram qualquer tipo de violência (SOUZA, 2008, p.140). Nas palavras da Juíza Elaine Cristina Monteiro Cavalcante:

Deve ser aplicada aos casos em que a permanência do agressor no lar consiste em fator de risco para a ofendida e eventuais filhos, a fim de garantir sua integridade física e psicológica, a ser avaliado pelo magistrado com cautela, tendo em vista os graves impactos nos direitos do averiguado (CAVALCANTE, 2014, p. 122).

Assim, essa medida tem como principal objetivo afastar tanto a ofendida, quanto as crianças envolvidas, seja da própria residência ou de locais específicos, a fim de evitar qualquer prejuízo, seja ele físico ou psicológico.

2.1.3 Da proibição de determinadas condutas (Art. 22, III, A à C):

Analisa-se, a seguir, o disposto no Art. 22, III a-c que determina:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida (BRASIL, 2006).

As medidas colocadas no inciso III do artigo 22 visam proteger não somente a integridade física, mas também psicológica da ofendida, principalmente nos casos em que o agressor persegue a vítima, seja por telefone, pelos familiares, no local de trabalho ou algo do tipo. Visa estabelecer um distanciamento mínimo entre ambos, familiares e testemunhas, tanto fisicamente, quanto os meios tecnológicos (como celulares, e-mails e dentre outros).

Como bem Zamboni (2016, p.35) a principal finalidade de se proteger as testemunhas é que estas configuram como peças importantes para o processo penal que pode advir posteriormente.

Além de que, ao se proteger os familiares, se protege a vítima, já que é através da família que a ofendida busca apoio e ajuda (ZAMBONI, 2016).

2.1.4 Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar:

Esta medida é de suma importância, uma vez já colocado, muitas vezes as crianças acabam por conviver em um ambiente violento e podem acabar sofrendo algum tipo de violência. Como colocado no art. 22, IV da Lei Maria da Penha, é através do atendimento multidisciplinar ou serviço similar que o juiz analisa a situação para conceder a medida protetiva. Porém, como coloca Juliana Garcia Belloque (2014, p.313), se o juiz verificar a urgência e que a perigo aos menores, pode conceder a medida protetiva sem haver relatório. Afirma a autora que é uma das mais graves restrições e que deve ser tomada com prudência, diante da análise do caso em concreto (BELLOQUE, 2014, p.313).

2.1.5 Prestação de alimentos provisionais ou provisórios:

Para o deferimento de alimentos provisionais ou provisórios, deve o juiz analisar os requisitos já mencionados acima, bem como o artigo 1.695 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) que dispõe:

Art. 1695. São devidos alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (BRASIL, 2002).

Porém, há autores que divergem acerca da necessidade da propositura de ação principal de alimentos perante o juízo de família, no prazo de trinta dias. No entanto, o STJ (CONJUR, 2019, s.p) entendeu que no âmbito criminal pode impor ao agressor o pagamento de pensão alimentícia e que ainda, segundo o Ministro Marco Aurélio Bellizze, não há nenhum dispositivo legal que coloque a necessidade de interpor ação perante a Vara de Família em 30 dias (CONJUR, 2019, s.p). Ele ainda afirmou que não uma vez fixado os alimentos perante juízo competente, não há necessidade de ser ratificada por outro juízo (CONJUR, 2019, s.p).

2.2 Medidas protetivas de urgência à ofendida

2.2.1 Encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento:

Presente no artigo 23, inciso I da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), essa medida possui caráter civil e pode a vítima ao momento de registrar o boletim de ocorrência requisitar à autoridade

policial. Bem como, pode ser determinada de ofício pelo juiz ou a pedido da Defensoria Pública ou Ministério Público.

Ressalta-se que, essas medidas protetivas demonstram a importância e a necessidade da atuação do Estado e principalmente na organização da rede de enfrentamento à violência contra mulher, ou seja, nas palavras da Defensora Pública Samara Wilhelm Heerdt:

[...] segundo a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, diz respeito à atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não-governamentais e a comunidade, visando ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção; e de políticas que garantam o empoderamento das mulheres e seus direitos humanos, a responsabilização dos agressores e a assistência qualificada às mulheres em situação de violência. (HEERDT, 2014, p.319)

Além disso, a Defensora Pública Samara Wilhelm Heerdt (2014, p.319) coloca, que a rede de atendimento deve englobar diversos setores, como por exemplo, a assistência social, o judiciário e a saúde, visando a interdisciplinaridade melhorar a realização do atendimento, que deve ser adequado e humanizado, já que são vítimas em situação de violência e fragilidade.

2.2.2 Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor, o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos e determinar a separação de corpos:

Essa medida está ao lado das medidas protetivas que obrigam o agressor citado no tópico anterior, já que visa o afastamento do agressor ao lar, com propósito de proteger a vítima, bem como seus familiares. Além disso, pode haver relatório realizado por equipe especializada na área psicossocial, que realizará estudo do caso concreto, verificando todos os pontos capazes de ajudar o julgador na sua decisão. Porém, ressalta-se que o deferimento da medida protetiva de urgência não depende do estudo, já que tendem exatamente cessar a violência de caráter de urgência.

Como bem coloca Wilson Lavorenti (2009, p.270), a separação de corpos na Lei Maria da Penha é diferente da previsão do Código Civil, já que basta a mulher requerer perante à autoridade policial. Porém, o autor ressalta que a separação de corpos presente na Lei 11.340/2006 deve ser concedida quando houver a prática de violência contra mulher e não outras questões civis, já que fugiria do objetivo da lei já citada.

Além disso, não há impedimentos para haver a cumulação das medidas protetivas à ofendida com as que obrigam o agressor, visando justamente maior integralidade na proteção da vítima, abrangendo juntamente seus familiares e as testemunhas essenciais.

2.2.3 Proteção aos bens particulares da ofendida e ao patrimônio da sociedade conjugal:

Presente no artigo 24 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), as medidas colocadas nos

incisos I à IV visam primordialmente a proteção dos bens da mulher, sejam eles particulares ou advindos do relacionamento com o agressor. Assim, caso algum bem comum é subtraído, passando o agressor a ter a posse com exclusividade, pode a mulher requerer a medida, já que lhe pertence metade.

O inciso I do artigo 24, é relacionado aqueles bens móveis pertencentes a vítima que foram subtraídos ou estejam na iminência de serem ocultados indevidamente pelo agressor. Já o inciso II, refere-se aos bens imóveis pertencentes ao casal e havendo receio que seja realizado, a locação ou a venda de determinado imóvel, pode a mulher requerer a medida protetiva no momento da efetuação do boletim de ocorrência. Uma vez deferida, qualquer ato praticado é considerado inválido. Porém, ressalta-se o caráter temporário desta medida, que pode ser revista a qualquer momento pelo juiz.

Já o inciso III, refere-se a possibilidade de suspensão das procurações concedidas pela vítima em favor do agressor, ou seja, com o deferimento fica o ofensor incapacitado de realizar transações quanto ao patrimônio do casal. Porém, ressalta Maria Berenice Dias (2007, p.91) que apesar da Lei Maria da Penha colocar “suspensão” o ordenamento jurídico brasileiro apenas admite a revogação das procurações.

Por fim, o inciso IV, dispõe acerca das perdas e danos materiais decorrentes da violência doméstica, incluindo-se até mesmo os lucros cessantes. Assim, dispõe o inciso, acerca da exigência de caução que garante o posterior pagamento da indenização, que possui caráter cautelar, já que visa a satisfação de eventual direito reconhecido em demanda autônoma proposta pela vítima. Ressalta-se que o dispositivo não abrange somente as condutas físicas, de maneira que, as psicológicas e morais são acolhidas pela lei e que deverão ser obtidas por meio do laudo técnico da equipe multidisciplinar (HEERDT, 2014, p.323).

3 O PAPEL DO ESTADO NA TOMADA DAS MEDIDAS PROTETIVAS

Como analisado nos tópicos anteriores, a violência perpetrada contra a mulher é fruto de um histórico patriarcal que está presente a muito tempo na sociedade brasileira. A Lei Maria da Penha pode ser considerada com um dos maiores avanços ao combate à violência doméstica, já que procurou rotular os mais diversos tipos de violência existentes, além de criar mecanismos que vinculem a atuação do Estado no combate à violência. Uma das inovações, como já exposto no tópico anterior, foram as medidas protetivas de urgência, que visam garantir a proteção da mulher, bem como resguardar toda a integridade física, patrimonial e psíquica.

Conforme dispõe o artigo 8º da Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2006) a política pública que visa o enfrentamento da violência doméstica e familiar, é um conjunto articulado entre a União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios e tem como diretrizes diversos pontos colocados pelo

artigo, em seus incisos I à IX, como a promoção de campanhas educativas a fim de conscientizar acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher, atendimento especializado para mulheres nas Delegacias de atendimento à Mulher, dentre outros.

Quando a mulher sofre a violência doméstica ou familiar, ela passa por diversos ciclos da violência, e acaba por afetar drasticamente seu psicológico, o que muitas vezes acontece é que profissionais ligados a esta área, acabam por não ter o devido preparo para lidar com essas situações, o que por consequência a vítima tem diversos direitos violados (FERNANDES; PEREIRA, 2008, p.13-17)

Assim, o papel a ser desempenhado pelo Estado é de promover ações que abranjam as mais diversas áreas da violência, tanto nos espaços públicos, quanto privados, sejam eles direcionados a saúde, ao atendimento humanizado e qualificado dos postos das Delegacias, sejam elas especializadas ou não, às casas de abrigos direcionadas ao acolhimento das vítimas, dentre outros, a fim de colocar efetivamente a Lei Maria da Penha e seus dispositivos.

Visando apontar diretamente as medidas protetivas de urgência, o que se discute atualmente é se o Estado vem realmente colocando em prática os apontamentos necessários para a real efetivação das medidas protetivas de urgência, tendo em vista que, muitas vezes os agressores acabam ficando impunes e continuam perpetrando a violência contra a mulher (BATISTA; ABRANTES, 2015, p.5). O que se tem apontado é a falta de fiscalização do cumprimento das medidas já que, por muitas vezes o agressor realiza diversas ameaças à vítima, fazendo com que a mesma desista de prosseguir com a representação (VASCONCELOS; RESENDE, 2018, p.129).

Em um estudo de campo, realizado no Estado do Rio de Janeiro, com as assistentes sociais do CREAS II – CAMPOS DOS GOYTA (SILVA, 2015, p. 90), elas informaram que na maioria das vezes o agressor não respeita a determinação das medidas protetivas, nas palavras de uma das profissionais:

‘O agressor não respeita essa medida, são muito poucos que consideram isso um caso policial né?! Fica com medo do policial né?! Da polícia né?!, E afasta, afasta em termos né, ficam fazendo outros tipos de contato, ou mandar um recado, ou telefone que é muito comum... Muitas voltavam aqui e diz que não tá adiantando nada, aí qual é o nosso papel? Encaminhar para o Ministério Público, ou pra delegacia, se ela tivesse uma prova né, uma testemunha, ou mesmo até a mensagem...’ (profissional 3) (SILVA, 2015, p. 90).

Em relação aos abrigos criados para atender as mulheres vítima de violência, conforme expõe o artigo 23, I, da Lei Maria da Penha, as profissionais relataram que existem certos requisitos a serem seguidos, como por exemplo, a vítima não pode ter acesso ao celular ou à internet (SILVA, 2015, p. 91). Diante do estudo das mulheres acolhidas, verificou-se que diversas vítimas recusavam o acolhimento oferecido pelo abrigo. Muitas delas alegaram que não foram porque não queriam sair de suas próprias casas, uma delas relatou “aí eles falaram: você vai ficar **trancada** (grifo nosso) lá,

não vai receber visita, não pode usar celular”. (entrevistada1)” (SILVA, 2015, p. 83). Além disso, o estudo apontou que diversas vezes o agressor acaba descobrindo o local e ameaçando os funcionários para conseguir chegar até a vítima (SILVA, 2015, p. 84)

Para Heleieth Saffioti (2001, p.121) pela escassez dos recursos, há trabalhos pedagógicos somente com a vítima, o que para ela pode ser um problema, já que a relação violenta envolve diversos personagens, dentre o agressor. Com esses grupos que trabalham também com o agressor, a maior chance de que este não venha repetir as condutas delitivas. Nas palavras da autora:

Em pelo menos duas cidades do Brasil – Rio de Janeiro (RJ) e São Gonçalo (RJ) – fizeram-se acordos com juízes, tendo estes alterado suas sentenças em direção ao ensinamento dos homens violentos, obrigando-os seja a frequentar grupos de reflexão supervisionados por equipes multidisciplinares de profissionais feministas homens (RJ), seja a prestar serviços em associações destinadas ao encaminhamento de mulheres vítimas para órgãos do Estado ou ONGs, capazes de auxiliá-las. Penas alternativas como estas, de caráter pedagógico, podem oferecer uma expectativa de mudança das relações de gênero. O Noos, ONG situada na cidade do Rio de Janeiro, desenvolve trabalho bastante interessante com agressores, discutindo suas condutas violentas em relação a suas companheiras. Seu sucesso tem sido enorme, uma vez que o ‘índice de recaída’ (homens que voltam a perpetrar violências) é irrelevante (SAFFIOTI, 2001, p. 122).

Uma das alternativas propostas e que foi implementada na cidade de Vitória, Espírito Santo, é o chamado “Botão do Pânico”. O aparelho, denominado tecnicamente de Dispositivo de Segurança Preventiva (DSP) “consiste em um microtransmissor GSM, com GPS integrado que permite a captação do áudio ambiente no momento da ativação, garantindo o registro fidedigno dos fatos ocorridos após o acionamento do aparelho” (TAVARES; CAMPOS, 2018, p. 399).

A principal finalidade é justamente tornar eficaz a aplicabilidade das medidas protetivas concedidas pelo juiz às vítimas de violência doméstica e familiar. Para ter acesso ao botão do pânico, determinados procedimentos precisam ser seguidos: 1) a vítima é cadastrada em um sistema skybox, onde é coletada todas as suas informações pessoais e de localização, bem como o acesso imagens via “google street view”; 2) com aparelhos em mãos, há o fornecimento de informações à vítima de como utilizá-lo; 3) havendo a violação da medida protetiva, deve a vítima apertar o botão por três segundos e “será enviado um sinal para os smartphones das Patrulhas Maria da Penha e para a Central DSP, que deverão atender a ocorrência e garantir a integridade da vítima” (TAVARES; CAMPOS, 2018, p.400)

No Paraná, a medida de implantação do botão de pânico foi iniciativa da Deputada Cristina Silvestri e acabou por ser sancionada em 2016 no governo do Beto Richa. A Lei nº 18.868/2016 (alterada pela lei 19.858/2019), estabelece as diretrizes gerais do funcionamento do dispositivo para mulheres e idosos em situação de violência doméstica ou familiar (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, 2016, s.p). Porém, uma reportagem produzida pela Folha de Londrina (2019, s.p) mostra que somente três cidades do Paraná o serviço foi implantado em Irati, Apucarana

e Arapongas.

Em setembro do ano passado, a Comissão de Defesa da Mulher aprovou a proposta do fornecimento obrigatório de dispositivos móveis ou outro meio de conexão com a autoridade policial, para as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2019, s.p). O texto que está sendo analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, ainda permite ao juiz submeter o agressor ao monitoramento eletrônico, a possibilidade de emissão de busca e apreensão de armas de fogo e ainda, que o agressor arque com os custos do equipamento de monitoramento eletrônico (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2019, s.p). Nas palavras da relatora a Deputada Luisa Canziani:

Todos os projetos de lei têm finalidade semelhante e merecem aprovação, a fim de conferir à vítima de violência doméstica e familiar mecanismos mais eficazes de proteção, tranquilidade e integridade. (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2019, s.p).

A Deputada Luisa Canziani ainda afirma a necessidade da aprovação do Projeto de Lei nº 1.0024/2018 que altera especificamente o art. 19 da Lei Maria da Penha, acrescentando o §4º, que possui a intenção de tornar obrigatório a entrega do dispositivo móvel, atualmente o projeto está na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC):

§ 4º Para conferir maior efetividade às medidas protetivas de urgência, poderá ser entregue à ofendida dispositivo móvel de segurança, conectado com unidade policial, capaz de emitir alerta imediato de ameaça ou de violação de direitos. (NR) (CÂMARA LEGISLATIVA, 2018, s.p).

No Rio Grande do Norte, de acordo com Ato Conjunto nº 05 do TJRN de 15 de maio de 2020 (RIO GRANDE DO NORTE, 2020), que regulamenta a aplicação do botão do pânico, a monitoração eletrônica somente será aplicada quando verificar-se a necessidade, por meio de demonstração da insuficiência de outra medida cautelar “diversa da prisão ou de medida protetiva de urgência”, além da gravidade dos atos e do caso concreto. Além disso, o Ato Conjunto de nº 05 do TJRN, demonstra o caráter subsidiário do botão do pânico, priorizando as redes de enfrentamento.

Nota-se que apesar de haver uma legislação bem elaborada e que objetiva a proteção integral da mulher, é nítida a falta de efetividade da norma, devido à falta de recursos e principalmente condições para que a lei seja efetivamente colocada em prática. Além disso, há necessidade da criação de toda uma equipe multidisciplinar para que consiga abranger todos os âmbitos da violência, desde os programas de atendimento à mulher e ao homem, a preparação dos agentes policiais em lidar com os casos, a uniformidade da instalação de varas especializadas em violência contra mulher em todo o Brasil, que a instalação do botão do pânico seja integralmente colocada no país e dentro outros.

Além disso ressalta-se a importância da criação das medidas protetivas de urgência que são

consideradas como uma inovação da Lei Maria da Penha, como uma contribuição de suma importância para o combate a violência doméstica contra a mulher. Portanto, verifica-se que há um longo caminho a ser percorrido no que tange haver a plena eficácia da aplicação da Lei Maria da Penha e principalmente das medidas de urgência. A falta de recursos estatais vem sendo o maior empecilho para que este inovador instituto consiga efetivamente ser aplicado e resguardar a integridades das mulheres vítima de violência doméstica.

CONCLUSÃO

Dado o exposto, verifica-se que a cultura patriarcalista permanece presente até os dias de hoje, o que é demonstrado todos os anos pelos números de mulheres mortas diariamente, tanto em sua própria casa, como fora dela. Em um país de extrema desigualdade entre os gêneros, foi com a Constituição de 1988 que o primeiro passo foi dado em relação a garantia dos direitos femininos.

Com a vinda da Lei Maria da Penha, a proteção contra a mulher se tornou abrangente, já que especificamente trata da violência doméstica e familiar. Além disso, trouxe uma gama de novidades que visam coibir, criar mecanismos de prevenção, bem como impor a atuação do Estado no combate à violência contra a mulher. Um desses institutos foram as medidas protetivas de urgência que traz diversos meios de proteger a mulher, não somente fisicamente, mas também patrimonialmente e psicologicamente.

Mesmo diante da previsão na Lei Maria da Penha, verificou-se que a falta de fiscalização das medidas protetivas de urgência vem sendo um dos maiores empecilhos para que esta seja efetivamente aplicada, já que muitos agressores a consideram um pedaço de papel e acabam desrespeitando a medida imposta pelo juiz. Além disso, a falta de recursos estatais capazes de abranger todas as necessidades oriundas da aplicação das medidas protetivas, como a criação de equipes especializadas, de núcleos de atendimentos e núcleos de abrigo, acabam por tornar ineficazes a aplicação deste instituto.

Verificou-se, ainda, que no Estado do Espírito Santo houve a criação do botão do pânico, aparelho este destinado a fiscalização das medidas protetivas por um simples toque da vítima. Apesar de alguns estados do Brasil terem aderido ao projeto do botão de pânico, constata-se que há um grande caminho a ser percorrido para que seja efetivamente colocado em prática. Analisou-se ainda, que há um projeto de lei que visa acrescentar à Lei Maria da Penha a obrigatoriedade da disponibilização dos botões de pânico pelo Estado, a fim de vincular a responsabilidade deste na efetiva aplicação da Lei Maria da Penha.

REFERÊNCIAS

ATLAS DA VIOLÊNCIA. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/200826_ri_atlas_da_violencia.pdf. Acesso em: 06 outubro 2020.

BATISTA, Tamirls Caldas. ABRANTES, Joselto Santos. **A aplicação das medidas protetivas na defesa da mulher abrigadas pela Lei Maria da Penha em Macapá no ano de 2015**. Revista Científica Multidisciplinar do CEAP, 2015. Disponível em: <http://periodicos.ceap.br/index.php/rcmc/article/view/20/13>. Acesso em: 05 outubro 2020.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Das Medidas Protetivas que obrigam o agressor – artigos 22. Compromisso e Atitude, 2014. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-igp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/2_artigos-22.pdf. Acesso em: 08 outubro 2020.

BOTÃO DO PÂNICO: APENAS TRÊS MUNICÍPIOS NO PR IMPLANTARAM O SISTEMA. **Folha de Londrina**, 2019. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/cidades/botao-do-panico-apenas-tres-municipios-no-pr-implantaram-o-sistema-2941071e.html>. Acesso em: 05 outubro 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Lei 11.340 de sete de agosto de 2006 – Lei Maria da Pena**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 08 outubro 2020.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil de 2002**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm . Acesso em: 08 outubro 2020.

BRASIL. **Lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916 – Código Civil de 1916**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1916. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 08 outubro 2020.

BRASIL. Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em: 08 outubro 2020.

BRASÍLIA. Câmara Legislativa. **Projeto de Lei nº 10024/2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o uso de dispositivo móvel de segurança para conferir maior efetividade às medidas protetivas de urgência. Apresentação no dia 11 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2171933>. Acesso em: 07 outubro 2020.

CADERNOS DE FORMAÇÃO - **Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica**. Eco UNICAMP, 2017. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>. Acesso em: 03 junho 2020.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. **Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha**. Cadernos Jurídicos TJSP, ano 15, nº 38. São Paulo: 2014. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/38vd%2009.pdf?d=636688301325046003> . acesso em: 03 outubro 2020.

COELHO, Renata. **A EVOLUÇÃO JURÍDICA DA CIDADANIA DA MULHER BRASILEIRA**. Ministério Público Federal, 2016. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidadaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf. Acesso em: 04 junho 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), comentada artigo por artigo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DEL PRIORE, Mary. **Histórias e Conversas de Mulher**. 1ª, ed, São Paulo:Planeta, 2013.

DINIZ, Anaílton Mendes de Sá. **Medidas Protetivas de Urgência: Natureza Jurídica – Reflexos Procedimentais**. Ministério Público do Estado do Ceará, 2014. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Medidas%20Protetivas%20de%20Urgencia%20%20Natureza%20Jur%C3%ADica%20%20Anailton%20Mendes%20de%20Sa%20Diniz.pdf>. Acesso em: 01 outubro 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Editora RT. 2007.

ENGEL, M. G. **Paixão e morte na virada do século**. n. 328. jul. 2005. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/marcha-do-tempo/paixao-e-morte-na-virada-do-seculo/>. Acesso em: 04 junho 2020.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e prática**. 6.ed. Niterói: Impetus, 2009.

HEERDT, Samara Wilhelm. **Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida – Artigos 23 e 24**. Compromisso e atitude, 2014. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-igp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/2_artigos-23-e-24.pdf. Acesso em: 08 outubro 2020.

Instituto Maria da Penha. **Quem é Maria da Penha**. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 08 de jun. de 2020.

LAVORENTI, Wilson. **Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro**. Campinas: Millennium Editora, 2009.

LEAL, José Carlos. **A maldição da mulher de Eva aos dias hoje**. São Paulo: DPL – Editora, 2004.

NASCIMENTO, A.M; NASCIMENTO, S.A. **Curso de Direito do Trabalho**. 29ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Ato conjunto nº 05-TJRN/CGJ/SEAP, de 15 de maio de 2020**. Regulamenta a monitoração eletrônica e a utilização da

unidade portátil de rastreamento (botão do pânico) no âmbito da Justiça Criminal do Estado do Rio Grande do Norte. Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, DJe ano 14 – Edição 3017. Disponível em: http://www.tjrn.jus.br/images/botao_panico.pdf. Acesso em: 09 outubro 2020.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa. ZAMBONI, Juliana Klein. **A Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha e suas implicações procedimentais**. V. 13. N. 29. Ministério Público de Santa Catarina, 2018. Disponível: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/37/22> . Acesso em: 01 outubro 2020.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha (11.340/06)**. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2008.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. SCIELO, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>. Acesso em: 05 outubro 2020.

TAVARES, Ludmila Aparecida. CAMPOS, Carmen Hein de Campos. **Botão do Pânico e Lei Maria da Penha**. Vol. 8. Nº1. Revista Brasileira de Políticas Públicas – UniCEUB, 2018.

VASCONCELOS, Claudivina Campos. RESENDE, Gisele Silva Lira de. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: A Aplicabilidade e Eficácia das Medidas Protetivas como instrumento de prevenção e combate à reincidência na Comarca de Barra do Garças – MT**. Ano XXVII nº 49. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6875>. Acesso em: 04 outubro 2020.

Violência doméstica em tempos de COVID-19. **Boletim Mulheres e seus Temas Emergentes, Senado Federal**, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 26 junho 2020.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES. Biblioteca Digital ABONG, 2010. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/272/CFEMEA_violencia_contra_mulheres.pdf?sequence=1. Acesso em: 06 junho 2020.

VEJA COMO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA TEM APLICADO A LEI MARIA DA PENHA. **CONJUR**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-09/veja-stj-aplicado-lei-maria-penha>. Acesso em: 03 outubro 2020.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol.2. São Paulo: Editora Unb, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2972409/mod_resource/content/1/Estruturas%20e%20funcionamento%20da%20domina%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 15 junho 2020.

ZAMBONI, Juliana Klein. **Lei Maria da Penha: Uma Análise da Natureza Jurídica das Medidas Protetivas de Urgência**. Monografia. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis-SC, 2016.

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO ART. 20 DA LINDB

Carlos Vinicius JAVORSKI¹

RESUMO

A partir da compreensão dos dilemas hermenêuticos em torno do conceito de interesse público e de sua utilização enquanto princípio norteador do Direito Administrativo, especialmente em relação ao marco teórico do Pós Positivismo, tem-se por objetivo compreender como empregar o princípio da supremacia do interesse público à luz das suas consequências práticas no Estado Democrático de Direito para fundamentar os atos administrativos no âmbito da Lei de Introdução das Normas ao Direito Brasileiro. Construída a partir dos raciocínios dedutivo e dialético, a presente pesquisa traça a compreensão de hermenêutica e os dilemas enfrentados a partir da interpretação do direito à luz dos princípios jurídicos, a indeterminação e as discussões existentes em relação ao conceito de interesse público e do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, aborda o artigo 20, da LINDB, elencando posicionamentos teóricos acerca do dispositivo, especialmente no que tange à adoção e a conformação do consequencialismo jurídico com o direito brasileiro e encerra buscando contextualizar a leitura do conceito de interesse público e do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado à luz do que dispõe o artigo 20, da LINDB.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse Público; Consequencialismo Jurídico; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

From the understanding of the hermeneutic dilemmas around the concept of public interest and its use as a guiding principle of Administrative Law, especially in relation to the theoretical framework of Post Positivism, the objective is to understand how to employ the principle of supremacy of the public interest. in the light of its practical consequences in the Democratic Rule of Law to support administrative acts within the scope of the Law of Introduction of the Rules to Brazilian Law. Constructed from deductive and dialectical reasoning, this research traces the understanding of hermeneutics and the dilemmas faced from the interpretation of the right in the light of legal principles, indeterminacy and existing discussions regarding the concept of public interest and the principle of supremacy of the public interest over the private, addresses article 20, of LINDB, listing theoretical positions about the device, especially with regard to the adoption and conformity of legal consequentialism with Brazilian law and ends by seeking to contextualize the reading of the concept of public interest and the principle of the supremacy of the public interest over the private in the light of the provisions of article 20, of the LINDB.

KEY-WORDS: Public Interest; Legal Consequentialism; Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da supremacia do interesse público e o conceito de interesse público são temas muito debatidos no Direito Administrativo. A relevância desta questão se constitui no fato de que diuturnamente o Poder Público emprega o conceito em atos administrativos. A bem da verdade, o

¹ Advogado, inscrito na OAB/PR sob nº 54.376, graduado em 2010 pelo UNICURITIBA, pós graduado em Direito Processual Civil, pela Universidade do Sul de Santa Catarina, e em Administração Pública e Gestão de Cidades.

Direito Administrativo é, como defende a majoritária doutrina, orientado à luz do princípio da supremacia do interesse público.

As críticas existentes em relação à adoção majoritária deste princípio como esteio central do Direito Administrativo consideram a necessidade de sua releitura diante da transformação da Teoria do Direito, especificamente no que tange à elevação dos Direitos e Garantias Fundamentais como centro da ordem jurídica.

Não obstante a discussão acerca dos referidos conceitos ocorra desde muito tempo, o fato é que a compreensão do conceito de interesse público é objeto de estudo sempre atual diante da sua importância no Direito Público.

Neste cenário que busca a compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados, a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Entre as disposições incluídas, está o artigo 20, que dispõe sobre a necessidade de que decisões administrativas, controladoras e judiciais que tenham por base valores jurídicos abstratos considerem as consequências práticas da decisão.

Com isso, instaurou-se um debate acerca do amparo teórico para a exigência das consequências práticas a fim da validação dos atos administrativos calcados em valores jurídicos indeterminados.

Diante de todas essas premissas, surge o questionamento, que será o objeto da presente pesquisa: como empregar o princípio da supremacia do interesse público à luz das suas consequências práticas no Estado Democrático de Direito para fundamentar os atos administrativos conforme dispõe o art. 20 da LINDB?

Assim, esse estudo pretende demonstrar que o emprego de um valor jurídico indeterminado só pode encontrar validade nas suas consequências se o próprio conceito for determinado e também que para encontrar integridade no Estado Democrático de Direito tanto a determinação do conceito quanto as suas consequências devem primar pela concretização dos direitos fundamentais.

Neste sentido, a pesquisa empregará como técnica a revisão bibliográfica de livros e artigos científicos, bem como terá apoio na análise documental de dispositivos legais. A partir da coleta destes elementos, buscará demonstrar a hipótese delineada a partir dos raciocínios dedutivo e dialético.

No percurso da pesquisa, a pesquisa explorará o conceito e a abordagem contemporânea acerca da hermenêutica jurídica, as discussões acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o conteúdo e as críticas da doutrina acerca do art. 20, da LINDB e as

considerações acerca da contextualização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado à luz das consequências práticas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Hermenêutica Jurídica, Pós Positivismo e Aplicação do Direito Público. Os conceitos jurídicos indeterminados

A aplicação do direito à realidade fática passa necessariamente pela interpretação das suas normas. Neste sentido, destaca Carlos Maximiliano que “a Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2017, p. 1).

A atividade interpretativa do direito não é estanque, já que deve estar orientada aos limites impostos pelo Ordenamento Jurídico e pela realidade fática. Assim para o processo integrativo das normas jurídicas é fundamental extrair o sentido verdadeiro do vocábulo que se pretende compreender, aliado às transformações impostas pela realidade.

Em relação à hermenêutica jurídica, um dos marcos teóricos que podem ser enunciados é a formação do pós positivismo que reconhece valor não só às normas jurídicas escritas mas garante também força normativa aos princípios jurídicos (NOHARA, 2018, p. 15).

Ocorre que os princípios jurídicos se constituem de valores que não possuem definição exata e sua valoração passa necessariamente por uma compreensão mais extensiva. Na verdade os princípios impõem ao aplicador o “poder-dever de construir uma solução para o caso concreto, tomando em vista as circunstâncias fáticas e as variações inerentes à realidade” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 20).

A doutrina clássica do direito administrativo elenca como princípios fundamentais do regime jurídico administrativo a supremacia do interesse público e a indisponibilidade dos interesses públicos. Seriam, portanto, os referidos princípios os norteadores da compreensão acerca da interpretação e aplicação das normas jurídicas de direito público. Ocorre que a compreensão do princípio da supremacia do interesse público, especificamente no que tange à máxima “interesse público”, implica no reconhecimento de um valor jurídico indeterminado.

De fato, trata-se de uma expressão extremamente aberta cuja compreensão acaba refletindo na prática jurídica, pelo Poder Judiciário quando do controle dos atos administrativos discricionários, pelos órgãos de controle, quando investigam e apuram as condutas administrativas e diuturnamente pelo próprio Poder Público quando interpreta e aplica o direito na realização de suas funções.

A aplicação do direito pela administração pública se dá através da edição de atos

administrativos, cuja natureza se divide em atos administrativos vinculados e discricionários. Para aqueles, o objeto do ato está vinculado à uma lei que dita todos os parâmetros necessários à sua realização, ou seja, não há espaço para a interpretação. Nos atos administrativos discricionários, entretanto, é dado ao administrador público margem para a elucidação dos conceitos envolvidos (DI PIETRO, 2019, p. 248).

A discricionariedade atua justamente como uma margem de liberdade para que o administrador escolha, segundo a razoabilidade, uma ação adequada a fim de satisfazer a finalidade legal, quando não houver uma solução única e expressamente definida pela lei (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 926).

Para Di Pietro existem dois motivos que justificam a existência da discricionariedade. Um é o critério jurídico que, a partir da raiz kelseniana, denota a existência de vários níveis normativos de validação na aplicação das normas, indo da norma superior – a Constituição – até a aplicação do direito ao caso concreto. O outro tem sentido prático, uma vez que seria impossível atribuir ao legislador o dever de regulamentar todas as situações possíveis no universo fático e ainda permitir que o administrador público seja capaz de atender a todas as demandas coletivas (DI PIETRO, 2019, p. 249).

O fato é que na atuação discricionária do Poder Público e na aferição de legalidade e legitimidade dos atos discricionários pelo Poder Judiciário ou pelos Órgãos do Controle o interesse público é expressão que se repete em inúmeros comandos legais na seara administrativa. Tomando, por exemplo, apenas a Lei de Licitações a expressão “interesse público” aparece nove vezes, especificamente nos artigos 5º, 12, 17, *caput*, 17, §4º, 20, 49, 58, 78, inciso XII e 109, §2º (BRASIL, 1993).

Além de ser um conceito que está fortemente relacionado à diuturna atividade estatal, a sua análise crítica se revela atual e relevante quando a ele é associada a expressão “supremacia” e, em conjunto, necessita ser determinado enquanto valor fundante do regime jurídico administrativo.

2.2. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

As críticas à imprecisão do conceito de interesse público não são recentes. Em 1992, logo após o advento da Constituição Federal, Faria descreveu-o como “um conceito quase mítico, cujo valor se assenta justamente na indefinição de seu sentido e que, por ser facilmente manipulável por demagogos, populistas e tiranos da vida pública, acaba sendo analiticamente pobre” (FARIA, 1992, p. 173).

Além da imprecisão conceitual, a compreensão efetiva do Estado Democrático de Direito, com a sua centralidade no princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionou discussões

acerca da viabilidade de se enunciar uma “supremacia” do interesse público sobre o privado. Segundo Abboud, o conflito se revela aparente não só em razão do posicionamento dos direitos fundamentais como valores constitucionais positivados, mas na tradição histórica e política que refletem a sua condições de observância obrigatória pelo Poder Público (ABBOUD, 2011, p. 113).

O princípio teria duas características específicas, a primeira seria a de se situar em uma posição hierárquica de axioma, ou seja, permitindo sua aplicação sem a necessária correlação com o ordenamento jurídico. A segunda característica, seria a de um “princípio relacional” de um valor sobre outro. Especificamente, do interesse público sobre o particular, pressupondo a possibilidade de conflito entre estes e justificando que a solução seria em favor do interesse público. O problema, assim, estaria no emprego do princípio como regra de preferência em detrimento dos direitos dos particulares (ÁVILA, 2007).

A lógica coerente com o Estado Democrático de Direito, segundo Abboud, deveria ser inversa: o interesse público é que deveria estar submetido à realização dos direitos fundamentais. Especialmente, porque a lesão a direito fundamental acarreta uma lesão ao próprio interesse público, na medida que aqueles se configuram como “limites à atuação dos três poderes tanto na sua defesa como na sua promoção” (ABBOUD, 2011, p. 102). Assim, partindo da interpretação da doutrina constitucional suíça, o autor advoga cinco requisitos necessários para que se admita a limitação dos direitos fundamentais:

(a) a restrição deve estar constitucionalmente autorizada; (b) a limitação deve ser proporcional; (c) a restrição deve atender ao interesse social, privilegiando assim outros direitos fundamentais; (d) o ato do poder público que restringe direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado; (e) o ato do poder público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário (ABBOUD, 2011, p. 104)

No que tange especificamente ao terceiro critério estabelecido pelo autor, destaca-se o emprego da expressão “interesse social” e não “interesse público” como enunciado pelo princípio (ABBOUD, 2011, p. 108).

É relevante anotar que a adoção desmedida da supremacia do interesse público sobre o privado como valor fundamental do direito público acaba por resultar na ocultação de significados positivos para a legitimação de arbitrariedades. Para Cristóvam:

A idéia de “supremacia do interesse público”, alçada à condição de verdadeiro axioma do moderno Direito Público, acabou por ser entronado no posto máximo e inapelável de justificação de toda a atividade administrativa. Como um “verdadeiro mantra de legitimação da atividade administrativa”, o argumento da supremacia do interesse público a tudo explica e tudo justifica, inclusive escamoteando toda sorte de arbitrariedades, autoritarismos e ofensas aos princípios constitucionais (mormente a impessoalidade e a moralidade administrativa). (CRISTÓVAM, 2013, p. 225)

Na mesma linha, Simioni discorrendo sobre as Regras, Princípios e Política Pública em Dworkin, demonstra que, além de o autor americano traçar a distinção entre regras e princípios,

subdivide estes em princípios morais e políticas públicas. Estas últimas seriam orientadas às políticas públicas do governo que, com base nestas, justificariam as suas ações. Aqueles, por outro lado, “afirmam direitos à igualdade de consideração e respeito de indivíduos ou grupos minoritários diante dos direitos de grupos majoritários” (SIMIONI, 2011, p. 213).

Há, portanto, uma série de questões colocadas pela doutrina quando se trata da interpretação do conceito de interesse público, seja como princípio fundante do Direito Administrativo, seja como elemento necessário à aplicação de determinados dispositivos legais.

A indeterminação de conceitos, não só a de interesse público, mas a de outros tantos que possuem ampla abstração, como “moralidade administrativa”, “universalização”, “economicidade”, “livre iniciativa”, “interesse geral”, “bem comum”, foi o mote central do PLS 349/2015, que resultou na aprovação da Lei 13.655/2018.

O autor do projeto, Senador Anastasia citando SUNDFELD e MARQUES NETO, pontuou diversos fatores considerados para a elaboração da lei e especificamente com relação aos conceitos indeterminados, citou “o alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma; A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas” (SENADO FEDERAL, 2015).

2.3. O artigo 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro e o consequentialismo jurídico

A Lei 13.655, de 25 de maio de 2018, acrescentou os artigos 20 a 30 no Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que, segundo o preâmbulo enuncia, tratou de incluir disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

Os dispositivos incluídos tratam, em linhas gerais, da motivação em relação às decisões de órgãos administrativos, judiciais e controladores refletirem em atos administrativos; das especificidades em relação à responsabilização das autoridades administrativas; da observância a precedentes administrativos, da possibilidade da celebração de compromissos entre a administração pública e particulares; da realização de consultas públicas e do dever de implementação de segurança jurídica.

Maria Helena Diniz sintetizou a pretensão do legislador em três linhas específicas:

- a) aprimorar a qualidade decisória dos órgãos administrativos, de controle ou judicial no nível federal, estadual ou municipal, ao concretizar a motivação decisória e ao definir balizas à interpretação e a aplicação de normas sobre gestão pública;
- b) estabelecer um regime para que as negociações entre autoridades públicas e particulares contenham transparência, e eficiência, por permitir o diálogo. Deveras, há participação do cidadão na decisão da Administração Pública, pois: a edição de atos normativos com exceção dos de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para

manifestação dos interessados; a celebração de compromisso processual é admitida legalmente para afastar irregularidades e solucionar divergência; a previsão de regime jurídico de transição será indispensável em caso de nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado e
c) admitir a responsabilidade subjetiva do agente público que praticar, dolosamente, ato ou omissão ou cometer erro grosseiro. (DINIZ, 2020, p. 18)

Assim, no que tange às normas relativas aos aspectos de motivação dos atos administrativos, “os agentes públicos terão um ônus argumentativo adicional: demonstração da análise das peculiaridades, das dificuldades do caso e do diálogo com o gestor público” (DINIZ, 2020, p. 19).

Conforme pontuado, o recorte metodológico do presente trabalho impõe à análise do conteúdo do artigo 20, especificamente em relação às expressões “valores jurídicos abstratos” e as “consequências práticas da decisão”, bem como “necessidade e adequação”, contidas no parágrafo único.

Para Edson Vitorelli, essa alteração afastou de modo expreso um pedaço significativo da discricionariedade administrativa, já que agora não cabe ao administrador público dizer o interesse público sem demonstrá-lo com amparo nas consequências jurídicas:

A LINDB pretendeu, expressamente, reduzir o grau de abstração desses valores jurídicos por intermédio da integração, na análise quanto à sua juridicidade, das consequências que podem ser antevistas pela sua adoção. Como que fazendo uma dobra na flecha do tempo, a LINDB transforma a antecipação das consequências futuras em causa, em motivo para a adoção ou não adoção de um ato, relativamente ao qual a ordem jurídica não deixa claras as hipóteses de aplicação. (VITORELLI, 2020, p. 85).

Para alguns autores os enunciados do art. 20, da LINDB, concretizaram a adoção das teorias do consequencialismo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro. André Portugal e Érico Klein afirmam de modo expreso que os dispositivos incluídos por força da Lei 13.655/2018 possuem o viés consequencialista enunciado por Richard Posner, justificado pelo apego cético dos autores do projeto de lei, sendo inclusive contrários à adoção da Teoria dos Direitos Fundamentais na aplicação do direito (PORTUGAL; KLEIN, 2019, p. 420).

Segundo os autores, o consequencialismo de Posner vai claramente de encontro dos enunciados principiológicos da Constituição Federal, porque:

O pragmatismo de Posner, numa palavra, aposta no esfacelamento do uso de referenciais teóricos e do dever de respeito aos precedentes e ao texto legal, e em uma perspectiva segundo a qual os direitos fundamentais não passam de abstrações teóricas e obstáculos “formalistas” ao princípio fundamental que deve orientar a decisão judicial, a saber, a obtenção dos melhores resultados práticos. (PORTUGAL; KLEIN, 2019, p. 418)

Assim, para estes autores, os artigos inseridos na LINDB à luz da vertente consequencialista de Posner deixa de lado interpretações que reconheçam valor aos direitos fundamentais, argumentando que tratar-se ia da “prevalência dos fins aos meios, dos efeitos sobre os fundamentos da decisão” (PORTUGAL; KLEIN, 2019, p. 420).

Primeiramente, cumpre destacar que o ponto central do consequencialismo de Posner é considerar a eficiência econômica como eixo central a nortear o ordenamento jurídico, relegando todos demais valores a segundo plano.

Assim, não obstante se reconheça a validade do discurso econômico para a promoção dos objetivos fundamentais da república, elencados no art. 3º, da Constituição Federal, o fato é que uma decisão administrativa ou judicial que observa somente consequências econômicas ignora os filtros axiológicos relacionados a valores como justiça e liberdade (FRANÇA, 2017, p. 126).

Neste sentido, fica claro que o consequencialismo jurídico de Posner é a construção mais extremada do raciocínio do pragmatismo jurídico e reconhecidamente conflitante com a ordem jurídica constitucional.

Interpretando o art. 20, da LINDB, Edilson Vitorelli explica que o consequencialismo possui inúmeras concepções filosóficas cujo núcleo comum é a valoração de uma ação a partir das suas consequências. Assim, não obstante todas as terias possuam um núcleo comum, o desenvolvimento dessas diversas concepções criou divergências na análise do valor e o tipo das consequências a serem consideradas (VITORELLI, 2020, p. 90).

Para o autor existem duas possibilidades para a interpretação das consequências práticas exigidas pelo dispositivo. A primeira seria considerar o consequencialismo de matriz hedonista, que advoga que a melhor decisão seria aquela que beneficia a maior parte das pessoas. Essa possibilidade seria positiva para comparar as políticas públicas disponíveis e os resultados em potencial, maximizando o bem-estar das pessoas impactadas pela medida (VITORELLI, 2020, p. 90).

Entretanto, referido argumento dificultaria a implementação de políticas públicas para as minorias ou a aferição da dimensão do bem-estar maximizado diante da realidade social complexa que vivemos (VITORELLI, 2020, p. 91).

A segunda possibilidade seria a adoção de um consequencialismo moderado, concreto, maximizante, agregado, não igualitário e avesso às perdas, denominado de “consequencialismo pluralista” (VITORELLI, 2020, p. 92). Fixadas essas premissas, o autor defende a sua posição em relação à LINDB:

Primeiramente, não parece que a LINDB tenha instituído um consequencialismo monista. O aspecto multifacetado das políticas e da atividade pública, que incidem sobre as realidades de vários sujeitos, sob vários vieses, não pode ser reduzido a uma única espécie de consequência. Dizer o contrário significaria afirmar que a Constituição se importa apenas com a realização de um valor, o que não parece verdade, independentemente de qual seja esse valor. A Constituição não pretende garantir nem mesmo a dignidade humana independentemente do custo social e econômico da providência necessária para essa garantia. Mas ela também não pretende sacrificar os direitos básicos (e há uma grande divergência para saber o que são direitos básicos) dos cidadãos em nome apenas de considerações econômicas. A Constituição é um texto normativo complexo, que incide

sobre uma sociedade ainda mais complexa, o que demandará respostas mais delicadas do que a prevalência de um único valor. Logo, não pode haver um único tipo de consequência a ser ponderado pelo administrador, em obediência à LINDB. Parece mais adequado concluir que a Lei pretende a adoção de um consequencialismo pluralista, que aceita que mais de um tipo de bem pode ser encontrado no resultado das ações. (VITORELLI, 2020, p. 92)

Na mesma medida, embora não com a pretensão de buscar a compreensão específica do artigo 20, da LINDB, mas a fim de estabelecer um raciocínio coerente do consequencialismo jurídico com a Constituição Federal, José Vicente dos Santos de Mendonça constrói uma “proposta de princípio do pragmatismo útil ao Direito Constitucional Econômico” (DE MENDONÇA, 2018, p. 93).

Para o autor, esta construção pragmática orientada às consequências da decisão incidiria apenas ao final do processo de interpretação, como reforço ou teste de descarte, dentro dos significados possíveis permitidos pelo texto normativo e considerando as consequências passíveis de serem reconduzidas à Constituição Federal (DE MENDONÇA, 2018).

Para Justen Filho, entretanto, a Lei 13.655 não adotou a concepção consequencialista do direito, afirmando que o art. 20 pretende tão somente asseverar que a autoridade considere as consequências práticas da decisão até mesmo para a avaliação da proporcionalidade da decisão tomada (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38).

Na mesma linha, Nohara afirma que a tão só inclusão da expressão consequencialista não teria o condão de abrandar a relevância dos valores jurídicos abstratos em detrimento das consequências práticas da decisão, justamente porque o parágrafo único, do art. 20, enuncia expressamente a regra de proporcionalidade a ser observada nas hipóteses dispostas na lei (NOHARA, 2019, p. 8).

Antes da publicação da norma, Philip Gil França já defendia a necessidade de se observar as consequências dos atos e a concretização do interesse público, como “instrumento de viabilização” do controle do ato administrativo. Assim, para o autor,

A falta de realização, e da demonstração do nexa causal entre a produção do ato administrativo e o interesse público a ser concretizado é mácula objetiva de legalidade que torna o ato imperfeito, e deste modo, passível de invalidação. (FRANÇA, 2017, p. 215)

A despeito da discussão teórica existente acerca da adoção de um modelo consequencialista extremo, como o de Posner ou da adoção de um critério de fundamentação das decisões relacionadas ao Direito Público pautadas pela proporcionalidade das consequências dos atos administrativos examinados, o dispositivo legal introduziu a necessidade da observância das consequências práticas como pressuposto para adoção de valores jurídicos indeterminados.

Assim, independente da pretensão de construir um consequencialismo jurídico conforme a Ordem Constitucional brasileira ou referenciar a leitura do artigo 20 da LINDB tendo como pauta a

proporcionalidade na leitura das expressões contidas no dispositivo, verifica-se que há uma orientação sólida no sentido de que, na análise consequencialista dos atos administrativos não será possível negar coerência aos valores fundamentais vigentes no Ordenamento Jurídico.

Essa premissa conduz à questão central do presente trabalho: como empregar o princípio da supremacia do interesse público à luz das suas consequências práticas no Estado Democrático de Direito para fundamentar os atos administrativos?

2.4. A supremacia do interesse público à luz do art. 20, da lindb: consequencialismo ou ponderação?

O questionamento acerca da consideração das consequências práticas na realização ou fiscalização dos atos administrativos, passa necessariamente pela renovação da discussão acerca do conceito do princípio tido como fundamental ao Direito Administrativo pela maioria da doutrina. Isto porque diante das premissas fundamentais centradas na Carta Política de 1988 e do reconhecimento do pós positivismo como principal marco teórico na aplicação do direito, as “consequências práticas” decorrentes dos atos administrativos só podem estar relacionadas à concretização dos direitos fundamentais.

Esta conclusão se coaduna com a proposta de integridade de Dworkin, porque os direitos e deveres decorrem de “decisões coletivas tomadas no passado” das quais decorrem a permissão ou exigência de coerção (DWORKIN, 2014, p. 273).

Assim, as “consequências práticas” que decorrem da legitimação do interesse público são aquelas que dão sentido à expressão quando interpretada à luz do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, elementos como a proporcionalidade e a razoabilidade caminham junto com a aplicação do direito público à luz do art. 20, da LINDB, já que na conformação das consequências é também indispensável a “observância da proporcionalidade em sentido estrito, que proíbe solução que acarrete o sacrifício de valores protegidos constitucionalmente” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 31).

A partir destes raciocínios, surgem inúmeras proposta acerca das consequências a serem observadas e do liame objetivo que deve ser seguido para a compreensão das consequências jurídicas exigidas para o intérprete do art. 20, da LINDB.

Para Moraes e Zolet a argumentação consequencialista pode envolver “justificações deliberativas e universalizadas acerca de propósitos essenciais ao Direito”, “conjuntos de justificações ou razões substantivas: argumentos deontológicos ou axiológicos”, “argumentação interrogativa e comparativa da validade da decisão no âmbito das relações sociais” e considerações de consequências em relação aos princípios eu orientam cada ramo do Direito individualmente considerado” (DE MORAIS; ZOLET, 2019, p. 516).

Vitorelli apresenta de modo mais objetivo critérios a serem considerados na análise das consequências prática da decisão:

Para atingir esse objetivo, do ponto de vista prático, sugere-se que a análise realizada pelo gestor incida sobre um amplo espectro de consequências, que reflete a complexidade das políticas públicas e dos valores protegidos pelo texto constitucional. Devem ser avaliadas microconsequências, macroconsequências, distribuição temporal das consequências, maximização do bem-estar à luz das alternativas, representatividade, distribuição social e economicidade das consequências. (VITORELLI, 2020, p. 108)

Acontece que, a despeito da relevância dos dois modelos apresentados, ainda que se construam elementos objetivos quanto às consequências práticas decorrentes dos atos administrativos, o conceito de interesse público restará como um elemento a ser construído na motivação do ato administrativo, já que implicará como ponto de partida para a análise das consequências indicadas.

Nesta lógica, a questão que observa é que ao fundamentar os atos administrativos ou apreciá-los, o gestor público, os órgãos de controle ou o Poder Judiciário deverão necessariamente traçar a compreensão do conceito de interesse público, sempre orientado à proteção da ordem jurídica constitucional, para só então imiscuir-se na apresentação ou análise das consequências práticas ponderadas para tornar válido o ato administrativo.

Assim, em que pese a louvável intenção do legislador em buscar a primar pela segurança jurídica na aplicação do direito público, é certo que ainda haverá inúmeros debates acerca de valores jurídicos indeterminados, como por exemplo, a supremacia do interesse público sobre o privado.

Por outro lado, o art. 20 da LINDB pode proporcionar o revolvimento do conceito à luz do ordenamento jurídico promovendo a sua análise à luz da concretização dos direitos fundamentais o que representaria um fortalecimento da democracia pelo constitucionalismo.

CONCLUSÃO

As transformações históricas a partir dos fenômenos sociais no último século, conduziram a uma transformação na compreensão do direito. Essas transformações concretizadas a partir do estabelecimento dos marcos teóricos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo foram fundamentais para a reformulação das premissas do Estado Democrático de Direito.

Esse percurso histórico e a adoção dos pressupostos teóricos foram internalizados pelo direito brasileiro, na medida em que a Constituição Federal de 1988 elencou como valor fundamental a dignidade da pessoa humana.

Referidos marcos teóricos influenciaram também a hermenêutica jurídica uma vez que a interpretação dos textos legais invariavelmente passa pela sua adequação a estes valores

constitucionalmente eleitos.

Neste contexto, emergem discussões afetas ao Direito Público especificamente acerca do que uma linha majoritária doutrinária defende como núcleo principiológico central do Direito Administrativo, qual seja o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos.

Ocorre que desde muito existem críticas acerca do estabelecimento destes princípios que estão centradas, especificamente, em relação à indeterminação conceitual de interesse público e a incongruência de se estabelecer uma posição hierárquica superior aos interesses públicos em relação aos interesses individuais. Para os críticos essa primazia vai de encontro aos primados do Estado Democrático de Direito, já que o seu fundamento é justamente a obrigação do Poder Público em concretizar e garantir direitos fundamentais.

As indeterminações conceituais no direito público vão além da compreensão de interesse público, embora esta seja a de maior relevo por constar em inúmeros dispositivos legais afetos ao Direito Administrativo.

Assim, sob a justificativa de aumentar a segurança jurídica na aplicação do direito público foi aprovado o PLS 349/2015 que, transformado na Lei 13.655/2018, incluiu os artigos 20 a 30 na LINDB. O artigo 20 tratou dos valores jurídicos indeterminados, exigindo que as esferas judicial, controladora e administrativa sempre considerem as suas consequências práticas.

A expressão “consequências práticas” contidas no dispositivo trouxe o debate acerca de seu fundamento teórico. Alguns autores defenderam que a LINDB passou a adotar o consequencialismo jurídico na sua conotação mais radical, cuja orientação teórica é a consagrada por Richard Posner. Outros autores, entretanto, advogaram um consequencialismo mais temperado, enquanto outros defendem que o art. 20 da LINDB não corresponde a qualquer vertente consequencialista, tendo as consequências apenas como parâmetro de controle à luz da proporcionalidade.

A pesquisa apontou assim, o consequencialismo jurídico só teria congruência com o ordenamento jurídico brasileiro ao respeitar os direitos fundamentais. Sendo assim, a teoria defendida por Posner, que postula a análise da eficiência dos atos de governo à luz da sua eficiência econômica e desconsidera a Teoria dos Direitos Fundamentais não encontra congruência cabimento enquanto viés hermenêutico para o dispositivo em análise.

Fixadas estas premissas, e expostas algumas ideias acerca de elementos objetivos a serem observados quando da análise das consequências práticas dos atos administrativos, restou clara a necessidade de que, antes de observar as consequências práticas faz-se necessária a fixação da abordagem teórica que se adota para a compreensão do conceito de interesse público.

Isto porque a atividade de interpretação das consequências não faz sentido por si só,

devendo antes serem estabelecidas premissas fundamentais que nortearão as consequências identificadas pelas esferas judicial, controladora e administrativa.

Assim, muito embora louvável a determinação do legislador em vedar o emprego de valores jurídicos indeterminados sem que as consequências práticas dos atos sejam consideradas, o fato é que o dispositivo carrega em si uma indeterminação que pode não promover a segurança jurídica pretendida sem o estabelecimento de premissas anteriores, como no caso estudado.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], n. 907, p. 61–119, 2011.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, [S. l.], n. 11, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. 21 jun. 1993.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Conceito de Interesse Público no Estado Constitucional de Direito. **Revista da Esmesc**, [S. l.], v. 20, n. 26, p. 223–248, 2013.

DE MENDONÇA, José Vicente Santos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DE MORAIS, Fausto Santos; ZOLET, Lucas. A Nova LINDB e os Problemas da Argumentação Consequencialista. [S. l.], p. 255348 Bytes, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v53i4.3229>.

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

DINIZ, Maria Helena. Reflexões Epistemológicas Sobre os Artigos 20 a 30 da LINDB. **Argumentum Journal of Law**, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 17–38, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FARIA, José Eduardo. Antinomias jurídicas e gestão econômica. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [S. l.], n. 25, p. 167–184, 1992. DOI: 10.1590/S0102-64451992000100008.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato Administrativo e Interesse Público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 13, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do Ato Administrativo na Disciplina de Direito Público da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELA, Gabriel (eds.). **A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 696.

PORTUGAL, André; KLEIN, Érico. A Anti-Teoria Consequencialista como Fundamento da Nova LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; MORETTINI E CASTELA, Gabriel (eds.). **A Lei de Introdução e o Direito Brasileiro Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015**. 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 11 out. 2020.

SIMIONI, Rafael. Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 203–218, 2011.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 279, n. 2, p. 79, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82006.

PANDEMIA DE COVID-19: RESSURGIMENTO DA DISCUSSÃO SOBRE A APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DA FORÇA MAIOR E DO FATO DO PRÍNCIPE NAS RELAÇÕES JURÍDICO-TRABALHISTAS

Ana Maria Alvares SOARES¹

Wellington Boigues Corbalan TEBAR²

RESUMO

O enfoque do presente estudo parte da premissa sobre a aplicabilidade dos artigos 486, 501 a 504 da CLT no cenário pandêmico, como justificativas para eventuais rescisões de contrato de trabalho. Essas normativas, atendem pelo nome dos institutos da força maior (casus) ou do caso fortuito (vis maior) e uma de suas espécies o fato do príncipe (factum principis). O fato do príncipe é norma comumente utilizada no Direito Administrativo, principalmente no qual seus impactos vão no sentido da quebra dos contratos já firmados pela administração pública. O mesmo se dá acerca da aplicabilidade da força maior, num todo, em relação à qual é eminente a interpretação de acordo com o caso concreto. Dessa forma, o objetivo deste trabalho é esclarecer referidas medidas, não as esgotando, pois seria muita pretensão, porém com intuito de reforçar por oportuno a forma legítima de tutela, uma vez que foram levantadas pelo Presidente da República no sentido de responsabilizar os governos estaduais e os municipais, por fatores de queda econômica, que insistiram no necessário isolamento social orientado pela Organização Mundial de Saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Força Maior. Fato do Príncipe. Direito Trabalhista.

ABSTRACT

The focus of the present essay is to investigate the premise of the real applicability of articles 486, 501 to 504 of the CLT - Consolidation of Labor Laws - in the pandemic scenario, with respect to termination of employment contracts. These norms, take the name of the institutes of force majeure (casus) or fortuitous case (vis maior) and one of its species the factum principis. The factum principis is a concept commonly used in Administrative Law, especially whose impacts go in the direction of breaking the contracts already signed by the public administration. The same is true about the applicability of force majeure, as a whole, which interpretation according to the specific case is eminent. Thus, the objective of this work is to clarify these measures, not exhausting them, as it would be a lot of pretension, but in order to reinforce the legitimate form of tutelage in due course, since these questions were raised by the President of the Republic in order to hold state and municipal governments accountable for factors of economic decline, since they insisted on social isolation guided by the World Health Organization.

KEYWORDS: Force Majeure. Factum Principis. Labor Law.

INTRODUÇÃO

1 Graduada do 10º Termo do Curso de Direito da Faculdade de Presidente Epitácio- FAFE.

2 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Jacarezinho, Brasil. Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal. Membro Associado Fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMar). Membro Pesquisador do Centro de Estudos em Direito do Mar "Vicente Marotta Rangel" da Universidade de São Paulo (Cedmar-USP). Membro Pesquisador do Grupo de Investigação "Derecho Ambiental Contemporáneo y Políticas Sustentables" da Universidade Nacional de Mar del Plata. Membro Pesquisador do Grupo "Democracia e Direitos Fundamentais" da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

A atuação da Covid-19 provocou impactos em todos os aspectos da vida das pessoas. Em termos jurídicos, o Direito do Trabalho foi acometido pelas discussões geradas entorno de certas ações estatais, que foram tomadas para o fim de prevenção e mitigação do contágio pelo coronavírus.

Com efeito, as ações governamentais (estaduais e municipais) foram apresentadas como de suma importância e ocuparam o palco central das discussões, principalmente pela declaração do Chefe de Estado brasileiro³, à imprensa nacional, sobre as prováveis aplicações do artigo 486 e 501 a 504 (especificamente o artigo 502) da CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas.

Estas declarações discorreram no sentido de que os empresários poderiam buscar indenizações, em face dos governos estaduais e municipais, pelos prejuízos causados em decorrência das medidas restritivas decretadas, especialmente aquelas que determinaram o fechamento dos estabelecimentos comerciais, por tempo indeterminado. Além disso, circulou uma provável justificativa para aplicação dos efeitos da força maior para uma eventual rescisão de contrato de trabalho, em razão das medidas de restrição decretadas no contexto da pandemia.

Diante deste cenário, apresenta-se, neste trabalho, por primeiro, tratar-se as questões de força maior ou caso fortuito e o fato príncipe, seus efeitos e fundamentações jurídicas no âmbito do Direito Civil e Trabalhista. Além disso, atentou-se em abordar também sua ocorrência e a aplicabilidade em torno do conceito no Direito Administrativo, especialmente quanto ao fato do príncipe.

Por segundo, pretende-se demonstrar a eficácia das rescisões trabalhistas destes institutos nos contratos de trabalhos dentro da administração pública e o desuso da sua aplicação no Direito trabalhista privado até o então presente momento, assim como, também, a relação entre os artigos 486 e 502 da CLT.

Por fim, apresenta-se a correlação pandêmica com os institutos numa visão jurídica baseada em relatos dos Magistrados, uma vez que as ações deverão ser analisadas pelo fato concreto. Ademais, trata-se de lides sem jurisprudência por não haver casos reiterados.

Para a realização do desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo, pois se está a trabalhar, de forma mais premente, com a discussão referente à subsunção do fato à norma. Além disso, como metodologia de investigação, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, com a análise

3 A iniciativa do governo federal de pregar o fim da quarentena adotada por prefeitos e governadores — de forma contrária às recomendações das autoridades sanitárias e da comunidade científica — fez com que o artigo 486 da CLT ganhasse relevância inédita nas redes sociais. Ao tratar com a imprensa, o presidente Jair Bolsonaro citou o artigo em questão. "Tem um artigo na CLT que diz que todo empresário ou comerciante que for obrigada a fechar seu estabelecimento por decisão do respectivo chefe do Executivo (...) Os encargos trabalhistas quem paga é o governador e o prefeito. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/uso-artigo-clt-citado-bolsonaro-nao-consensual>>. Acesso em: 15 de ago. 2020.

doutrinária e jurisprudencial existente acerca do tema, voltada às aplicações ao ramo do Direito Civil e Direito Administrativo de maneira exploratória e ao ramo do Direito do Trabalho de forma descritiva.

FORÇA MAIOR - OS EFEITOS DOS FATOS INCONTROLÁVEIS / FATO PRÍNCIPE – ATO GOVERNAMENTAL

Em um momento extremamente delicado, em que o protagonista se apresenta através de um surto pandêmico mundial, o Coronavírus vem alterando a vida e o cotidiano de todas as classes econômico-sociais, que atinge desde o cidadão trabalhador, sendo este formal ou informal, como também o empresário, de modo a causar um desconfortável sentimento de insegurança gerado pela paralisação econômica sem aviso prévio, decorrência do isolamento social.

Em razão da pandemia de COVID-19 e de todas as medidas tomadas para combatê-la, torna-se, necessária, aqui, a análise do âmbito de aplicação e da abrangência conceitual das hipóteses de “Força maior ou Caso Fortuito”, expressões que a doutrina civil majoritária⁴ entende por sinônimas.

Somente para fins de registro, para Pereira (2019, p. 329), força maior pode ser definida como: “fato de outrem, como os efeitos da guerra, invasões de territórios, ato emanado de autoridade (fato príncipe), enquanto que o caso fortuito se apresenta como acontecimento derivado da natureza; raios, inundações ou terremotos”.

De qualquer forma, a diferenciação entre caso fortuito e força maior não é a questão mais importante a ser discutida. Com efeito, são as consequências jurídicas que daí resultam que merecem destaque, pois refletem diretamente em institutos amplamente reconhecidos, tais como a responsabilidade civil e o adimplemento obrigacional.

No âmbito cível, o tema do adimplemento obrigacional está topograficamente inserido no título IV do Código Civil, citam que, caso o devedor venha a descumprir o que ficou acordado em contrato, inevitavelmente responderá e arcará com as consequências de seu inadimplemento.

Ainda sobre este aspecto, merece destaque sobre o tema da responsabilidade civil (neste caso contratual), no que tange ao caso fortuito e à força maior, expresso no artigo 393, e parágrafo único, do Código Civil. São apresentados como causas de exclusão de responsabilidade, a não ser que o devedor por eles tenha se responsabilizado:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos

4 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. t. XXIII. São Paulo: RT, 1984, p. 79; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 245; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. II, p. 198.

efeitos não era possível evitar ou impedir.

Diante deste quadro, em regra, os devedores não irão responder pelos prejuízos dos credores, sofridos em razão da pandemia, pelo menos no que tange ao direito Civil. Em outras palavras, nas relações civis os fatos extraordinários geralmente excluem a responsabilidade, resolvendo as obrigações, sem ônus para as partes. Por exceção, no entanto, podem levar à revisão do pactuado (BELMONTE, 2020, p. 439). Em caso de ocorrência de judicialização, seria necessária, por parte do credor, a comprovação de que os prejuízos se deram por culpa do devedor, já que, se ficar demonstrado que ocorreram por conta da pandemia de COVID-19, evento que não era possível prever, evitar ou impedir, o devedor se eximirá da responsabilidade.

É importante deixar isso claro, pois, neste trabalho, adota-se o entendimento de que a força maior e o caso fortuito são causas excludentes do próprio nexo causal e não, propriamente, de culpa⁵. Em outras palavras, uma vez constatada a incidência do caso fortuito e da força maior, é irrelevante se investigar a culpa do devedor, já que não se haveria de falar nem mesmo em nexo de causalidade.

Essa discussão é muito importante, considerando-se os tipos de responsabilidade civil adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, ao se entender a força maior e o caso fortuito como excludentes do próprio nexo causal, então afastariam qualquer tipo de responsabilidade, isto é, objetiva ou subjetiva. Agora, ao se entender a força maior e o caso fortuito como excludentes de culpa, então afastariam somente a responsabilidade civil subjetiva, posto que baseada na culpa.

Em termos práticos, para Peteffi da Silva (2013, p. 61) abordada a questão da quebra de contrato no Direito Civil, volta-se à questão dos institutos relevantemente tratados pelo Direito Administrativo sob o rótulo do fato do príncipe, que, em regra geral, trata-se tradicionalmente de matéria de defesa dos réus em ações condenatórias, pela qual se busca comprovar a inexistência de culpa, em relação à conduta do agente, tornando-se totalmente irrelevantes na hipótese de responsabilidade objetiva. Enquanto que para Cavalieri Filho (2010, p. 66), toda a atenção da defesa acaba migrando para excludentes de causalidade, onde recai sobre o caso fortuito ou força maior.

Após este breve panorama do Direito Civil, importante salientar que a Consolidação das Leis Trabalhistas, em si, tampouco distingue as expressões. Com efeito, referido diploma legal utiliza somente a expressão “força maior” no capítulo VIII, do Título IV, referente ao “contrato

5 Na doutrina, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1995, p.110) considera o caso fortuito e a força maior como excludentes de culpabilidade, de sorte que a constatação daqueles fenômenos somente excluirá a responsabilidade civil subjetiva. Por outro lado, João Batista de Almeida (1993, p.69), Fábio Ulhoa Coelho (2005, p.281), Annelise Monteiro Steigleder (2011, p.175-176) e Sílvio de Salvo Venosa (2001, p.518) consideram o caso fortuito e a força maior como excludentes de nexo de causalidade, de sorte que a constatação daqueles fenômenos poderá excluir tanto a responsabilidade subjetiva, quanto a objetiva.

individual do trabalho”.

Para Alexandre Agra Belmonte, a força maior, o caso fortuito e o fato do príncipe são fatores imprevisíveis e inevitáveis. Por estas características que possuem em comum, todos esses institutos poderiam ser classificados no âmbito de uma “Teoria da Imprevisão” (2020, p. 438).

Na esteira desta lógica, há também aqueles que, na doutrina trabalhista, tratam o instituto da “força maior” como expressão gênero. Dentre as suas espécies, estariam a força maior em sentido estrito, o caso fortuito e o fato do príncipe. Segundo Georgenor de Sousa Franco Filho e Ney Maranhão: “os artigos 501 a 504 da CLT versam sobre as duas primeiras hipóteses. A terceira recebe regramento diferenciado, a teor do artigo 486 da CLT” (2020, p. 461).

Pois bem, o primeiro regramento a ser analisado está disposto no art. 501 da CLT, que trata da força maior:

Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.
§1º A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.
§2º À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.

Nota-se, então, que, para a configuração da força maior e consequente incidência de seus efeitos, exige-se concorrência de três requisitos: dois objetivos e um subjetivo. Os requisitos objetivos são: (i) inevitabilidade do evento (caput); (ii) afetação substancial da situação econômica e financeira da empresa (§2º). Por outro lado, (iii) o requisito subjetivo reside no fato de o empregador não ter contribuído, por qualquer razão, ou de qualquer forma, para a caracterização da situação de prejuízo (§1º) (FRANCO FILHO; MARANHÃO, 2020, p. 461-462).

O requisito subjetivo se justifica, já que, se o empregador contribuiu por qualquer razão, ou de qualquer forma, para a caracterização da situação de prejuízo, então estaria afastada a inevitabilidade do evento, de modo que não se poderia mais falar em força maior. Neste caso, o empregador assumiria todos os prejuízos decorrentes de sua ação desidiosa, ainda que esta não tenha sido a única (e nem a mais importante) causa do impacto econômico que se abateu sobre sua empresa, nos termos do art. 2º da CLT.

Portanto, o artigo remete à situação em que o rompimento contratual não se dá por vontade do empregador, mas pelo que se pode chamar de efeitos inevitáveis. Segundo Delgado (2019, p. 530), constitui-se como hipótese de extinção contratual ocasionada por fatores tidos como excepcionais, que independem da conduta das partes.

Em sequência, no âmbito trabalhista, destaca-se o que dispõe o art. 502 da CLT:

Art. 502 - Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte:

- I - sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478;
- II - não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa;
- III - havendo contrato por prazo determinado, aquela a que se refere o art. 479 desta Lei, reduzida igualmente à metade.

Segundo Georgeton de Sousa Franco Filho e Ney Maranhão, este dispositivo trata de uma força maior qualificada, pois se agrega um novo elemento, de maior gravidade, aos requisitos elencados no art. 501 da CLT. Com efeito, para além de ser um evento inevitável que afete substancialmente a saúde financeira do empregador, sem que este tenha concorrido de qualquer forma para seu advento, a afetação econômico-financeira é tão intensa que conduz à extinção da própria atividade empresarial, no todo ou em parte (2020, p. 462).

Por fim, especificamente em relação ao fato do príncipe, não se pode deixar de mencionar o art. 486 da CLT:

Art. 486 - No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

Segundo Alexandre Agra Belmonte, fato do príncipe, no direito do trabalho, é uma espécie de força maior, pois se trata de um “evento extraordinário e inevitável, transitório ou definitivo, causado por ato governamental federal, estadual ou municipal, que influi numa relação jurídica, modificando-a, paralisando-a ou terminando-a” (2020, p.442). Portanto, trata-se de um ato unilateral e intencional, proveniente de uma autoridade pública, municipal, estadual ou federal, “capaz de alterar ou extinguir relações jurídicas privadas já constituídas, para atendimento ao interesse público” (2020, p.442). Se a descontinuidade do trabalho não é causada pelo empregador, mas sim pelo poder público, então a este será imputada a responsabilidade de indenizar.

OCORRÊNCIA EM TORNO DO CONCEITO

É certo que a pandemia da Covid-19 impõe diversos desafios. Dentre elas, as medidas necessárias, como proteção da saúde pública, de forma que não resultem na perturbação do equilíbrio social e financeiro, ou que tenham menor impacto possível.

Contudo, seguindo a linha de raciocínio do tópico anterior, a questão a ser abordada é saber exatamente em qual instituto a situação excepcional se encaixa, isto é, caso fortuito, força maior, ou fato do príncipe, e se isso realmente dá margem à eventual exclusão de responsabilidade do empregador, no sentido de se discutir, então, sobre a transferência de responsabilidade das devidas verbas rescisórias trabalhistas para os Governos Estaduais e ou Municipais.

Na verdade, é de se salientar que, quando se observa a ocorrência destes institutos no

Direito Administrativo, está-se diante de situações acompanhadas de especificidades e peculiaridades. Dessa forma, segundo Wolkoff (2010, p. 5) esses institutos não podem ser aplicados a qualquer caso. Muitas vezes, está-se diante de aplicação, pura e simples, do fator de risco⁶, disciplinado no Código Civil, que lida com eventos futuros e incertos, o que afastaria, portanto, a incidência do caso fortuito, da força maior, ou do fato do príncipe.

Em relação ao último aspecto mencionado, volta-se à questão relevantemente tratada pelo Direito Administrativo, sob o rótulo do fato do príncipe, que requer elencar os pontos de conexões entre a doutrina do fato do príncipe e a pandemia do coronavírus (COVID-19).

A primeira coisa que deve ser mencionada é que não há consenso sobre o que deva ser considerado, efetivamente, fato do príncipe. Sobre essas diversas acepções, leciona Leonardo Antonacci Barone Santos (2019, p. 60-61):

Dentro da dogmática dos contratos administrativos, a doutrina francesa levanta três linhas de definições para o que seja o fato do príncipe. Em primeiro lugar, mais amplamente, toda medida tomada pelo poder público que imponha agravo à execução de um contrato. O outro conceito seria de todo ato tomado pelo poder público contratante, quer agindo diretamente sobre as cláusulas do contrato (modificação unilateral), quer sobre as condições externas à sua execução. Por fim, em *strictissimo sensu*, seriam apenas as medidas tomadas pela autoridade contratante em outra qualidade que não a de parte no contrato [...]. A jurisprudência, por sua vez, adota o conceito intermediário, em que o fato do príncipe se configura na atuação, contratual ou extracontratual, da autoridade pública contratante, sendo este último o verdadeiro elemento distintivo da teoria.

Em relação às normas do administrativo brasileiro, o fato do príncipe está expressamente previsto no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei de licitações 8.666/93, que estabelece: “no caso de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior ou *fato do príncipe*, o contrato administrativo poderá ser alterado”.

A jurisprudência inclina-se em adotar o conceito de fato do príncipe restrito à seara do direito administrativo, ao passo que, qualquer ingerência do Poder Público, que desnature as relações contratuais privadas, seria considerada caso de força maior. Neste sentido, se manifesta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

o fato do príncipe, caracterizado como uma imposição de autoridade causadora de dano, de um lado, viabiliza a responsabilização do Estado; e, de outro, rompe do liame necessário entre o resultado danoso e a conduta dos particulares, configurando, em disputas privadas, nítida hipótese de força maior (STJ - AgInt no REsp: 1237376 RJ 2011/0031359-0,

6 O Fator de Risco também pode ser conceituado em perigo, previsibilidade de perdas, abrangendo os **eventos futuros e incertos**, mas, apesar disso, diferentemente da força maior e fato príncipe, essa teoria, resta claro que todo prejuízo é imputado ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de se cogitar da ideia de culpa. Sendo assim, a teoria do risco se enquadra na modalidade de risco-profissional, isto é, trata-se de probabilidades de ocorrer um fato lesivo que pode vir a ocorrer durante o período do exercício de uma atividade profissional, ou seja, é a responsabilidade civil que advinda da atividade exercida pelo lesado. A concepção da modalidade de risco-proveito funda-se no princípio do ubi emolumentum ibi ônus. Fonte: Revista de Direito, nº 81. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae2e5cc8-fa16-4af2-a11f-c79a97cc881d>. Acesso em 10 de set. de 2020

De qualquer forma, seguindo a linha de raciocínio até aqui desenvolvida, as pandemias parecem se amoldar mais à noção de caso fortuito ou força maior, de modo que, para conter este evento imprevisível, coube ao poder público tomar as medidas administrativas de restrição de direitos necessárias, tais como o fechamento dos estabelecimentos comerciais. Neste sentido, houve, efetivamente, a imposição de medidas por parte das autoridades públicas municipais e estaduais, mas não de forma arbitrária, pois não se pode olvidar a questão da gravidade em relação à saúde pública.

À primeira vista, apresenta-se um ato estatal, do qual, de fato, advém eventual prejuízo aos empresários e, por consequência, também ao trabalhador. No entanto, observa-se que os atos governamentais estaduais ou municipais basearam-se em suporte legítimo, uma vez que seguiram orientações e protocolos da Organização Mundial de Saúde – OMS.

É claro que não se está a dizer que não houve qualquer situação de abuso. Entretanto, se realmente houve intenção de prejudicar, por parte do poder público, caberá, pela atuação dos juízes, avaliar se será cabido ou não a procedência das lides, isto é, se os empresários poderão ou não se eximir de eventual responsabilidade.

APLICABILIDADES E INSERÇÃO DOS INSTITUTOS COMO FORMA DE RESCISÃO CONTRATUAL DE TRABALHO

Terá como aplicação a força maior ou o fato príncipe, no Direito do Trabalho, quando algo ou algum acontecimento for inesperado, risco este que decorre de atos da natureza ou de vontade da administração.

Conforme leciona Ricardo Alexandre e João de Deus (2015, p. 435-436), enquadra-se na teoria da imprevisão, qual é desprovido de “animus” de qualquer das partes, mas, que gera consequência jurídica ao qual o empregador não tenha contribuído para acontecer. Frisa-se, novamente, não se tratar de teoria de risco do negócio, uma vez que a imprevidência do empregador tem a capacidade de excluir a razão de qualquer um destes institutos de força maior ou fato do príncipe.

Este acontecimento recai sobre algo que não foi planejado, fato inesperado em que não caberia nenhuma forma de adequação, impedindo a continuidade da relação de trabalho. Como exemplo de força maior que possa impedir essa continuidade, menciona-se um evento da natureza (um raio que caia sobre um estabelecimento comercial), forçando o fechamento do mesmo. Neste caso, resta claro que o empregador não contribuiu para que o fato ocorresse.

Por outro lado, como exemplo que se aplica ao fato príncipe, neste caso, o estabelecimento é extinto por um ato governamental. Sendo o fato do príncipe o objeto de estudo central desta pesquisa, a análise será focada nos artigos 502 e 486 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Visto que toda a definição há de ser amplamente analisada pelo caso concreto, através do judiciário, conforme já foi explanado anteriormente, o artigo 486 “define” e o artigo 502 “dispõe” no sentido de que, havendo a comprovação da *causa, nexa e consequência*, que determine a então extinção da empresa por parte da administração pública, então resta saber o que caberia em termos de abrangência de tais verbas rescisórias.

Explica-se: compreende-se que é imprescindível a determinação da causa, de modo que há necessariamente que se indicar o fato gerador da paralisação total, seja por ato administrativo ou lei, que indique claramente a interrupção da atividade empresarial, por vias extracontratuais, havendo, com isso, a consequência da extinção, ou o impedimento da continuidade da empresa.

Explica Cavalcante (2020, p. 98-108), que quanto ao nexa, este resulta do fato de que a paralisação impediu a continuidade, afastando por total, situações de crise de negócios. Assim sendo, uma vez comprovada causa, nexa e consequência, faz-se importante saber, contudo, o que compreende a verba rescisória.

Para realização desta investigação, deve-se partir do pressuposto de que o legislador trouxe o artigo 502 em 1943, ano da criação da Consolidação das Leis trabalhistas. Sendo assim, referido dispositivo foi concebido no contexto da estabilidade decenal⁷, como forma de disciplinar as consequências jurídicas em caso de rompimento do vínculo da estabilidade, por motivo da extinção da empresa ou da força maior.

Para melhor esclarecer, no ano de 1967, houveram algumas alterações na CLT. Uma delas foi com relação à origem do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), como forma de direito social, que teve o objetivo de proteger aquele trabalhador demitido sem justa causa, de modo que lhe servisse o valor das contribuições de depósitos mensais, como reserva de segurança antes de completar dez anos de prestação de serviço na mesma empresa. Portanto, serviria para aqueles trabalhadores ainda desprotegidos da estabilidade decenal. Segundo Leila Santiago da Silva (2017, n.p.), o Diploma legal da Constituição Federal de 1967 permitia ao trabalhador celetista a escolha entre os dois regimes: o da estabilidade decenal ou o FGTS, porém com o advento da Constituição Federal do ano de 1988, tornou-se obrigatório somente a opção do Fundo de Garantia por Tempo de

7 O artigo 492 da CLT dispõe que, após dez anos de serviço na mesma empresa, o empregado não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave. A estabilidade perdurou em nosso ordenamento jurídico até 05/10/1988, eis que a Constituição Federal, no art. 7º, inciso I, estabeleceu para o empregado um novo sistema de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, garantindo-lhe uma indenização compensatória. Assim, pode-se afirmar que a estabilidade prevista no artigo 492 da CLT foi abolida, ressaltando-se o direito adquirido (CARVALHO, 1998, p. 109).

Serviço, tornando-se impossível a coexistência dos dois regimes.

Ressalta-se a importância do aspecto anterior mencionado, no que diz respeito à relação FGTS/estabilidade decenal, para compreensão de como ocorreu, através do tempo, as questões com relação ao desuso dos artigos 501 a 504 da CLT no aspecto trabalhista do setor privado, e sua ascendente aplicação no Direito Administrativo. Uma vez que a função dos referidos artigos acima mencionados era de disciplinar a estabilidade decenal, hoje inexistente.

Pois bem, entende-se, portanto, que, nas últimas décadas, a partir da Constituição Federal de 1988, os artigos 486 e 501 a 504 da CLT passaram a ser aplicados, como regra geral, para disciplinar os rompimentos de contratos trabalhistas dentro do Direito Administrativo, qual vem a firmar-se somente por contratação através de licitação entre particular e o Estado.

Entende-se importante salientar, também, quanto aos valores a serem pagos pelo Estado pela quebra desses contratos licitados, isto é, se caracterizado o rompimento do contrato entre o particular e o Estado e comprovado o nexo causal para o fato príncipe ou força maior, quais serão os valores que o Estado deverá perfazer com relação das devidas verbas rescisórias para pagamento? Esta questão vem regulada na lei de número 8.036/1990 em seu artigo 18, §§ 1º e 2º, qual regula o FGTS, e esclarece:

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

Assim, entende-se que o valor pecuniário a ser pago, caso seja comprovada a incidência dos institutos da força maior ou do fato do príncipe, será de 20% (vinte por cento) sobre o valor total dos depósitos realizados na conta vinculada do FGTS, durante o período do contrato trabalhista.

CORRELAÇÃO PANDÊMICA COM OS INSTITUTOS

Neste tópico, pretende-se abordar as relações quanto à aplicação das duas Medidas Provisórias que trataram os assuntos da pandemia, a MP 927 e 936, no sentido dos artigos que tratam força maior e fato príncipe na seara trabalhista.

Conforme mencionado no tópico anterior, reconhecia-se quase que um total desuso desses

institutos com relação a ações trabalhistas no setor privado, até que a Medida Provisória 927, que entrou em vigor em 22 de março de 2020, foi editada, tendo-se por motivação justamente a situação pandêmica que o país atravessa, o que ensejou o amparo à classe patronal:

CAPÍTULO I

DAS ALTERNATIVAS TRABALHISTAS PARA ENFRENTAMENTO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA E DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), decretada pelo Ministro de Estado da Saúde, em 3 de fevereiro de 2020, nos termos do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória se aplica durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020, e, para fins trabalhistas, **constitui hipótese de força maior**, nos termos do disposto no art. 501 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Entretanto, em 19 de julho de 2020, a Medida Provisória caducou, vez que não foi convertida em lei, conforme ato declaratório nº 92 de 2020, expedido pelo senador Davi Alcolumbre, Presidente da mesa do Congresso Nacional⁸. Entretanto, efeitos decorreram da sua vigência, de acordo com o que se apresenta (FRIAS, 2020, n.p.)⁹:

Pelo menos 120 funcionários das empresas de transporte intermunicipal Expresso Mato Grosso e Andorinha teriam sido demitidos entre os dias 31 de março e 1º de abril, por causa da crise econômica após as restrições de mobilidade, decorrentes da infecção pelo novo coronavírus (Covid-19) (...) O documento informa que o funcionário cumprirá aviso prévio e que ele receberá 50% das verbas indenizatórias, conforme artigo 502, inciso II da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), em que consta o pagamento pela metade a que não tem direito à estabilidade (...).

Outro acontecimento ocorreu com relação à demissão em massa, tendo a iniciativa privada se utilizado, dessa vez, da normativa do Fato Príncipe, prevista no artigo 486 da CLT, segundo site da Justiça Potiguar de 17 de maio de 2020 em nota¹⁰:

O documento que o departamento de RH da empresa fez para os empregados assinarem no dia 4 de abril é intitulado “Comunicação de Rescisão do Contrato de Trabalho por Ato de Autoridade”. A rede de restaurantes afirma que por conta da disseminação do novo coronavírus, e dos decretos estaduais determinando o “encerramento das atividades” do restaurante, e também por conta do que trata o artigo 486 da CLT, os empregados estariam sendo demitidos. No mesmo documento, a churrascaria afirma o seguinte: “O pagamento de suas verbas rescisórias nos termos do art 486 da CLT, deverá ser a cargo do GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, autoridade que decretou a paralisação das atividades do EMPREGADOR”.

Diante deste quadro, é importante indagar quais são os efeitos que uma medida provisória

8 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Congresso/adc-92-mpv927.htm>. Acesso em: 09 de out. 2020.

9 Matéria assinada por Sílvia Frias, no site Campo Grande News. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/empresa-de-viagens-demite-mais-de-100-funcionarios-apos-suspensao-no-setor>>. Acesso em: 21 de set. 2020.

10 Disponível em: <<https://justicapotiguar.com.br/index.php/2020/05/17/rede-de-restaurantes-demite-690-e-com-respaldo-na-clt-manda-a-conta-para-o-estado/>>. Acesso em: 21 de set. 2020.

que não foi transformada em lei, pelo congresso nacional, e que, portanto, perdeu sua validade, gera para as relações jurídicas que foram constituídas sob a sua égide. Ademais, há de se refletir qual vem a ser a consequência com relação à segurança jurídica dos fatos ocorridos durante sua vigência. Entretanto, trata-se de um assunto que foge ao objeto deste presente estudo e que, portanto, não será abordado, até mesmo porque se trata de questão que demandaria um estudo aprofundado próprio.

Por outro lado, resta analisar a Medida Provisória 936, transformada na Lei nº 14.020/2020, que versa no sentido contrário à outra medida, quanto à aplicação dos institutos, conforme se apresenta. Com efeito, a Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, em seu artigo 29, é bem clara quanto à vedação da utilização do art. 486 da CLT em relação às hipóteses de paralisação das atividades empresariais, determinadas pelo poder público como medidas de enfrentamento da pandemia, “in verbis”:

Art. 29. Não se aplica o disposto no art. 486 da CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, na hipótese de paralisação ou suspensão de atividades empresariais determinada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal para o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Resta claro, mediante a leitura do texto da lei, que *não* há a possibilidade, em relação às hipóteses de demissões, de aplicação do instituto do Fato Príncipe. Portanto em ambos os casos demonstrados, seja pela medida provisória que caducou (927), que previa a utilização do artigo 502 da CLT (mas que, pela caducidade, perdeu força jurídica), seja pela medida provisória que se transformou em Lei (936), que veda expressamente a aplicabilidade do artigo 486 da CLT, em ambas as situações, em tese não prosperara a argumentação de transferir para o Estado o ônus do empregador com relação às verbas das rescisões trabalhistas dos empregados.

PONDERAÇÕES SOB A ÓTICA DA MAGISTRATURA

Neste tópico, pretende-se mostrar o ponto de vista dos juízes do trabalho com relação à polêmica em torno da aplicação dos artigos 486 e 501 a 504 CLT, pois a discussão dos magistrados parte da premissa de que o Direito do Trabalho é protetivo, devendo proteger a parte hipossuficiente da relação que é o trabalhador.

Para Sebastião Tavares Pereira, juiz aposentado do TRT-12, em matéria fornecida ao consultor jurídico em 29 de julho de 2020, a questão da aplicação de força maior e fato príncipe vão no sentido de¹¹:

Manobras para interferir na operação do sistema trabalhista e violar a diretriz sistêmico-teleológica, reduzindo a proteção ao trabalhador fixada na lei deveria ser rejeitada (...) E a

11 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/pereira-razoes-considerar-artigo-486clt-julgamentos>>. Acesso em: 21 de set. 2020.

afirmação parece claramente contrafática. Da OMS ao prefeito do menor município do Brasil, os administradores sempre estiveram à frente para, conforme suas considerações e apreciação da situação, determinar ou não as restrições de atividade. Judicializou-se a questão da competência. A União trocou ministros, as autoridades se contradisseram à vontade, misturaram política e razões sociais, foi-se e voltou-se nas orientações. Os Estados do norte estão vendo suas curvas de morte declinar enquanto os avançadinhos do sul, que se anteciparam nos fechamentos, estão vendo as curvas irem na direção do céu (...)O Estado meteu-se nas relações jurídicas trabalhador x empregador assumindo abertamente os riscos de errar, como de fato muitas vezes errou (é o que mais se ouve atualmente), e de acertar (o que terá de ser aferido com o tempo).

Salienta o magistrado que “a liberação do Estado pelas indenizações desatende a lei e, frente aos fatos, é inaceitável”, de modo que se compreende que as ações devem ser analisadas a cada caso, não eximindo o Estado, nem o empregador, a fim de proteger a priori o direito do trabalhador.

Para o Ministro Sérgio Kukina (STJ), será necessário, em primeiro lugar, averiguar se a ocorrência legítima a pretensão do contrato a fim de reestabelecer o desequilíbrio financeiro ocasionado. E segue com a seguinte consideração realizada em webnário promovido pela Conjur (2020) e destacado pelo site do STJ¹²: “quando se fala em fato do príncipe, claro, o vírus covid 19, não é fato do príncipe, fato do Príncipe é ato governamental. Ato do governante que, com base na ocorrência, na pandemia (...)”.

O Ministro Kukina ressaltou que também deverão ser analisadas as questões de razoabilidade, da proporcionalidade, do nexo de causalidade e do prejuízo sofrido, com relação ao cenário contido em cada situação. Assim, cabe ao julgador decidir o caso concreto, e ressalta considerações com relação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – conforme segue no artigo 22, “caput”: “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Neste sentido, ele defende que o judiciário deverá analisar os fundamentos de ambas as partes, a cada caso concreto que aparecer, pois será difícil, no seu entendimento, estabelecer uma única regra para ordenar o judiciário no âmbito nacional.

Já para o Juiz do Trabalho de 2º Instância, o Desembargador Decano do TRT-8, Belém-PA, Vicente José Malheiros da Fonseca, a pandemia não constitui “factum principis”, e levanta algumas

12 Ele lembrou que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) deixou clara a competência concorrente das unidades federativas para determinar as medidas de isolamento social. Para o ministro, além de empresários que venham a questionar os prejuízos sofridos em razão dessas restrições, ancorando-se na teoria, a parte oposta – municípios, estados e União – também vai apresentar seus argumentos sem negar o fato do príncipe, mas defendendo que as medidas tiveram suporte legítimo, a exemplo das recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS). “Os magistrados terão que ponderar os fundamentos ventilados por ambas as partes. Não vai ter uma fórmula única objetiva que pautará as decisões do Judiciário no país inteiro. Então, o caso concreto vai ser muito relevante”, ressaltou. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Em-debate-virtual--ministro-Kukina-fala-do-fato-do-principe-e-da-judicializacao-em-torno-do-coronavirus.aspx>>. Acesso em: 10 de out. 2020.

considerações:

- 1) A pandemia resultante da Covid-19 não constitui, tecnicamente, hipótese de "factum principis", que poderia, em tese, justificar a aplicação do art. 486 da CLT, pois não se trata de ato de governo, mas da natureza, que afetou a saúde pública mundial, capaz de exigir medidas preventivas urgentes.
- 2) Ainda que se tratasse de "factum principis", o art. 486 da CLT atribui responsabilidade do Poder Público **apenas** quanto ao pagamento da "indenização" (no singular), que, na época da promulgação da CLT, era aquela indenização (no singular) prevista no art. 478 da CLT (1 mês de salário para cada ano de serviço; e, em dobro, depois de 10 anos).
- 3) Ocorre que essa "indenização" (no singular) já não mais existe desde o advento do FGTS (salvo casos de tempo de serviço anteriores à Constituição Federal de 1988, para os empregados não optantes pelo regime do FGTS).
- 4) Assim, o Poder Público, mesmo na hipótese de "factum principis" (art. 486 da CLT) - se porventura tivesse ocorrido -, responderia tão somente pela multa de 40% (ou 20%) do FGTS, mas não pelo pagamento de outras verbas trabalhistas, como salários, horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, participação nos lucros, férias, 13º salário, aviso prévio, FGTS etc.
- 5) No caso da pandemia, o Governo não é responsável nem pela multa dos 40% (ou 20%) do FGTS, porque não se trata da hipótese de "factum principis" (art. 486 da CLT).

De fato, a teoria do fato do príncipe, assim como força maior, tornou-se inaplicável e não prosperou sob respaldo das medidas provisórias. Entretanto, segundo Santos (2020, n.p.) até a data de 28 de maio de 2020, segundo o Termômetro COVID da Justiça do Trabalho, já tramitavam 465 ações judiciais trabalhistas invocando o “Fato do Príncipe” ou “Força Maior”¹³.

Segundo Correio Brasiliense¹⁴, em 16 de Junho de 2020, a 52ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro determinou, através do Processo 0100413-12.2020.5.01.0052, que a churrascaria Fogo de Chão reintegrasse funcionários dispensados em abril. A dispensa foi considerado nula, por violação a vários requisitos legais.

Ao que se apresenta, algumas empresas parecem ter se aproveitado e agido de má-fé ao se utilizarem da pandemia para justificarem a incidência da força maior, ou do fato do príncipe, com clara intenção de diminuir os custos de uma rescisão, mesmo sem efetivamente precisarem.

É certo lembrar que os princípios da relação de trabalho devem ser respeitados e que o trabalhador ainda é a parte hipossuficiente da relação. Assim, pela decisão tomada pela 52ª Vara do trabalho do Rio de Janeiro, reconhece-se que não cabe à parte hipossuficiente responsabilidade de arcar com qualquer prejuízo financeiro seja de qual ordem for.

Ademais, por mais que coubesse uma ação motivada por qualquer um dos institutos que foram tema central deste trabalho, ainda assim, deveria o empregador arcar com as verbas rescisórias devidas e após, então, ingressar com ação regressiva contra o Estado fazendo as provas necessárias e cabidas.

13 Disponível em: <<https://www.datalawyer.com.br/dados-covid-19-justica-trabalhista>>. Acesso em: 28 de ago. 2020.

14 Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/06/16/interna-brasil,864314/justica-manda-fogo-de-chao-reintegrar-690-empregados-demitidos-na-pand.shtml>>. Acesso em: 08 de out. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi pesquisado, de fato a questão pandêmica causou impacto econômico e social, e que as figuras dos institutos da força maior ou caso fortuito e fato príncipe, os quais foram inseridos no contexto para a possibilidade de demissões trabalhista, chamaram real atenção da comunidade jurídica no sentido da sua (in)aplicabilidade.

Inicialmente, foram demonstrados o conceito destes institutos e suas aplicações no Direito Civil, norteado pelos artigos 389 e 395, localizados no título IV, referente ao inadimplemento das obrigações. Ademais, foi demonstrada a origem dos artigos 486 e 501 a 504 da CLT, bem como os motivos pelos quais esses dispositivos caíram em desuso no que tange às relações privadas. Em sequência, salientou-se a eficácia das referidas normas na seara do Direito Administrativo, na qual vem comumente sendo aplicados. Para se chegar a tal constatação, apresentou-se a hermenêutica da aplicação desses artigos, assim como a alteração no sentido do seu cabimento no decorrer da história, bem as implicações que deles decorrem com relação às verbas rescisórias.

Buscou-se salientar, também, neste trabalho, o contexto do motivo de força maior ou caso fortuito e fato príncipe, inseridos nas Medidas provisórias 927 e 936, sendo estas as medidas relacionadas ao combate a pandemia. Tais espécies legislativas frustraram a certeza de aplicação dos referidos institutos, visto que a primeira medida, embora previsse a possibilidade da aplicação do instituto da força maior em contexto pandêmico, caducou, ao passo que a segunda, por sua vez, previu expressamente a inaplicabilidade do fato do príncipe em contexto pandêmico, tendo sido convertida na Lei nº 14.020/2020.

Conquanto intencionou-se mencionar o posicionamento dos magistrados sob sua ótica juslaboralista sobre o assunto, neste liame concluiu-se que, para Sebastião Tavares Pereira, deve-se por primeiro analisar o fato concreto no sentido de proteger o direito do trabalhador. O Ministro Kukina também segue o entendimento de analisar cada caso concreto, pois será difícil estabelecer regra única de decisão para todo o âmbito nacional. Por fim, no ponto de vista jurídico do Desembargador Vicente José Malheiros da Fonseca, o instituto do artigo 486 da CLT é inaplicável ao contexto pandêmico.

Por fim, encerrou-se este trabalho com a descrição da decisão tomada pela 52ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro com relação à demissão em massa supostamente ocasionada por ato motivado pelo fato príncipe, na qual a juíza decide pela recontração dos trabalhadores demitidos, sob o argumento de que não cabe à parte hipossuficiente responsabilidade de arcar com qualquer prejuízo financeiro seja de qual ordem for.

Por todo ante exposto, conclui-se que, em *tese*, tanto os artigos 486 quanto os artigos 501 a 504 da Consolidação de Leis Trabalhistas, mostram-se inaplicáveis para as situações de demissões

por motivo de pandemia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo Esquematizado**. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Imprevisão, Força Maior, Fato do Príncipe e as Normas Excepcionais e Temporárias para Enfrentamento dos Impactos da Covid-19 nas Relações de Trabalho**. In: *Direito do Trabalho na Crise da COVID-19*. Salvador: Juspodivm, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no REsp: 1237376 RJ 2011/0031359-0**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de Julgamento: 01/09/2016. Data de Publicação: DJe 08/09/2016. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/893155858/recurso-especial-resp-1237376-rj-2011-0031359-0>>. Acesso em: 09 de set. 2020

CARVALHO, Welinton Souza. **Despedida Arbitrária no Texto Constitucional de 1988**. Curitiba: Juruá, 1998.

CAVALCANTE, D. **Fato do príncipe e relações de trabalho: diálogos e possibilidades quando a imprevisibilidade vira regra**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, v. 24, n. 1, p. 98-108, 18 ago. 2020. Disponível em:<<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/377>>. Acesso em: 11 de set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol. I. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONJUR, Consultor Jurídico. Revista Jurídica. **Indenizações trabalhistas: força maior e fato do príncipe**. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/pratica-trabalhista-indenizacoes-trabalhistas-forca-maior-fato-principe>>. Acesso em 01 de set. de 2020

CORREIO BRASILIENSE. **Justiça manda Fogo de Chão reintegrar 690 empregados demitidos na pandemia**. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/06/16/interna-brasil,864314/justica-manda-fogo-de-chao-reintegrar-690-empregados-demitidos-na-pand.shtml>. Acesso em 08 de out. de 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2019.

FONSECA, Vicente José Malheiros. **Teoria Inaplicável- comentários**.2020.In:Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-23/fato-principe-nao-prosperar-argumento-justica-trabalho>>. Acesso em 09 de Out. de 2020.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MARANHÃO, Ney. **COVID-19: Força Maior e Fato do Príncipe**. In: *Direito do Trabalho na Crise da COVID-19*. Salvador: Juspodivm, 2020.

FRIAS, Silvia. **Empresa de viagens demite mais de 100 funcionários após suspensão no setor**.2020.CAMPOGRANDENEWS. Disponível em:<<https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/empresa-de-viagens-demite-mais-de-100-funcionarios-apos-suspensao-no-setor>>. Acesso em: 21 de set. de 2020.

JUSTIÇA POTIGUAR. **Rede de restaurantes demite 690 e, com respaldo na CLT, manda a conta para o Estado**.2020. Disponível em:<<https://justicapotiguar.com.br/index.php/2020/05/17/rede-de-restaurantes-demite-690-e-com-respaldo-na-clt-manda-a-conta-para-o-estado/>>. Acesso em: 21 de set. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. t. XXIII. São Paulo: RT, 1984.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Sebastião Tavares. **Opinião Factum principis: razões para considerar o artigo 486/CLT nos julgamentos**.29 de julho de 2020. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/pereira-razoas-considerar-artigo-486clt-julgamentos>>. Acesso em: 21 de set.de 2020.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: Uma Análise do Direito Comparado e Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Leonardo Antonacci Barone. **Fato do Príncipe e Teoria da Imprevisão entre o Brasil e a França**. In: Revista de Direito da Administração Pública, 2019.

SANTOS, Rafa. **Questões de quarentena Bolsonaro cita CLT e sugere indenização a empregadores; advogados discordam**.2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/uso-artigo-clt-citado-bolsonaro-nao-consensual>>. Acesso em: 15 de ago. 2020.

SILVA, Leila Santiago da: **Surgimento do FGTS (Conteúdo Jurídico) Publicado em 06 de março de 2017**. 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/fgts>>. Acesso em 13 de out. de 2020.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STJ NOTÍCIAS. **Em debate virtual, ministro Kukina fala do fato do príncipe e da judicialização em torno do coronavírus**.2020. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Em-debate-virtual--ministro-Kukina-fala-do-fato-do-principe-e-da-judicializacao-em-torno-do-coronavirus.aspx>>. Acesso em: 10 de out. de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2001.

WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. **A teoria do risco e a responsabilidade civil**.2010. *In:* Artigo da Revista de Direito nº 81. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae2e5cc8-fa16-4af2-a11f-c79a97cc881d>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS MEDIANTE O PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Thadeu Augimeri de Goes LIMA¹
Valter Foletto SANTIN²

RESUMO

O artigo analisa sistematicamente a tutela dos interesses difusos e coletivos mediante o exercício do poder de polícia da Administração Pública, concluindo que se trata de mecanismo jurídico tão eficiente, eficaz e efetivo quanto a tutela jurisdicional coletiva e a tutela penal deles, especialmente em vista da imediatidade e da celeridade que a autoexecutoriedade e a coercibilidade dos atos de polícia, seus atributos mais destacados, podem proporcionar à tutela administrativa voltada a prevenir ou fazer cessar ilícitos atentatórios àqueles interesses, a remover as consequências de tais ilícitos e até a reparar os eventuais danos causados. Na consecução da tarefa, partimos principalmente da pesquisa bibliográfica e documental de textos normativos e de referenciais teóricos de inspiração constitucional e utilizamos preferencialmente os métodos histórico-evolutivo, dialético, sistemático e comparativo.

PALAVRAS-CHAVE: Interesses difusos e coletivos. Tutela administrativa. Poder de polícia.

RESUMEN

Este artículo analiza sistemáticamente la tutela de intereses difusos y colectivos a través del ejercicio del poder de policía de la Administración Pública, concluyendo que se trata de mecanismo jurídico tan eficiente, eficaz y efectivo como su tutela jurisdiccional colectiva y su tutela penal, especialmente en vista de la inmediatez y la celeridad que la autoejecutabilidad y la coercibilidad de los actos de policía, sus atributos más destacados, pueden brindar a la tutela administrativa encaminada a prevenir o detener ataques ilícitos contra esos intereses, a eliminar las consecuencias de tales ilícitos y hasta a reparar los eventuales daños causados. En el cumplimiento de la tarea partimos principalmente de la investigación bibliográfica y documental de textos normativos y de referencias teóricas de inspiración constitucional y utilizamos preferentemente los métodos histórico-evolutivo, dialéctico, sistemático y comparativo.

PALABRAS CLAVE: Intereses difusos y colectivos. Tutela administrativa. Poder de policía.

INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar sem receio que a *tutela dos interesses difusos e coletivos* é uma realidade definitivamente consolidada no Direito nacional. Outrossim, é curioso observar que a reação mais

-
- 1 Pós-doutorado em andamento pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Diretor e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Pesquisador/autor e professor convidado da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná (ESMPPR). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.
 - 2 Pós-doutorado pelo Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos do Ius Gentium Conimbrigae – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Professor efetivo do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica e da Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais (UENP). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

imediate e quase inevitável dos versados nas letras jurídicas, quando deparam com essa expressão, costuma ser a de pensar na tutela jurisdicional coletiva ou na tutela penal dos interesses difusos e coletivos.

Com efeito, de um lado, saltam à mente ideias como as de ação coletiva ou ação civil pública, de ação popular, de processo coletivo e outras correlatas, o que se mostra bastante natural diante da expressividade e do nível de desenvolvimento científico e legislativo que o Direito Processual Coletivo brasileiro atingiu.

De outro lado, a memória também sói evocar desde logo conceitos como os de bem jurídico-penal transindividual, de Direito Penal Ambiental e de Direito Penal Econômico, dentre outros, novamente face à expressividade e ao nível de desenvolvimento científico e legislativo angariados igualmente pelo Direito Penal Supraindividual pátrio.

Raramente, contudo, a primeira lembrança a surgir é a da tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos, não obstante no nosso sistema jurídico ela seja tão importante e tradicional quanto a tutela jurisdicional coletiva e a tutela penal.

Vale referir ainda que essa tutela administrativa encontra como um poderoso instrumento de atuação o poder de polícia da Administração Pública, capaz de lhe garantir eficiência, eficácia e efetividade similares às da tutela jurisdicional coletiva e da tutela penal, especialmente em vista da imediatidade e da celeridade que a autoexecutoriedade e a coercibilidade dos atos de polícia, seus atributos mais destacados, podem proporcionar à proteção dos interesses difusos e coletivos, de modo a prevenir ou fazer cessar ilícitos atentatórios a eles, a remover as consequências de tais ilícitos e até a reparar os eventuais danos causados.

O objetivo do presente artigo é analisar sistematicamente a tutela dos interesses difusos e coletivos mediante o exercício do poder de polícia da Administração Pública, buscando demonstrar que se trata de um mecanismo jurídico no mínimo tão eficiente, eficaz e efetivo quanto a tutela jurisdicional coletiva e a tutela penal.

Na consecução da tarefa, partimos principalmente da pesquisa bibliográfica e documental de textos normativos e de referenciais teóricos de inspiração constitucional e utilizamos preferencialmente os métodos histórico-evolutivo, dialético, sistemático e comparativo. O método histórico-evolutivo é empregado para traçar um sucinto panorama cronológico do desenvolvimento da tutela dos interesses difusos e coletivos no ordenamento jurídico brasileiro. O método dialético é tomado em sua acepção clássica e mais ampla de contraposição de ideias e argumentos possivelmente colidentes, no esforço de obter uma síntese superadora das suas contradições. O método sistemático, por sua vez, é o pertinente para organizar de forma coerente e harmônica as normas e os institutos jurídicos aplicáveis ao exercício do poder de polícia em função da tutela

administrativa dos interesses difusos e coletivos. Já o método comparativo é usado no cotejo da tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos mediante o exercício do poder de polícia com a tutela jurisdicional coletiva e a tutela penal deles.

Inicialmente, abordamos o reconhecimento dos interesses difusos e coletivos e sua pluritutela jurídica no Direito brasileiro. Na sequência, expomos as linhas gerais do poder de polícia e da função de polícia administrativa. Por fim, examinamos o poder de polícia como instrumento de tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos. Na conclusão, levamos a termo o raciocínio desenvolvido ao longo do texto.

1. INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS E SUA PLURITUTELA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), de maneira bastante didática, contemplou as definições legais dos interesses difusos e coletivos no seu art. 81, par. ún., incs. I e II. De acordo com o diploma consumerista, os interesses difusos são entendidos como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, ao passo que os interesses coletivos são entendidos como os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. O CDC, aliás, é um dos emblemáticos resultados positivos da depuração teórico-conceitual dos interesses supraindividuais e das elucubrações sobre os instrumentos legais para a sua defesa, que encontraram seu período áureo entre as décadas de 1970 e 1990.

Todavia, é certo que, muito antes dessa época, o Brasil já ostentava considerável tradição na proteção de tais interesses. De fato, na experiência jurídica nacional, desde a primeira metade do século XIX, alguns interesses difusos e coletivos eram reconhecidos – forçoso admitir que mais como “prolongamentos” de interesses individuais ou “encapsulados” indistintamente em conceitos como os de *bem comum* ou *interesse coletivo* em sentido lato – e cuidados pelo ordenamento, via de regra por meio do Direito Administrativo e do Direito Penal (LIMA, 2020, p. 45). Numerosos exemplos podem ser mencionados.

Começando pelo Direito Administrativo, coincidiu com a mudança da Família Real para o país, em 1808, o início da estruturação dos serviços sanitários brasileiros, com ênfase aos regulamentos e ao exercício do poder de polícia para o controle sanitário de produtos e de estabelecimentos comerciais, o combate à propagação de doenças, principalmente as epidêmicas, a resolução de questões de saneamento e as fiscalizações dos portos e do exercício profissional na área de saúde (COSTA; FERNANDES, 2008; MORAES, 2016).

Após a proclamação da República, os Estados passaram a ser responsáveis pelas questões atinentes à saúde pública e ao saneamento. Por meio da Lei 19, de janeiro de 1897, a incumbência pelos serviços de higiene foi oficialmente entregue aos Municípios, permanecendo os Estados com os serviços de saúde pública (ALVES; GERTZ, 2016).

Convém fazer alusão também às regras concernentes à higiene e à segurança do trabalho previstas no Título II, Capítulo V, da Consolidação das Leis do Trabalho (1943), que disciplinavam a atuação administrativa destinada à fiscalização das obrigações patronais e à proteção dos interesses difusos e coletivos dos trabalhadores relacionados com o meio ambiente laboral (LIMA, 2020, p. 46).

Na órbita administrativa-econômica, merecem referência a Lei 1.522/1951 (revogada e substituída pela Lei Delegada 4/1962), que cuidou da intervenção do Governo Federal no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, a Lei 4.137/1962, que foi a primeira a tratar da repressão ao abuso do poder econômico e instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e a Lei Delegada 5/1962, que criou a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB) (OLIVEIRA JÚNIOR, 1984, p. 15; MANCUSO, 1994, p. 86).

Partindo para o domínio do Direito Penal, o Código Penal da República (1890) tipificava em seu Livro II, na categoria dos crimes contra a tranquilidade pública (Título III), os crimes de incêndio e outros de perigo comum (Capítulo I), os crimes contra a segurança dos meios de transporte ou de comunicação (Capítulo II) e os crimes contra a saúde pública (Capítulo III), os quais, sob a ótica atual, compreendem-se como primordialmente voltados à tutela de bens jurídicos difusos. A tipificação e a sistematização em tela restaram intocadas na Consolidação das Leis Penais (1932) (LIMA, 2020, p. 47).

O vigente Código Penal (1940) e a Lei das Contravenções Penais (1941) também preveem infrações penais com objetividades jurídicas difusas e coletivas. Na Parte Especial do CP, confirmam-se alguns crimes contra a organização do trabalho (Título IV) e os crimes contra a incolumidade pública (Título VIII). Na Parte Especial da LCP, observem-se as contravenções referentes à incolumidade pública (Capítulo III) e à organização do trabalho (Capítulo VI) (LIMA, 2020, p. 47).

Na legislação penal especial, outrossim, destacaram-se a Lei 1.521/1951, que versa sobre os crimes contra a economia popular, a Lei 2.889/1956, que tipificou em nosso Direito interno o delito de genocídio, os Códigos Florestal (Lei 4.771/1965), de Caça (Lei 5.197/1967), de Pesca (Decreto-lei 221/1967) e de Mineração (Decreto-lei 227/1967), que contemplaram ilícitos penais contra o meio ambiente, e a Lei 6.453/1977, que trouxe em seus arts. 20 a 27 infrações penais concernentes ao manejo da energia nuclear e de produtos radioativos. O ponto comum entre esses

diplomas é que todos buscaram proteger bens jurídicos difusos (LIMA, 2020, p. 47-48).

A legislação processual brasileira também foi intuitivamente descobrindo e aos poucos se familiarizando com os novos conflitos envolvendo interesses supraindividuais, tendo sido desbravador nesse âmbito o Direito Processual do Trabalho, que, desde o Decreto-lei 1.237/1939, reconheceu formalmente a existência de dissídios coletivos decorrentes das relações trabalhistas – que contrapunham categorias profissionais e econômicas – e destinou à solução deles um arcabouço normativo e institucional, estabelecido nos arts. 56 e seguintes do texto normativo. A CLT, que sucedeu e revogou o Decreto-lei 1.237/1939, manteve esse arcabouço nos seus arts. 856 e seguintes (LIMA, 2020, p. 48-49).

Por fim, considera-se a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965) o primeiro diploma legal pátrio a oferecer um instrumento processual diretamente voltado à tutela jurisdicional coletiva de interesses transindividuais identificados como difusos (art. 1º, § 1º), a cujo manejo se legitimou o cidadão (MOREIRA, 1982; WATANABE, 1984, p. 88).

Se é certo, como dito mais acima, que bem antes dos anos 1970 o Brasil já contava com instrumentos jurídicos que viabilizavam a tutela de interesses difusos e coletivos, ressalta-se que o mais significativo e exemplar avanço na consagração normativa de tais interesses e na construção de mecanismos protetivos começou a acontecer na década seguinte.

De fato, foi com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) que os interesses transindividuais ligados ao meio ambiente, ao patrimônio cultural e às relações de consumo vieram a obter tutela diferenciada, mediante preceitos que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do Processo Civil brasileiro e, de outro, acabaram influenciando na modificação de técnicas no próprio Código de Processo Civil de 1973. Porém, tratava-se ainda de tutela restrita a objetos determinados, até que a Constituição Federal de 1988, mormente nos arts. 5º, incs. LXX e LXXIII, 8º, inc. III, e 129, inc. III, universalizou a proteção coletiva (GRINOVER, 2007, p. 11).

No plano constitucional-material, como principais disposições reveladoras de interesses difusos e coletivos, temos as referentes às relações de consumo (arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V), ao meio ambiente natural e do trabalho (arts. 5º, inc. LXXIII, 7º, inc. XXII, e 225), à saúde pública (arts. 6º e 196), à ordem econômica e à livre concorrência (arts. 170 e 173, §§ 4º e 5º), à prestação de serviços públicos adequados e eficientes (art. 175, *caput*), à ordenação dos territórios urbano e rural (arts. 182 e 186), à proteção a crianças, adolescentes, jovens, idosos, portadores de deficiências, grupos vulneráveis e indígenas (arts. 201 a 203 e 226 a 232) e à educação e à cultura (arts. 205 a 216-A) (LIMA, 2020, p. 51).

No ensejo pós-constitucional, e a partir do advento do CDC, o ordenamento jurídico nacional passou a dispor de um verdadeiro microsistema de tutela jurisdicional coletiva, composto

pelo Título III do Código – que não só definiu legalmente os interesses difusos e coletivos, como adiantado, mas também instituiu a categoria dos interesses individuais homogêneos – e pela LACP, interagindo por força da aplicação recíproca das disposições de ambos os diplomas. Essa aplicação recíproca da LACP e do CDC ocorre por conta dos expressos reenvios que a LACP (no seu art. 21) faz ao CDC e que o CDC (no seu art. 90) faz à LACP (LIMA, 2020, p. 51).

Cumprir registrar também que o art. 1º da LACP recebeu sucessivas alterações, promovidas pelo CDC, pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e pelas Leis 12.529/2011, 12.966/2014 e 13.004/2014, que acrescentaram ao seu rol originário mais interesses supraindividuais passíveis de tutela jurisdicional coletiva (LIMA, 2020, p. 52).

Somando-se à LACP e ao CDC, várias outras leis surgiram e aderiram, em um plano complementar-integrativo, ao microsistema de tutela jurisdicional coletiva brasileiro, a exemplo da Lei 7.853/1989, que cuida da proteção e da promoção dos direitos das pessoas com deficiência, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/1993) e do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) (LIMA, 2020, p. 52-54).

Na esfera penal, desde pouco antes da promulgação da CF/1988 e mais ainda no período subsequente a ela, houve notável profusão de novos tipos incriminadores com objetos jurídicos difusos e coletivos, apresentando verdadeira expansão da tutela penal, tal como evidenciam a Lei 7.492/1986, referente aos delitos contra o sistema financeiro nacional, a Lei 8.137/1990, que tipificou crimes contra a ordem tributária (arts. 1º a 3º), contra a ordem econômica (art. 4º) e contra as relações de consumo (art. 7º), a Lei 9.605/1998, referida sob a designação de Lei dos Crimes Ambientais, e a Lei 11.105/2005, que criminalizou comportamentos contrários às normas de biossegurança (LIMA, 2020, p. 54-56).

Assim, do exposto nas páginas precedentes, percebe-se que a temática dos interesses difusos e coletivos hoje transpassa vários ramos e estratos do ordenamento jurídico pátrio, recebendo deles normatizações e mecanismos protetivos próprios. Esses interesses, portanto, beneficiam-se da *pluritutela jurídica*, quer-se dizer, de uma multiplicidade de disposições normativas, de instrumentos e de instituições atuantes nas esferas de responsabilização penal, civil e administrativa, cujo eixo teleológico comum reside na função de garantir a sua preservação em face de ameaças e de buscar a sua reparação diante de lesões consumadas (LIMA, 2020, p. 59).

Na sequência, antes de adentrarmos a tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos, e como pressuposto para tanto, examinaremos as linhas gerais do poder de polícia e da função de polícia administrativa.

2. PODER DE POLÍCIA E POLÍCIA ADMINISTRATIVA: LINHAS GERAIS

A expressão *poder de polícia*, em sua formulação clássica, que radica na concepção liberal amplamente influente no século XVIII, designava a atividade estatal que limitava o exercício de direitos individuais em benefício da segurança. Na atualidade, passou a ser compreendida como designativa da atividade estatal que limita o exercício de direitos individuais em benefício do interesse público (SANTIN, 2013, p. 63).

Não se olvida que a expressão em tela é repudiada por alguns juristas, que nela veem perigoso ranço autoritário e indesejável aproximação à noção de “Estado de Polícia” (SUNDFELD, 1993, p. 11-13; SANTIN, 2013, p. 63). Contudo, ainda é a mais acolhida pela doutrina administrativista brasileira e traduz uma realidade inquestionável e reconhecida pelos próprios autores que pregam a sua eliminação, consistindo em um dos modos mais importantes de atuação administrativa, além de ser mencionada na Constituição Federal, na legislação e na jurisprudência, eis por que merece ser mantida (MEDAUAR, 1995, p. 94; SANTIN, 2013, p. 63; DE LAZARI; DIAS, 2020, p. 73-76; JUSTEN FILHO, 2018, *passim*).

O Direito brasileiro conta inclusive com uma definição legal de poder de polícia, prevista no art. 78 do Código Tributário Nacional. De acordo com o dispositivo, considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Como dito, o poder de polícia limita o exercício de direitos individuais em benefício do interesse público. Este, a seu turno, há que ser entendido não em uma conotação monolítica que dê margem a interpretações autocráticas ou a tendências de majoritarismo hegemônico, mas sim no sentido democrático de resultado da aspiração de convivência harmônica e respeitosa e da composição possível de diferentes interesses e visões de mundo existentes em uma sociedade pluralista, cujos fundamento e limite são a promoção e a preservação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido democrático, aliás, não existe impropriedade ou inconveniente em admitir a encampação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular pelo nosso ordenamento jurídico. Com efeito, ele é dedutível do art. 3º, inc. IV, da CF/1988, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *promover o bem de todos*, o que significa perseguir o interesse público, tal qual exposto, em suas múltiplas dimensões (DAWALIBI, 1999).

A doutrina tradicional divide as funções inerentes ao poder de polícia em três vertentes principais: a polícia administrativa, a polícia de segurança e a polícia judiciária (SANTIN, 2013, p. 59).

A polícia administrativa, a qual guarda relação direta com o objeto do presente estudo, é a que tem por escopo tomar providências e fazer respeitar todas as medidas necessárias para a manutenção da ordem, da segurança e da salubridade públicas (CRETELLA JÚNIOR, 1985, p. 14). Ela limita os abusos da liberdade, protege situações individuais e coletivas e procura manter o equilíbrio social, coibindo atividades dos particulares que lhes sejam nocivas (SANTIN, 2013, p. 59).

Em outros termos, é a atividade da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades, tratando-se de tema típico do Direito Público, o tema público por excelência, do qual se cogita em qualquer ordenamento jurídico, justamente porque, onde existe um, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar direitos fundamentais de indivíduos e grupos. Outrossim, é o tema que mais diretamente se insere na encruzilhada autoridade-liberdade/Estado-indivíduo, que permeia o Direito Administrativo em especial e o Direito Público como um todo, revelando-se, pois, muito sensível à indole do Estado e às características históricas, políticas e econômicas dos países (MEDAUAR, 1995, p. 89).

A polícia administrativa é exercitável por todos os entes da Federação, vale dizer, pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, em conformidade com as suas competências constitucionalmente previstas (arts. 21 a 25, 30 e 32 da CF/1988). Com efeito, em princípio, tem competência para policiar o ente que dispõe do poder de regular a matéria. Destarte, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União, os de interesse regional se submetem às normas e ao policiamento estadual e os de interesse local incumbem à Administração municipal ou distrital. Todavia, certas atividades interessam simultaneamente a todos os entes políticos e o poder de regular e de policiar se apresenta em todas as Administrações interessadas (MEIRELLES, 1997).

Ademais, o exercício da polícia administrativa se dá, via de regra, por órgãos da própria Administração Pública direta desses entes políticos, porém, na perspectiva doutrinária e jurisprudencial majoritária, pode ser atribuído a entidades da sua Administração indireta, notadamente àquelas dotadas de personalidade jurídica de direito público, a exemplo das autarquias. Por outro lado, é controvertida a possibilidade de sua delegação a particulares e mesmo a pessoas jurídicas da Administração Pública indireta dotadas de personalidade jurídica de direito privado (KLEIN, 2017; GALVÃO; FONSECA, 2019).

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário

633.782/MG e apreciando o tema 532 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: “É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial” (STF, RE 633.782/MG, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, sessão virtual de 16.10.2020 a 23.10.2020).

A polícia administrativa é concretamente exercida mediante atos da Administração Pública que, em vista do seu conteúdo, são especificamente denominados *atos de polícia*. Ou seja, o ato de polícia é uma espécie de ato administrativo, sujeito às mesmas normas pertinentes, aos mesmos pressupostos de existência e requisitos de validade e aos mesmos controles aos quais estão submetidos os atos administrativos em geral, além da exigência de proporcionalidade, entendida aqui como a adequação do ato ao fundamento da intervenção da Administração Pública no direito, na liberdade ou na atividade objeto do poder de polícia (MEIRELLES, 1997; DAWALIBI, 1999).

Costumam-se apontar como atributos dos atos de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade (MEIRELLES, 1997; LAZZARINI, 2001).

Necessário deixar claro que o exercício da polícia administrativa, em si, não é discricionário, mas obrigatório. Nunca a Administração Pública poderá deixar de exercê-la, sob o argumento de que se insere nas suas conveniência e oportunidade. O que se deve debater, portanto, é apenas se os atos de polícia realmente comportam a discricionariedade como um atributo deles. E, neste ponto, parece mais correto asseverar que os atos de polícia podem ser tanto discricionários quanto vinculados, a depender da sua formatação legal (DAWALIBI, 1999; GOVINDA, 2014). Em acréscimo, no que tange aos atos de polícia que comportam alguma forma de discricionariedade, esta há que ser reputada como o uso da liberdade de valoração das atividades policiadas dentro da moldura legal do ato, dizendo respeito, também, à gradação das sanções administrativas aplicáveis aos eventuais infratores (LAZZARINI, 2001).

Imperioso lembrar que, quando houver espaço de discricionariedade à Administração Pública na emanção do ato de polícia, tal espaço não se confunde com a arbitrariedade ou com o arbítrio. A polícia administrativa deve ser exercida dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, sob pena de, não o fazendo, incidir a autoridade em abuso de poder (LAZZARINI, 2001). De modo genérico, o respeito à Constituição e às leis é uma barreira intransponível que se põe contra o exercício arbitrário do poder de polícia e contra os atos de polícia abusivos. No bojo do Texto Constitucional, ademais, sobressaem os limites à atuação administrativa erigidos pelos direitos fundamentais (CRETELLA JÚNIOR, 1985, p. 32).

O segundo atributo reconhecido ao ato de polícia, como salientado mais acima, é a autoexecutoriedade. Significa que, como decorrência da própria natureza do poder de polícia,

aquele ato pode ser executado de imediato e diretamente pela Administração, pode gerar os seus efeitos cabíveis sem precisar da intervenção jurisdicional para propiciá-los, salvo, obviamente, naqueles casos em que dispositivo constitucional imponha o prévio pronunciamento do Poder Judiciário, vale dizer, quanto às matérias submetidas a cláusulas de reserva de jurisdição. Desse modo, há uma inversão no que tange à invocação da tutela do Poder Judiciário: este só será chamado a intervir se o cidadão, como administrado, entender que foi prejudicado pelo ato de polícia. E a intervenção jurisdicional ocorrerá sempre *a posteriori*, isto é, após o ato de polícia ter sido emanado e iniciado a produção dos seus efeitos (CRETELLA JÚNIOR, 1985, p. 32; LAZZARINI, 2001; GOVINDA, 2014).

Finalmente, o terceiro atributo do ato de polícia é a coercibilidade. O ato de polícia é coercitivo porque é imperativo, criando um dever, uma obrigação ou um encargo irrecusáveis para o administrado. É a própria Administração Pública que decide e toma as providências voltadas à realização do que decidiu, impõe condutas ou ônus ao destinatário do ato, que não pode se abster de cumpri-los, e remove os eventuais obstáculos que o administrado porventura oponha, inclusive, para isso, aplicando-lhe sanções administrativas legalmente cominadas (DAWALIBI, 1999; LAZZARINI, 2001).

O exercício da polícia administrativa compreende um conjunto de manifestações diversas, não existindo no Direito nacional um elenco abrangendo todas elas. Há grande quantidade de disposições normativas que atribuem competências ao Estado (*lato sensu*), cujo desempenho envolve, a título principal ou acessório, a competência de polícia administrativa. Não se ignora ainda que o funcionamento do Estado (*lato sensu*) e a preservação da ordem pública tendem, cada vez mais, a demandar algumas restrições à autonomia, à liberdade e à propriedade dos cidadãos (KLEIN, 2017, p. 4).

Portanto, os tipos específicos de atos de polícia são muitos e variáveis conforme os interesses que visem a preservar e os direitos, as liberdades ou as atividades sobre os quais incidam. Outrossim, eles podem operar seus efeitos apenas no plano jurídico ou estendê-los também ao plano fático. Exemplos de atos de polícia que operam e esgotam seus efeitos no plano jurídico são as licenças e as autorizações, ao passo que dentre os atos de polícia que produzem efeitos no plano fático, para além do jurídico, podem ser citadas as fiscalizações, os embargos de estabelecimentos e as demolições de obras.

No intuito de uma tentativa de sistematização, mostra-se muito proveitoso o emprego da ideia de *ciclo de polícia*, proposta por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que classifica em quatro modos ou momentos as atividades abrangidas no exercício da polícia administrativa, quais sejam, a *ordem de polícia*, o *consentimento de polícia*, a *fiscalização de polícia* e a *sanção de polícia*

(MOREIRA NETO, 2009, p. 444-447; KLEIN, 2017, p. 4).

A ordem de polícia concerne à previsão normativa que disciplina a atuação da Administração Pública e estabelece *in abstracto* as proibições, as restrições ou os condicionamentos ao exercício de direitos, de liberdades e de atividades dos administrados.

Neste contexto se enquadram as limitações administrativas, imposições gerais, gratuitas, unilaterais e de ordem pública condicionadoras do exercício de direitos, de liberdades ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social (MEIRELLES, 1998, p. 515). São exemplos delas as leis que estabelecem zonas urbanas e requisitos edilícios e de aproveitamento, entre outras que disciplinem o uso e o gozo da propriedade imóvel. Cuida-se de condicionamentos oriundos de normas gerais e abstratas, que não consideram as características individualizadoras do bem, mas sim critérios de maior amplitude, como a região em que se situa, o propósito de fomentar determinadas atividades de repercussão social ou de combater a mera especulação imobiliária, dentre outros relevantes (VITTA, 2004).

De outro lado, o consentimento de polícia diz respeito ao ato administrativo que exara a concordância da Administração Pública com uma determinada conduta a ser praticada pelo particular, nas hipóteses em que a lei a impõe como *conditio* para tanto. Aqui se inserem a licença e a autorização, atos de polícia bastante comuns e exigidos como condições para o desempenho de numerosas atividades que possam causar algum gravame à coletividade.

Alerta-se que habitualmente se veem confusões entre ambas, ou mesmo entre elas e o alvará. De início, pode-se dizer que o alvará é a forma pela qual a Administração Pública expede uma licença ou uma autorização. O alvará, portanto, é somente um documento que materializa os atos de polícia de licença e autorização, não se confundindo com estas, que se referem ao seu conteúdo (DAWALIBI, 1999).

A licença é o ato pelo qual a Administração Pública faculta ao administrado a prática de uma atividade, após o interessado haver demonstrado o preenchimento dos requisitos legais para tanto. Trata-se de ato administrativo vinculado, eis que a lei não confere liberdade à Administração Pública para permitir ou não a atividade, ao seu talante, quando comprovados os requisitos para o desempenho dela. Já a autorização, ao contrário, é um ato discricionário pelo qual a Administração Pública faculta a alguém o exercício de uma atividade, fundada na aferição das suas conveniência e oportunidade e tendo como limite o interesse social. A autorização, ademais, é em regra precária, podendo ser revogada a qualquer tempo (DAWALIBI, 1999).

A fiscalização de polícia consiste na verificação da observância das ordens de polícia e da manutenção dos requisitos que determinaram a manifestação do consentimento de polícia, quando cabível (KLEIN, 2017, p. 4). É um importante ato de polícia, porquanto previne eventuais danos

decorrentes do exercício de atividades em desconformidade com o interesse público (DAWALIBI, 1999).

Por fim, o último modo ou momento do ciclo de polícia administrativa é a sanção de polícia, que se caracteriza pela imposição de reprimendas de natureza administrativa aos autores de ilícitos de idêntica feição, cometidos em transgressão a comandos gerais e abstratos ou concretos emitidos por autoridades públicas competentes.

A aplicação de sanções administrativas decorre da coercibilidade que caracteriza os atos de polícia. De fato, o exercício da polícia administrativa seria ineficaz e inócuo se não fosse dotado de tal atributo, e a coercibilidade se materializa especialmente através de sanções administrativas. Outrossim, diversas são as sanções administrativas possíveis, cabendo mencionar, entre as mais comuns, a multa, a apreensão de produtos, a interdição de atividade, o embargo de estabelecimento e a demolição de obra, por exemplo (DAWALIBI, 1999).

Concluindo, vale frisar que, não raramente, será impossível distinguir e apartar com rigor absoluto um modo ou momento do ciclo de polícia dos demais, visto que o exercício da polícia administrativa demanda a prática de vários atos, havendo ocasiões em que aqueles modos ou momentos se sucederão lógica e empiricamente e outras em que se desenvolverão, ao menos em parte, de forma sobreposta e simultânea.

Na próxima seção, enfocaremos a tutela dos interesses difusos e coletivos por intermédio do exercício da polícia administrativa.

3. PODER DE POLÍCIA E TUTELA ADMINISTRATIVA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

O esforço de sistematização da tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos mediante o poder de polícia da Administração Pública esbarra em duas dificuldades principais. A primeira dificuldade decorre da constatação de que esses interesses se revelam em domínios bastante diversos, estando presentes em praticamente todas as situações nas quais haja a regulação jurídica de “relações factuais estabelecidas entre conjuntos (mais ou menos vastos) de pessoas portadoras de necessidades compartilhadas e situações valiosas ou bens (materiais ou imateriais) úteis a satisfazê-las e insuscetíveis de apropriação e fruição individualizadas” (LIMA, 2020, p. 31). A segunda dificuldade reside na circunstância de que, em enorme quantidade de casos, todos os entes políticos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) são dotados de competência para exercer tal tutela administrativa por meio do poder de polícia, em consonância com as respectivas competências constitucionais, o que favorece a existência de uma infinidade de textos normativos, legais e infralegais, a regulá-la, cujas pesquisa e análise exaurientes sem dúvida demandariam

alguns anos.

Destarte, a fim de contornar as apontadas dificuldades, e conscientemente renunciando à pretensão de completude – incompatível, aliás, com os modestos limites deste texto –, em prol do objetivo de elaborar uma sistematização ampla, atentaremos às seguintes linhas mestras: a) focaremos na tutela administrativa dos interesses genuinamente difusos e coletivos “típicos” ou “nominados” arrolados na atual redação do art. 1º, *caput*, incs. I, II, III, V, VI e VII, da Lei da Ação Civil Pública, isto é, o meio ambiente, as relações de consumo, o patrimônio cultural, a ordem econômica, a ordem urbanística e a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos³; b) adotaremos a categoria *ciclo de polícia* para, relativamente à tutela administrativa de cada um desses interesses mediante o exercício do poder de polícia, organizar as atividades desempenhadas em ordens de polícia, consentimentos de polícia, fiscalizações de polícia e sanções de polícia; e c) na exemplificação, priorizaremos as referências a disposições da Constituição Federal e de leis federais e estaduais mais emblemáticas.

Iniciando pelo meio ambiente – considerado o interesse difuso “paradigma” ou “por excelência” –, a sua tutela administrativa mediante o exercício do poder de polícia é certamente a mais desenvolvida que encontramos no Brasil, tanto em termos de quantidade de preceitos normativos quanto em termos de instituições e instrumentos aptos a proporcioná-la.

A CF/1988, em seu art. 225, *caput*, reconhece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e atribui ao Poder Público – ao lado da coletividade – a incumbência de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Ademais, os parágrafos do dispositivo lhe cometem, como verdadeiros deveres fundamentais estatais, atividades que dizem respeito à polícia administrativa e que perpassam o inteiro ciclo de polícia.

Vale explicitar que Poder Público, aqui, deve ser compreendido como a União, os Estados,

3 Os patrimônios público e social, previstos no art. 1º, *caput*, inc. VIII, da LACP, inserido pela Lei 13.004/2014, ficarão alheios à nossa abordagem, por uma opção metodológica guiada mais uma vez pelos limites do trabalho, notadamente em vista das peculiaridades envolvidas na tutela administrativa de tais bens jurídicos e da divergência doutrinária verificada acerca da específica natureza deles no quadro dos interesses supraindividuais. É certo que ambos constituem inegáveis objetos de interesses supraindividuais, pois concernem a um vasto contingente de sujeitos e são insuscetíveis de apropriação e de gozo exclusivos. Não obstante, o seu exato enquadramento como objetos de interesses gerais/públicos ou de interesses difusos suscita controvérsia entre os estudiosos, havendo quem os visualize na primeira categoria (COSTA, 2015, p. 40-41, 47) e quem prefira concebê-los na segunda categoria (ALMEIDA, 2003, p. 452, 457). Fica explicado, portanto, o foco dado aos interesses genuinamente difusos e coletivos a que nos referimos no texto. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, contudo, não resta nenhuma dúvida de que os patrimônios público e social – interpretados de maneira ampla, abrangendo seus aspectos materiais (o erário, entendido como o conjunto de bens, dinheiros e créditos públicos) e imateriais (os princípios e valores regentes da Administração Pública, mormente a moralidade e a probidade administrativas, e os atributos que refletem a sua honra objetiva e boa visão perante os administrados) – podem ser protegidos através dos meios disponibilizados pelo microsistema composto pela LACP e pelo CDC, *ex vi* do art. 129, inc. III, da CF/1988 e do citado art. 1º, *caput*, inc. VIII, da LACP, inserido pela Lei 13.004/2014.

os Municípios e o Distrito Federal, por seus entes e órgãos da Administração Pública direta e indireta – com a ressalva da controvérsia sobre a sua atributividade a pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, mencionada na seção anterior –, incluídos os integrantes do Sistema Único de Saúde – com destaque aos que desempenham as funções de vigilâncias sanitária e epidemiológica –, por inteligência dos arts. 23, incs. VI, VII e XI, 24, incs. VI e VII, 30, incs. I, II e VII, 32, § 1º, e 200, inc. VIII, da Lei Maior.

Temos no bojo do art. 225 da CF/1988 expressas menções a ordens de polícia, no que concerne às previsões de leis para proibir, restringir ou condicionar o exercício de atividades potencialmente lesivas aos bens jurídicos ambientais (§§ 1º, incs. III, IV, V e VII, 2º, 4º e 6º); a consentimentos de polícia, no que toca às exigências de atos autorizativos (*lato sensu*) da Administração Ambiental para o desempenho de algumas daquelas atividades, sobressaindo nesse contexto os procedimentos de licenciamento ambiental e as hipóteses de necessidade de estudo prévio de impacto ambiental (§§ 2º, 4º e 6º); a fiscalizações de polícia, quanto aos efetivos controle e acompanhamento de tais atividades permitidas e da satisfação de seus condicionamentos (§ 1º, incs. II, segunda parte, e V); e a sanções de polícia (§ 3º), ao se preconizar a independência e a cumulatividade entre as responsabilidades e as reprimendas de naturezas penal, civil e administrativa.

Outras ordens de polícia podem ser notadas nos arts. 170, inc. II, e 186, inc. II, que estabelecem, respectivamente, a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, e a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente como requisitos para que se repete cumprida a função social da propriedade rural. Trata-se de condicionamentos aos exercícios da liberdade de empreender e do direito de propriedade impostos diretamente pela Carta Magna.

No plano da legislação infraconstitucional nacional, merecem referência principalmente a Lei Complementar 140/2011, que fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), que estabelece regras, princípios, diretrizes, objetivos e instrumentos tendo por escopo a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (conforme o art. 2º, *caput*), além de estruturar o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)

e o Cadastro de Defesa Ambiental; e a Lei 9.605/1998, que, além de haver implementado a responsabilidade penal de pessoas jurídicas – na esteira do art. 225, § 3º, da CF/1988 –, prever crimes ambientais e lhes cominar as respectivas penas, dispõe sobre as sanções administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e sobre a legitimidade dos entes e órgãos integrantes do SISNAMA para celebrar compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental (v. arts. 25, 70 a 76 e 79-A).

As disposições constitucionais e as leis acima indicadas compõem o arcabouço normativo nuclear da tutela administrativa do meio ambiente mediante o exercício do poder de polícia pelas entidades e pelos órgãos federais, estaduais, municipais e distritais do SISNAMA, a partir do qual se extrai o embasamento jurídico geral de diversas ordens de polícia, exigências de consentimentos de polícia, fiscalizações de polícia e sanções de polícia orientadas a prevenir ou fazer cessar ilícitos atentatórios aos bens jurídicos ambientais, a remover as consequências de tais ilícitos e até a reparar os eventuais danos causados.

A esse arcabouço normativo nuclear se somam, de forma complementar-integrativa e voltados a disciplinar temas específicos, vários outros diplomas legais, a exemplo da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/1997), da Lei de Saneamento Básico (Lei 11.455/2005), da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010) e do Código Florestal (Lei 12.651/2012), sem prejuízo de leis estaduais, municipais e distritais e atos normativos infralegais, com ênfase às Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que também conferem fundamentos jurídicos a atividades administrativas que atravessam todo o ciclo de polícia.

Passando à tutela dos interesses difusos e coletivos dos consumidores mediante o poder de polícia, frisa-se que o art. 5º, inc. XXXII, da CF/1988 comete ao Estado o dever fundamental de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, ao passo que o art. 170, inc. V, reconhece tal defesa como um dos princípios da ordem econômica. Estado, aqui, deve ser entendido em sentido amplo, englobando todos os entes políticos, por suas entidades e seus órgãos da Administração Pública direta e indireta, *ex vi* dos arts. 24, incs. V e VIII, 30, incs. I e II, e 32, § 1º, da Lei Maior. Logo, em linhas gerais, a Administração Pública, no exercício da polícia administrativa, deve atuar, nos limites de sua competência, na prevenção e na repressão aos abusos praticados pelos fornecedores de produtos e serviços (AZEVEDO, 2008).

No plano da legislação infraconstitucional nacional, o mais importante diploma referente à matéria é, indubitavelmente, o Código de Defesa do Consumidor.

Como forma de organizar a tutela administrativa do consumidor, o *Codex* instituiu, nos seus arts. 105 e 106, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), composto pelos entes e órgãos federais, estaduais, municipais e distritais e pelas entidades privadas (associações civis) de

defesa do consumidor. O SNDC é regulamentado pelo Decreto Federal 2.181/1997 e atualmente coordenado pela Secretaria Nacional do Consumidor, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (AZEVEDO, 2008, em parte). O art. 6º, *caput*, do referido Decreto, inclusive, explicita a legitimidade dos entes e órgãos públicos integrantes do SNDC para celebrar compromissos de ajustamento de conduta, nos termos do art. 5º, § 6º, da LACP e na órbita de suas competências.

Outrossim, o CDC traz regras que disciplinam atividades voltadas à tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos dos consumidores e inseridas em todo o ciclo de polícia. O *caput* e o § 1º do art. 55 estabelecem a possibilidade da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, editarem normas relativas à produção, à industrialização, à distribuição e à publicidade de produtos e serviços e ao mercado de consumo, as quais caracterizam verdadeiras ordens de polícia. *A fortiori*, os preceitos conferem a tais entes políticos também o poder de imporem, mediante as normas editadas, exigências de consentimentos de polícia proporcionais e razoáveis quanto àquelas atividades. Os §§ 1º a 4º do art. 55, a seu turno, reconhecem aos mesmos entes políticos a competência para fiscalizações de polícia concernentes às supracitadas atividades. Já os arts. 56 a 60 preveem e regulam as sanções administrativas aplicáveis pelos órgãos de defesa dos consumidores na tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos destes e na coibição de condutas que lhes sejam atentatórias, ou seja, versam sobre sanções de polícia.

Não se olvidem, ainda, os papéis desempenhados por algumas agências reguladoras, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída pela Lei 9.427/1996, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), instituída pela Lei 9.472/1997, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), instituída pela Lei 9.782/1999, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída pela Lei 9.961/2000, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), instituída pela Lei 10.233/2001, e da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), instituída pela Lei 11.182/2005. Nos seus respectivos setores regulados, mesmo que em via reflexa ou incidental, essas agências também tutelam administrativamente os interesses difusos e coletivos dos consumidores/usuários dos serviços públicos e de relevância pública objetos de suas atuações, emanando ordens de polícia, outorgando consentimentos de polícia, quando exigidos, realizando fiscalizações de polícia e aplicando sanções de polícia.

Detendo-nos agora na tutela administrativa do patrimônio cultural mediante o exercício do poder de polícia, trata-se de expressão de mais um complexo de deveres estatais fundamentais que auferem seus lineamentos essenciais nos arts. 215 (cujo § 3º foi incluído pela Emenda Constitucional 48/2005), 216 (cujo § 6º foi inserido pela Emenda Constitucional 42/2003) e 216-A

(acrescentado pela Emenda Constitucional 71/2012) da Carta Magna.

O art. 215, nos seus *caput* e § 1º, determina que o Estado garanta a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional e apoie e incentive a valorização e a difusão das manifestações culturais, assim como proteja as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Por sua vez, o art. 216, no seu *caput*, preconiza que o patrimônio cultural brasileiro é composto por bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem, exemplificativamente, as formas de expressão (inc. I), os modos de criar, fazer e viver (inc. II), as criações científicas, artísticas e tecnológicas (inc. III), as obras, os objetos, os documentos, as edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais (inc. IV) e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (inc. V). Já no § 1º, o dispositivo incumbe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras modalidades de acautelamento e preservação, ao passo que no § 4º ordena que os danos e ameaças ao patrimônio cultural sejam punidos em conformidade com a lei.

Finalmente, o art. 216-A estrutura o Sistema Nacional de Cultura (SNC), organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, que institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

Deve-se atentar que, ante a exegese sistemática dos enunciados acima destacados com os arts. 23, incs. III, IV e V, 24, incs. VII e VIII, 30, inc. IX, e 32, § 1º, da CF/1988, os termos Estado e Poder Público hão que ser interpretados como abrangentes de todos os entes políticos, isto é, da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, por suas entidades e seus órgãos da Administração Pública direta e indireta.

No plano infraconstitucional, são dignos de menção os seguintes textos normativos: Lei 378/1937, a qual, no seu art. 46, criou o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), à época vinculado ao Ministério da Educação e Saúde, que, depois de sucessivas mudanças, tornou-se o atual Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN); Decreto-lei 25/1937, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional – então a cargo do SPHAN, hoje a cargo do IPHAN – e disciplinou o instituto jurídico do tombamento; Lei 3.924/1961, a qual dispõe que os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza

existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram ficam sob a guarda e a proteção do Poder Público; Lei 4.845/1965, que proíbe o envio ao exterior de obras de arte e ofícios produzidos no país até o fim do período monárquico; Lei 5.471/1968, a qual versa sobre a exportação de livros antigos e conjuntos bibliográficos brasileiros; e Lei 6.513/1977, que regula a criação de áreas especiais e de locais de interesse turístico e o inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural (RESENDE; FRAZÃO, 2017). Os diplomas infraconstitucionais em tela estipulam variada gama de ordens de polícia, de exigências de consentimentos de polícia, de fiscalizações de polícia e de sanções de polícia com o intento de proporcionar a tutela administrativa do patrimônio cultural.

Rumando à tutela administrativa da ordem econômica mediante o exercício do poder de polícia, ela encontra suas bases constitucionais nos arts. 170, 173, §§ 4º e 5º, e 174, *caput*, da Lei Maior. O art. 170 enuncia os fundamentos – valorização do trabalho humano e livre iniciativa –, o objetivo – assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social – e os princípios – soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas nacionais de pequeno porte – da ordem econômica brasileira. Os §§ 4º e 5º do art. 173 preceituam que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, bem como, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. De seu lado, o art. 174, *caput*, define o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Percebe-se desde logo que os aludidos dispositivos fazem referência a todos os modos ou momentos do ciclo de polícia: ordens de polícia, nos condicionamentos, na normatização, na regulação e no planejamento; consentimentos de polícia, nos favorecimentos e incentivos; fiscalizações de polícia das atividades econômicas; e sanções de polícia, no que tange à repressão do abuso do poder econômico.

Outrossim, ressalte-se que, por inteligência dos arts. 24, incs. I e V, 30, incs. I e II, e 32, § 1º, da CF/1988, e novamente, Estado, aqui, deve ser entendido em sentido amplo, englobando todos os entes políticos, por suas entidades e seus órgãos da Administração Pública direta e indireta (CLARK, 2001, p. 147).

No plano infraconstitucional, os diplomas legais que mais se destacam na temática são a Lei 4.595/1964, a Lei 6.385/1976 e a Lei 12.529/2011. A Lei 4.595/1964 organiza o sistema financeiro nacional, importantíssimo setor da vida econômica hodierna, e atribui especialmente ao Banco Central do Brasil (BCB) o poder de polícia sobre as instituições financeiras que atuem em solo pátrio, exercido mediante ordens de polícia, consentimentos de polícia, fiscalizações de polícia e sanções de polícia (v. arts. 10 e 11), em prol dos interesses difusos e coletivos dos potenciais e efetivos investidores do mercado financeiro. A Lei 6.385/1976 dispõe sobre o mercado de capitais, outro importantíssimo setor da vida econômica hodierna, e entrega à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) o poder de polícia sobre as atividades, as entidades e os agentes envolvidos na emissão e na circulação de títulos e valores mobiliários, com tarefas que também perpassam todo o ciclo de polícia (v. arts. 8º a 11), em prol dos interesses difusos e coletivos dos potenciais e efetivos investidores daquele mercado. Finalmente, a Lei 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e estabelece disposições concernentes à prevenção e à repressão às infrações contra a ordem econômica, com ênfase ao papel desempenhado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na evitação e na punição do abuso do poder econômico e dos ilícitos administrativos anticoncorrenciais, manifestando o poder de polícia também em todos os modos ou momentos do ciclo de polícia (v. arts. 9º, 13 e 31 e seguintes), em prol dos interesses difusos e coletivos de todos os sujeitos que intervêm na cadeia econômica, desde a produção até o consumo.

Passando à tutela da ordem urbanística mediante o poder de polícia, saliente-se que, a teor dos arts. 30, inc. VIII, e 182, c/c os arts. 21, inc. XX, 24, inc. I, e 25, § 3º, da Carta Magna, trata-se de incumbência a cargo dos Municípios – ou do Distrito Federal, no exercício de suas competências municipais, *ex vi* do art. 32, § 1º –, observadas as normas gerais pertinentes editadas pela União – dentre as quais destacamos a Lei 6.766/1979, que cuida do parcelamento do solo para fins urbanos, e o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que fixa diretrizes gerais da política urbana e disposições de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental – e pelos Estados em que se situem e a legislação local – na qual assumem notável relevância as leis de zoneamento urbano e de posturas municipais. Ao Município – ou ao Distrito Federal, no exercício de suas competências municipais –, por sua Administração Pública direta ou indireta, portanto, cabe agir em todo o ciclo de polícia, estabelecendo proibições, limitações ou condicionamentos edilícios, exigindo licenças ou autorizações para obras, fiscalizando o respeito às leis e aos atos normativos municipais – ou distritais – e aos exatos termos das licenças ou autorizações expedidas e impondo sanções administrativas aos infratores.

Anote-se que, no exercício da polícia de construções ou polícia edilícia, aspecto elementar da tutela administrativa da ordem urbanística, e diante de uma obra clandestina ou irregular, o Município – ou o Distrito Federal, no exercício de suas competências municipais – pode e deve atuar prontamente para cessar a atividade ilícita do particular ou remediar os efeitos nocivos dela sobre os interesses da coletividade, sem precisar propor qualquer ação judicial para alcançar esse desiderato, pois os atos de polícia, como explanado na seção anterior, ostentam os atributos da autoexecutoriedade e da coercibilidade. Logo, se o fiscal municipal – ou distrital – verificar que uma determinada obra não possui licença ou autorização ou está sendo realizada em desacordo com a concedida, deverá notificar o responsável para que, se possível, regularize a construção. Se isso não for feito no prazo fixado, ou se essa regularização se mostrar impossível, o fiscal deverá embargar a obra, mediante a lavratura do respectivo auto, fazendo paralisar os trabalhos, inclusive com requisição de força policial para o cumprimento da determinação. Ademais, se a obra já estiver concluída, a providência cabível será desocupar compulsoriamente o edifício e interditar a sua utilização, mediante auto de interdição, e, do mesmo modo, oportunizar a regularização. Novamente, se a regularização não for feita no prazo fixado, ou se isso não se mostrar possível, a construção deverá ser demolida, porque realizada ao arrepio da legislação, incidindo em ilícito administrativo (GOVINDA, 2014).

Por derradeiro, no que tange à tutela da honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos mediante o exercício do poder de polícia, ela encontra seus fundamentos constitucionais nos arts. 3º, inc. IV, e 5º, inc. XLI, da Lei Maior. Outrossim, a nosso juízo, tal tutela pode ser promovida por todos os entes políticos, vale dizer, pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, por inteligência dos arts. 22, *contrario sensu*, 23, inc. I, 25, § 1º, 30, incs. I e II, e 32, § 1º, também da CF/1988.

A tutela administrativa dos interesses difusos em apreço se manifesta por meio de ordens de polícia, de fiscalizações de polícia e de sanções de polícia, visto que, obviamente, não há sequer como conceber consentimentos de polícia voltados a permitir o desrespeito à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. Nesse sentido, as leis exaram proibições de condutas discriminatórias ou afrontosas aos grupos protegidos, tipificando-as como ilícitos administrativos e lhes cominando as pertinentes sanções administrativas, e, via de regra, desde logo atribuem a uma estrutura orgânica a vigilância e a averiguação da ocorrência daquelas condutas e a aplicação das respectivas punições aos seus sujeitos ativos. A propósito, vejam-se a Lei 9.029/1995, cujo art. 1º veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas as hipóteses de proteção à

criança e ao adolescente previstas no inc. XXXIII do art. 7º da CF/1988, e cujo art. 3º comina sanções administrativas às infrações ao disposto no diploma; a Lei 14.187/2010 do Estado de São Paulo (SP) e a Lei 5.388/2019 do Estado de Mato Grosso do Sul (MS), que tipificam determinadas ações e omissões configuradoras de discriminação étnico-racial como ilícitos administrativos, cominam-lhe sanções de idêntica natureza, dispõem sobre a fiscalização dos seus preceitos e esclarecem acerca dos ritos a serem seguidos nos processos administrativos sancionadores; e a Lei 7.712/2017 do Estado do Rio de Janeiro (RJ), a qual estabelece sanções administrativas aos clubes de futebol cujas torcidas praticarem atos de racismo em estádios localizados no território estadual.

Já no ensejo do encerramento deste artigo, é imperioso salientar que, examinando a tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos mediante o exercício do poder de polícia sob o ponto de vista das suas eficiência, eficácia e efetividade, ela nada deixa a desejar em comparação com a tutela jurisdicional coletiva e a tutela penal deles. Aliás, não soa descabido afirmar que, em expressivo número de situações, a tutela administrativa será superior a ambas em termos de economia, de vantagens e de resultados práticos.

Em cotejo com a tutela jurisdicional coletiva, a tutela administrativa, tal como aquela, porém a seu próprio modo, pode prevenir ou fazer cessar ilícitos atentatórios aos interesses difusos e coletivos, remover as consequências de tais ilícitos e até reparar os eventuais danos causados. Com efeito, a tutela administrativa preventiva é prestada notadamente por meio de ordens de polícia que veiculem proibições, restrições e condicionamentos e de exigências de prévios consentimentos de polícia no que se refere a certas atividades potencialmente vulnerantes de interesses transindividuais, a fim de impedir que as ameaças a eles se concretizem. De outro lado, concretizada alguma ameaça, e eventualmente surgindo dano oriundo dela, as tutelas administrativas inibitória da continuidade ou da repetição do ilícito, de remoção das consequências desse ilícito e reparatoria são prestadas através das fiscalizações de polícia e das sanções de polícia, relativamente às quais a autoexecutoriedade e a coercibilidade despontam como características que lhes garantem imediatidade, celeridade e resolutividade sem igual na tutela jurisdicional coletiva, mesmo que se pense na possibilidade de obtenção de tutela de urgência *in limine litis*. Calha enfatizar ainda que as sanções administrativas não se resumem a advertências e multas; ao revés, como provam o art. 56, incs. II a XII, do CDC, o art. 72, *caput*, incs. IV a IX e XI, da Lei 9.605/1998 e o art. 38 da Lei 12.529/2011, elas chegam a proporcionar tutela específica ou pelo resultado prático equivalente em favor do interesse difuso ou coletivo ameaçado ou lesionado. Isso tudo sem prejuízo da legitimidade de entes e órgãos públicos incumbidos do exercício do poder de polícia para a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, com eficácia de título executivo extrajudicial, nos moldes do art. 5º, § 6º, da LACP, passível de contemplar outras

medidas reparatórias ou compensatórias que exorbitem das atividades típicas do ciclo de polícia.

Em cotejo com a tutela penal dos interesses difusos e coletivos, a tutela administrativa mediante o exercício do poder de polícia é capaz de cumprir funções retributivas e preventivas gerais e especiais de maneira inclusive mais intensa do que as sanções penais as cumprem. No nosso ordenamento jurídico, na prática e não raramente, as reprimendas previstas para as infrações administrativas poderão se mostrar bastante mais severas que as próprias consequências jurídicas cominadas às infrações penais – mormente em face das consideradas de menor potencial ofensivo, as quais constituem enorme contingente dos ilícitos penais supraindividuais no Brasil –, de modo que, em uma perspectiva comunicativo-simbólica, o realce da importância dos interesses protegidos e a eficácia intimidativa contra possíveis infratores serão superiores aos desempenhados pela tutela penal. Não se olvide também que a natureza administrativa das infrações e das respectivas sanções traz a conseqüência viabilidade de adoção de um modelo de responsabilização com exigências garantistas menos rígidas em relação ao paradigma criminal – tanto no seu aspecto material quanto no seu aspecto processual –, o que implica acrescida rapidez na definição da responsabilidade e na eventual punição do indigitado infrator, reafirmando com maior presteza, perante a comunidade, a vigência normativa abalada pela prática do ilícito.

CONCLUSÃO

Os interesses difusos e coletivos, no Direito brasileiro atual, são favorecidos pela pluritutela jurídica, significando que recebem proteção através de disposições normativas oriundas de vários ramos e estratos do ordenamento e de instrumentos e instituições atuantes nas esferas de responsabilização penal, civil e administrativa, cujo eixo teleológico comum reside na função de garantir a preservação deles em face de ameaças e de buscar a sua reparação diante de lesões consumadas.

Nesse contexto, destacamos e procuramos sistematizar aqui a tutela de tais interesses mediante o poder de polícia da Administração Pública, culminando por demonstrar que se trata de fenômeno bastante abrangente e passível de variados e notáveis desdobramentos, bem como que nada deixa a desejar, sob o ponto de vista da eficiência, da eficácia e da efetividade, à tutela jurisdicional coletiva e à tutela penal deles, sempre mais lembradas pelos versados nas letras jurídicas.

O propósito maior do esforço sistematizador empreendido neste artigo foi o de ressaltar a importância e os benefícios da tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos mediante o exercício do poder de polícia como instrumento jurídico manejável em prol desses interesses. Em consequência, esperamos quiçá insuflar nos estudiosos a atenção a ela, fomentando novos

questionamentos e a busca de desenvolvimentos e aprofundamentos quanto a dito tema, cuja abordagem doutrinária ainda é erma em nosso país.

Enfim, intentamos menos oferecer respostas do que suscitar mais perguntas e nos contentamos em lançar ao solo algumas sementes de nossa inquietação jurídico-científica, na expectativa de que venham a florescer e frutificar, instigando outras pesquisas e outros trabalhos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Gabrielle Werenicz; GERTZ, René Ernaini. *A reforma dos serviços sanitários de 1929*. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/Vmostra/V_MOSTRA_PDF/Historia/83474-GABRIELLE_WERENICZ_ALVES.pdf. Acesso em 20 jun. 2016.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 68, p. 38-90, out./dez. 2008.

CLARK, Giovani. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COSTA, Ediná Alves; FERNANDES, Tania Maria; PIMENTA, Tânia Salgado. A vigilância sanitária nas políticas de saúde no Brasil e a construção da identidade de seus trabalhadores (1976–1999). *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13 (3), mai./jun. 2008.

COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa; ação civil pública; ação popular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 162, p. 10-34, out./dez. 1985.

DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 14, p. 91-102, abr./jun. 1999.

DE LAZARI, Rafael; DIAS, Jefferson Aparecido. *Manual de direito administrativo*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. É constitucional a delegação do poder de polícia a particulares?. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 31 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-31/constitucional-delegacao-poder-policia-particulares>. Acesso em 21 set. 2020.

GOVINDA, Leandro G. M.. A falta de interesse de agir dos municípios nas ações demolitórias. *Revista dos Tribunais Sul*, São Paulo, v. 6, p. 199-212, jul./ago. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo*

e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11-15.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. eletrônica, baseada na 13. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2018.

KLEIN, Aline Lícia. Delegação de poder de polícia. In: NUNES JR., Vidal Serrano *et al* (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUCSP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. 2 (Direito Administrativo e Constitucional). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/132/edicao-1/delegacao-de-poder-de-policia>. Acesso em 23 set. 2020.

LAZZARINI, Álvaro. Poder de polícia e direitos humanos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 7, p. 11-21, jan./jun. 2001.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 89-96, jan./mar. 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 741, p. 743, jul. 1997.

MORAES, Ismar Araujo de. *A história da saúde pública/vigilância sanitária no Brasil*. Disponível em: <http://www.proac.uff.br/visa/sites/default/files/historia.pdf>. Acesso em 20 jun. 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, p. 7-19, out./dez. 1982.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 9-28.

RESENDE, Maria Antônia Botelho de; FRAZÃO, Quênia. A tutela do patrimônio cultural na legislação brasileira: instrumentos de proteção do patrimônio material e imaterial. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá (MG), v. 21, n. 20, p. 197-219, ago. 2017.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

VITTA, Heraldo Garcia. Tombamento: uma análise crítica. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, v. 64, p. 61-106, mar./abr. 2004.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 85-97.

VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO LITÍGIO TERRITORIAL ENTRE O CEARÁ E O PIAUÍ

João Pedro Felipe GODOI¹

RESUMO

O presente artigo surge da necessidade de se estudar o litígio territorial entre os estados do Ceará e do Piauí, em relação ao dever constitucional do Estado de promover os direitos fundamentais sociais. Isso, porque, em decorrência desse impasse, a população local carece da prestação de serviços públicos, que lhes são negados pelos estados e municípios litigantes. Assim, busca-se responder a seguinte questão: a inércia estatal em relação às políticas públicas na zona de litígio configura violação a direitos fundamentais? Para responder essa pergunta, pretende-se realizar, inicialmente, um sucinto histórico do litígio ora analisado, passando para o estudo da fundamentalidade dos direitos sociais, e finalizando com a identificação das principais dificuldades enfrentadas pelos moradores locais, em virtude da falta de políticas públicas na região. Dessa forma, entende-se que a inação estatal na divisa entre os estados do Ceará e do Piauí representa uma violação a direitos fundamentais sociais e uma ofensa à cidadania e à dignidade da pessoa humana, fundamentos da República Federativa do Brasil, não podendo os entes federados envolvidos no conflito se omitirem de seu dever constitucional, mesmo sem definição quanto à competência administrativa na região. Para tanto, recorre-se ao levantamento bibliográfico de doutrinas e trabalhos acadêmicos pertinentes ao tema estudado, além de uma pesquisa documental, consistente na leitura de dispositivos da Constituição Federal e na análise de mapas da região em questão. O método de abordagem adotado é o hipotético-dedutivo, partindo do conceito geral de direitos fundamentais sociais para a análise do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Litígio territorial; Direitos sociais; Omissão estatal.

ABSTRACT

This work arises from the need to study the territorial dispute between the states of Ceará and Piauí, specifically with regard to the constitutional duty to promote and ensure basic social rights. As a result of the impasse itself, the local population lacks the provision of public services, essential for the enjoyment of social rights, denied to them by litigious states. Based on this, the study replies to the following question: in relation to public policies in the area of litigation, does State's inertia constitute a violation of fundamental rights? In order to answer the issue, the article intends to carry out, initially, a brief history of the litigation, moving on to the study of the fundamentality of social rights, concluding with the identification of the main difficulties faced by local residents due to the lack of public policies. It's understood that the State's inaction on the border between Ceará and Piauí represents a violation of fundamental social rights and an insult to citizenship and to human dignity, foundations of the Federative Republic of Brazil. So, the federated entities are prohibited from omitting the constitutional obligation, even without defining the administrative jurisdiction. In order to perform the study, the bibliographic survey of doctrines and academic articles were used. In addition, were done the reading of the Federal Constitution and the analysis of maps about the mentioned region. The approach adopted is a hypothetical-deductive one, starting from the general concepts of basic social rights to the specific case.

KEYWORDS: Territorial dispute; Social rights; State omission.

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Participa do Programa de Iniciação Científica Voluntária (PICV), da Fundação Araucária. E-mail: jp.fgodoi@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Como é cediço, o Brasil é um país de dimensões continentais, com dezenas de estados e milhares de municípios dentro de sua estrutura político-administrativa. A formação do território brasileiro passou por uma série de questões jurídicas, políticas, sociais, históricas e culturais que definiram a formação territorial existente hoje em dia, trazendo implicações que ainda hoje perduram em diversas localidades.

É sobre uma dessas consequências que se pretende abordar na presente pesquisa. Mais especificamente, o litígio territorial entre o Ceará e o Piauí. O conflito em questão tem origem secular, desde o período colonial, se agravando no Brasil império, e persistindo até os dias de hoje. Trata-se de um dos principais litígios territoriais do Brasil, ainda sem resolução. Em 2011, o impasse foi judicializado pelo estado do Piauí, que ingressou com uma ação civil originária junto ao Supremo Tribunal Federal (ACO 1831), para reclamar terras atualmente pertencentes ao Ceará, sob a alegação de que este invadiu o território piauiense.

O litígio se estende por uma faixa descontínua na divisa entre os estados do Ceará e do Piauí, em uma extensão de cerca de 3.210 km², atingindo uma população de mais de oito mil habitantes, distribuídos em dezenas de municípios cearenses e piauienses. Um ponto que chama a atenção nessa problemática, sendo, inclusive, o objeto de estudo do presente artigo, é o fato de os moradores da região serem diretamente atingidos pelo impasse, carecendo de serviços públicos básicos, como educação, saúde e assistência social, por conta da indefinição quanto à competência administrativa na região. Os estados e municípios envolvidos no caso se negam a prestar serviços públicos, alegando não saberem se são competentes para tanto, deixando a população local à beira da indignidade.

Nesse passo, busca-se compreender se a omissão estatal supramencionada representa uma violação a direitos fundamentais sociais. Para isso, em um primeiro momento, será feito um breve retrospecto sobre o litígio territorial entre o Ceará e o Piauí, pinçando alguns elementos importantes para a compreensão do problema. Após, discutirá a fundamentalidade dos direitos sociais e a necessidade de uma atuação incisiva da Administração Pública para a efetivação desses direitos, através da promoção de políticas públicas e da prestação de serviços públicos. Por fim, identificará a violação a direitos fundamentais na zona de litígio, consistente na negação, por parte dos estados e dos municípios envolvidos no conflito, da prestação de serviços públicos à população local, e a responsabilidade dos entes federados em questão pela referida inércia.

Assim, sustenta-se nesse artigo que a omissão estatal mencionada acima representa uma clara violação a direitos fundamentais, e uma ofensa à cidadania e à dignidade humana,

fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º da Constituição Federal.

1 O LITÍGIO TERRITORIAL NA DIVISA DOS ESTADOS DO CEARÁ E DO PIAUÍ

A ocupação e a administração do território brasileiro se deu, desde o período colonial, de forma desordenada, com poucas e imprecisas divisões territoriais, o que acarretou diversas consequências, como o litígio territorial entre estados.

Félix (2015) aponta como uma das gêneses dessas disputas territoriais a divisão do território em sesmarias, na qual era necessária a apresentação de título de posse da terra, em conformidade com a legislação da época, formando uma grande quantidade de terras devolutas, sendo nestas onde ocorreram vários conflitos entre posseiros e grileiros pela posse da terra, como é o caso de algumas partes da região em litígio entre o Ceará e o Piauí. Por não haver fronteiras definidas entre as sesmarias, formaram-se “vácuos” entre elas (as chamadas terras devolutas), sendo estas o objeto de disputas entre posseiros e latifundiários.

Posteriormente, as vilas que se formaram na região padeciam do mesmo problema, ou seja, por serem pouco povoadas, não existia uma continuidade populacional sobre o território, o que poderia motivar a definição das divisas entre elas. Assim, sendo as vilas espaçadas, não havia a necessidade de separá-las por fronteiras, inexistindo um critério legal para tal divisão (PONTES, 2009).

Ademais, há um processo histórico que permeou a formação territorial da região em análise, como a criação de municípios com base exclusivamente nos interesses políticos das oligarquias locais, sem seguir critérios técnicos, contribuindo para a construção de um território mal ordenado, com uma série de imprecisões e confusões acerca dos limites entre os municípios (FELIX, 2015).

Vale destacar alguns acontecimentos que concorreram para a formação do litígio estudado no presente artigo. Um dos episódios importantes para a compreensão desta problemática tem relação com a Batalha do Jenipapo², quando uma expedição cearense, liderada por Andrade Pessoa, chegou na localidade de Amarração, então pertencente à província de Piauí, sob o argumento de proteger os moradores locais das tropas do major João José da Cunha Fidié, que avançavam na região para enfrentar os revoltosos. Todavia, a expedição não retornou ao Ceará após esse período, instalando-se em Amarração, fato esse que revoltou os piauienses, que comunicaram, através da Assembleia Legislativa do estado, em 1835, o Governo Federal sobre uma possível invasão em suas terras. Entretanto, não foram atendidos (LIMA, E.; LIMA, I., 2016).

2 A Batalha do Jenipapo foi um confronto ocorrido em 13 de março de 1823, entre tropas portuguesas e revoltosos, que lutavam pela independência do Brasil.

Farias e Maia (2019) sustentam que o início da indefinição se deu no governo colonial, após o engenheiro Silva Paulet apresentar um mapa da província do Ceará, no qual constava a localidade de Amarração (atual cidade de Luís Correia/PI) como integrante do território cearense.

Ainda, segundo os autores supramencionados, durante o século XIX, a referida localidade recebeu suporte direto do município cearense de Granja, até que, em 1874³, parlamentares do Ceará elevaram a localidade de Amarração ao patamar de vila, gerando protestos por parte do Piauí, dando ensejo ao decreto imperial nº 3.012 de 1880.

O litígio territorial envolvendo os estados do Ceará e do Piauí se acirrou no período imperial, quando, em 1880, o imperador d. Pedro II editou o decreto imperial nº 3.012, que buscava justamente dirimir as imprecisões territoriais entre as então províncias do Ceará e do Piauí, estabelecendo a vertente da Serra da Ibiapaba como marco divisório, sendo as terras orientais pertencentes ao Ceará, e as ocidentais, ao Piauí (GONDIM; OLIVEIRA; XAVIER, 2019). Todavia, o referido decreto não estabeleceu de forma clara a divisa entre as províncias, utilizando-se de linhas imaginárias e referências naturais (que poderiam sofrer alterações com o passar do tempo) como marcos para a divisão do território (LIMA, E; LIMA, I., 2016).

Na Primeira República, aumenta a necessidade de resolução dos conflitos territoriais herdados da Monarquia, em decorrência da maior autonomia conferida aos estados após a promulgação da Constituição de 1891, fomentando uma atuação econômica e política mais intensa dos entes federados, o que levou a despontar diversos conflitos territoriais entre os estados (SANTOS, 2006).

Nesse contexto, em 1920, um convênio arbitral firmado entre o Ceará e o Piauí, sob a intermediação do presidente do estado de São Paulo, Washington Luís Pereira de Souza, buscou solucionar a questão fronteiriça, determinando que uma junta de engenheiros seria responsável pela elaboração de uma planta topográfica com a definição da divisa entre os estados até o final do referido ano, o que não ocorreu (LIMA, E; LIMA, I., 2016).

Em decorrência dessas imprecisões nas divisas entre os dois estados, formou-se um litígio territorial, que se estende até os dias atuais, com cerca de 3.210 km² de extensão, envolvendo parcialmente vinte e seis municípios, sendo quinze cearenses e onze piauienses, e atingindo uma população superior a oito mil pessoas (FELIX, 2015; GONDIM; OLIVEIRA; XAVIER, 2019).

3 Há uma divergência na bibliografia quanto ao ano em que o Ceará conferiu à Amarração o *status* de freguesia, já que, segundo Eric de Melo Lima e Iracilde Maria de Moura Fé Lima (2016), tal ato se deu em 1865.

A zona de litígio se configura como uma faixa descontínua na divisa dos estados do Ceará e do Piauí, formando três áreas de disputas, também chamadas de “bolsões”, que se estendem nas regiões norte, centro-norte e centro da divisa destes estados (GONDIM; OLIVEIRA; XAVIER, 2019), como pode-se observar na figura abaixo.

Figura 1: Recorte do mapa político do Brasil com destaque para a zona de litígio entre o Ceará e o Piauí



Fonte: IBGE, 2004.

Já no século XXI, em 2003, o estado do Piauí fez duas propostas de repartição das áreas em litígio entre os estados: a primeira estabelecia que os dois bolsões menores (norte e centro-norte) pertenceriam ao Piauí, enquanto que o bolsão maior (centro) pertenceria ao Ceará. Todavia, o governo cearense não aceitou tal proposta. Então, o Piauí propôs que as porções menores pertencessem ao Ceará, ao passo que a área maior fosse incorporada ao território piauiense. Novamente, o estado do Ceará recusou a proposta (LIMA, E; LIMA, I., 2016).

Não sendo possível a resolução da problemática de forma amigável, o Piauí ingressou com a ação civil originária nº 1831, junto ao STF, reivindicando uma área de 2.821 km², atualmente pertencente ao Ceará, com base na divisão estabelecida pelo decreto imperial nº 3.012, pelo acordo de 1920, e pelos mapas, plantas topográficas e documentos históricos que conferiam a região em questão ao território piauiense. O processo, sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, encontra-se, atualmente, em fase pericial, realizada pelo Serviço Geográfico do Exército Brasileiro.

Nessa toada, importante destacar o fator econômico como um elemento potencializador

desta questão, fazendo com que ambos os estados insistam em manter a zona de litígio em seu território. Segundo Gondim, Oliveira e Xavier (2019), o interesse dos estados pela região litigiosa se intensificou por uma questão energética, vez que se instalou na área de litígio uma usina eólica, situada na localidade de Malhadinha.

Assim,

[...] o que dificulta esta delimitação incerta há pouco mais de três séculos não consiste na dinâmica populacional, ou seja, nos valores identitários que são latentes dentro das comunidades na área fronteira e entre estas localidades e os municípios limítrofes. Mas sim, numa disputa acirrada pelos bens naturais e aparelhos municipais e governamentais que se localizam nestas áreas, inclusive os aerogeradores da UEM I que se localizam na área de litígio (GONDIM; OLIVEIRA; XAVIER, 2019).

A região de litígio abarca, majoritariamente, as zonas rurais dos municípios envolvidos, atingindo vários distritos e vilas. Por isso, os moradores dessas localidades carecem da prestação de serviços públicos por parte dos estados e dos municípios, em virtude do próprio litígio, ou seja, por não se saber quem tem a competência de gerir as terras em questão, além de prejudicar a identidade dos moradores locais com o meio em que vivem, justamente por não saberem a qual município e a qual estado pertencem (BRAGA, 2019).

É evidente que a população local não pode ser desamparada em virtude de um litígio entre estados e municípios, sendo punida por uma disputa política e econômica. Com base nisso, é necessário fazer um estudo acerca do dever do Estado de garantir direitos fundamentais sociais a todos os cidadãos, independentemente do local que habitam, através de políticas públicas efetivas por parte do estado, do município e da União.

2 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E OS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DESSES DIREITOS

Os direitos sociais são direitos fundamentais considerados de segunda geração (ou dimensão), englobando o direito à educação, à saúde, à assistência social, dentre outros. Diferem dos direitos de primeira geração (direito à vida, à liberdade de expressão, etc.) na medida em que estes exigem uma atuação negativa por parte do Estado, ou seja, a efetivação dos direitos e garantias individuais dependem de uma abstenção estatal; por sua vez, os direitos sociais necessitam de uma atuação positiva do Estado para a sua efetivação, por meio da promoção de políticas públicas e da garantia de serviços públicos de qualidade (FINGER, 2003). Por este motivo, os direitos sociais são chamados de direitos prestacionais, vez que exigem uma prestação estatal para a sua concretização.

Os direitos sociais superam uma concepção estritamente liberal, conferindo ao Estado o dever de garantir uma melhor qualidade de vida aos seus titulares e de promover a justiça social. Nesse sentido, entende a doutrina que os direitos de primeira geração são direitos contra o Estado,

ao passo que os direitos de segunda geração são direitos pelo Estado, ou seja, o alcance desses direitos está intimamente ligado à atuação positiva do poder público. Como aponta Ana Cláudia Finger (2003, p. 147), “não se cuida de liberdade perante o Estado, mas de liberdade por intermédio do Estado”.

Vale ressaltar, todavia, que, embora os direitos sociais sejam costumeiramente considerados prestacionais, alguns desses direitos não necessitam de uma atuação positiva do Estado, pelo contrário, dependem da abstenção estatal para a fruição destes pelos seus titulares, como o direito à liberdade sindical, por exemplo (CAVALHIERI; MACHADO, 2008). Feita essa ressalva, pretende-se estudar nesse capítulo os direitos prestacionais de fato, que necessitam da atuação estatal para a sua efetivação, analisando o dever do Estado na garantia dos mesmos aos cidadãos.

Os direitos sociais começaram a ter mais atenção no constitucionalismo entre o fim do século XIX e início do século XX, como frutos das reivindicações dos movimentos sociais que marcaram este período. De acordo com Finger (2003), a partir dessas conquistas, as constituições passaram a se preocupar com a abrangência e eficácia dos direitos fundamentais sociais, seja por ação direta do Estado, seja por uma atuação estatal indireta, como um órgão controlador e fiscalizador.

Cavaliheri e Machado (2008, p. 3383) observam o liame existente entre a concretização dos direitos sociais e o gozo dos direitos individuais, “na medida em que [o direito social] cria condições materiais favoráveis à aquisição da igualdade real e da própria liberdade”. Nessa toada, fica evidente a necessidade de o Estado garantir os direitos sociais a todos os cidadãos, seja por conta da obrigação de promover uma melhor qualidade de vida, seja pela necessidade de preservar os direitos e garantias individuais, que, em uma sociedade estruturalmente desigual, necessitam de uma atuação efetiva do Estado no âmbito social para o seu alcance.

Considerando o objetivo central do Estado Democrático de Direito como sendo a instauração de um regime democrático que supere as desigualdades sociais e regionais e que promova a justiça social (MASCARENHAS, 2018), compreende-se como dever do Estado a realização de políticas públicas, para a efetivação dos direitos sociais.

A Constituição Federal de 1988, ao fundar como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), firma o compromisso do Estado brasileiro com a promoção dos direitos fundamentais sociais, elencados no art. 6º do mencionado diploma, a todos que estejam sob a sua proteção, de forma imediata (art. 5º, § 1º, CF) (FINGER, 2003).

Ainda que exista uma controvérsia acerca do alcance do art. 5º, § 1º, da CF, discutindo se os direitos sociais se enquadrariam ou não aos direitos e garantias fundamentais, que faz menção o

referido dispositivo, a doutrina entende, majoritariamente, que os direitos sociais expressos na Constituição são atingidos pelo art. 5º, § 1º, e, portanto, são de aplicação imediata.

Isso, porque a Constituição Federal não estabelece uma diferença de regime jurídico entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais, de modo a se considerar que a eficácia imediata dos direitos fundamentais abrange os direitos sociais (CLÈVE, 2003; 2006), ainda que se deva averiguar o grau de imediatidade da aplicação desses, levando em consideração a suficiência ou não de conteúdo normativo (inserido na própria Constituição ou na legislação infraconstitucional) capaz de fazer determinado direito social ser prontamente exigível judicialmente (HACHEM, 2014).

Por exemplo, por mais que o art. 6º da CF traga de forma introdutória os direitos sociais a serem promovidos pelo Estado brasileiro, alguns direitos sociais têm a sua funcionalidade prevista no próprio texto constitucional, como é o caso do direito à saúde (arts. 196 a 200 da CF), do direito à educação (arts. 205 a 214 da CF), do direito à previdência social (arts. 201 e 202 da CF), entre outros direitos sociais, não existindo óbice para a aplicabilidade imediata desses direitos (HACHEM, 2014). E, no caso de inércia do Poder Público na promoção de tais direitos, o Judiciário pode ser provocado para determinar o cumprimento do texto constitucional, dada a densidade normativa constitucional que os dispositivos supracitados possuem (ALONSO, 2012).

Desse modo, não se entende que o art. 6º da Constituição Federal consiste em uma norma programática, mas sim uma disposição de direito fundamental (CLÈVE, p. 2006). Nesse ponto, vale destacar a lição de Clèmerson Clève (2006) sobre a existência de duas dimensões nos direitos fundamentais: a dimensão subjetiva, que confere ao titular do direito a faculdade de reclamar perante o juízo sobre determinada ação estatal (comissiva ou omissiva) que viole direitos e garantias fundamentais; e a dimensão objetiva, a qual vincula os poderes constituídos ao respeito e garantia dos direitos fundamentais.

Sendo assim, independente da faculdade conferida ao titular dos direitos fundamentais de reclamar em juízo sobre determinada ação ou omissão estatal (dimensão subjetiva), a dimensão objetiva obriga o Poder Público a garantir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais postulados na Carta Magna, através da prestação de serviços públicos e do exercício do poder de polícia, por exemplo.

Nas palavras de Daniel Wunder Hachem, essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais “faz espargir das normas constitucionais mandamentos que impulsionam os poderes constituídos a implementar os direitos fundamentais mesmo quando não haja qualquer provocação subjetiva dos seus titulares” (2014, p. 209). Além disso, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais vincula o Judiciário a fazer uma “filtragem constitucional”, ou seja, uma releitura da legislação infraconstitucional sob o crivo dos preceitos constitucionais (CLÈVE, 2006).

Se é dever do Estado garantir e promover os direitos sociais aos cidadãos, por força do texto constitucional e pela própria característica Estado Democrático de Direito, fato é que a efetivação dos direitos sociais deve ocorrer pela atuação positiva e eficiente do poder público, através de prestações sociais concretas, consistentes, via de regra, na realização de serviços públicos, que, nesse contexto, têm a fundamental função de instrumentalizar a concretização dos direitos sociais, e, conseqüentemente, de materializar o valor sob o qual se funda o sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana (FINGER, 2003).

Ana Cláudia Finger define serviço público como:

[...] prestações materiais dirigidas aos cidadãos, para atendimento das necessidades ou satisfação de comodidades, realizadas pelo próprio Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime jurídico de direito público, que se caracteriza pela presença de prerrogativas de supremacia e sujeições especiais. (2003, p. 142-143)

Nesse sentido, pode-se afirmar que o serviço público é a própria expressão estatal, no cumprimento das obrigações conferidas pela Constituição, sendo de sua competência e de sua responsabilidade tanto a garantia da prestação social, feita diretamente pela Administração, quanto a fiscalização dos serviços prestados por aquele que foi delegada tal atividade, nas modalidades e nas formas previstas pela lei.

Cumprе salientar que os serviços públicos são divididos pela doutrina em diversos grupos, conforme a essencialidade, a finalidade e os destinatários desses serviços⁴. Frise-se que, neste trabalho, em virtude do problema analisado, será considerada a concepção de serviço público *stricto sensu*, a qual classifica os serviços públicos como

[...] os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. (MEIRELLES, 2016, p. 420)

Há de se ressaltar que o serviço público pode ser entendido não apenas como meio de concretização de direitos sociais, mas sim como próprio direito humano, consubstanciado em normas internacionais, especificamente no art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como assevera Santin (2019).

Além da obrigação estatal de garantir e efetivar os direitos sociais, oriunda do art. 5º, § 1º, da CF, já discutido neste capítulo, extrai-se o dever do Poder Público de prestar serviço público, direta ou indiretamente, da leitura do art. 175 da Constituição Federal. Portanto, não obstante a responsabilidade do Estado de promover prestações sociais, a fim de instaurar a justiça social e de garantir a dignidade da pessoa humana, o legislador também elege a forma que deve ser conduzida

4 Hely Lopes Meirelles elenca as seguintes classificações de serviço público: “[serviços] públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; ‘uti universi’ e ‘uti singuli’” (2016, p. 419)

as referidas prestações, através dos serviços públicos.

Vale destacar que a doutrina administrativista vem trazendo inovações acerca do dever do Estado na promoção dos direitos sociais, como, por exemplo, o direito fundamental à tutela administrativa efetiva dos direitos sociais, que sustenta, sucintamente, a necessidade de a Administração Pública trazer efetividade aos direitos sociais, de forma espontânea, igualitária e integral, defendendo uma atuação de ofício da Administração na concretização dos direitos fundamentais. Sendo assim, o direito à tutela administrativa efetiva se mostra mais ampla do que a promoção de políticas públicas e serviços públicos, abrangendo também o processo administrativo, o regulamento, a responsabilidade civil do Estado, entre outros institutos do Direito Administrativo (HACHEM, 2014). Nesse passo, a tutela administrativa efetiva aparece em sintonia com modelo de Administração Pública ativa, escolhido pela Constituição Federal de 1988 (FINGER, 2003).

Dessa forma, quando o Estado não instrumentaliza o alcance dos direitos fundamentais sociais, ou quando o faz de forma incompleta ou deficitária, de modo com que os titulares desses direitos não possam usufruí-los na magnitude conferida pelo texto constitucional, está-se diante de uma flagrante violação a direitos fundamentais, além de uma evidente inconstitucionalidade, por ofensa aos artigos 1º, II e III; 5º, § 1º; 6º, 37, § 6º; e 175, todos da Constituição Federal, dentre outros dispositivos do mesmo diploma.

Ainda, a inércia estatal em relação à prestação de serviço público atenta contra os modelos de Estado Democrático de Direito e de Estado Federal, cujo o fundamento primordial é a garantia de direitos fundamentais, “não podendo (nem devendo) o instituto afastar-se desse pressuposto lógico constitucional” (MASCARENHAS, 2018, p. 101).

Assim, ante a inércia do Estado na promoção de serviços públicos, podem aqueles que estão sob a proteção constitucional recorrer ao Judiciário, para exigir as devidas prestações sociais do Poder Público, e, inclusive, requerer reparação de danos, em decorrência da omissão do estatal.

Nessa linha, afirma Hachem:

Havendo omissão administrativa na prestação de atividades essenciais à realização dos direitos fundamentais e configurada a existência de dano sofrido pelo cidadão, seja pela falta de acesso ao serviço público adequado e prestado de forma eficiente pela Administração, seja pela inexistência de políticas públicas destinadas à promoção de tais direitos, exsurge a questão relativa ao dever do Estado em reparar o dano. (2008, p. 65)

É verdade que, diante do orçamento quase sempre escasso dos entes federados, as prestações sociais necessárias para a efetivação dos direitos sociais podem variar em graus de eficácia, dificilmente atingindo o máximo alcance da norma constitucional, por diversas questões administrativas e orçamentárias. Todavia, um parâmetro mínimo de prestações sociais a serem garantidas é estabelecido pela doutrina, chamado de mínimo existencial, sob o qual não há

dignidade humana.

Entende-se, portanto, que os direitos sociais são essenciais não só para a garantia da existência do indivíduo, como também para a garantia de uma vida com dignidade. Dessa forma, omissões estatais que violem esse mínimo a ser garantido aos cidadãos deve ser coibido, responsabilizando o Estado pelos danos causados (e devidamente comprovados).

Sobre o dever estatal de garantia dos direitos sociais constituídos no mínimo existencial, anota Hachem:

Conseqüentemente, se compete à Administração prestar os serviços essenciais à promoção da dignidade humana, em especial aqueles que atendam ao mínimo existencial (saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à justiça), sempre que a sua omissão ocasionar dano ao cidadão, ver-se-á o Estado obrigado a repará-lo. Isso porque, no Estado Constitucional contemporâneo, vige o princípio da constitucionalidade, que erige a Constituição como Lei Maior, cujas normas devem nortear todo o ordenamento jurídico. [...] Desta sorte, a omissão da Administração frente à garantia dos direitos que compõem o mínimo existencial constitui descumprimento de um dever constitucional de agir, ensejando a obrigação estatal de indenizar o cidadão que sofrer danos decorrentes da omissão administrativa. (2008, p. 67)

Se por um lado o mínimo existencial estabelece um piso de direitos e garantias fundamentais a serem promovidos, por outro, não pode o Estado ficar adstrito ao cumprimento apenas do mínimo existencial. O mínimo existencial é de suma importância para a garantia da dignidade da pessoa humana, mesmo na realidade atual de crise orçamentária do Estado e de outros diversos problemas econômicos e sociais. Entretanto, o mesmo não pode ser entendido como meta a ser atingida pelo Poder Público na efetivação dos direitos sociais; o objetivo do Estado constitucional, em matéria de direitos fundamentais sociais, é de conferir a maior eficácia possível das normas constitucionais que preveem a promoção de direitos prestacionais (CLEVÈ, 2006).

Nesse passo, diversos instrumentos estão disponíveis para cercear as violações cometidas pelo Estado, ao omitir-se do dever de garantir os direitos fundamentais consagrados pela Constituição (a serem utilizadas conforme o caso concreto, evidentemente), como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de injunção e a ação civil pública, esta, por sua vez, destacada por Clèmerson Clève sobre a sua “importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos” (2006, p. 6).

Cabe pontuar uma diferenciação nas ações mencionadas acima, em relação às suas utilizações na concretização dos direitos sociais: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção têm por finalidade, em linhas gerais, suprir a ausência de regulamentação dos direitos sociais que não possuem densidade normativa para terem aplicação imediata (direitos sociais derivados). Assim, essas ações não são destinadas para repelirem a inércia do Estado na

promoção dos direitos sociais que já possuem uma estrutura normativa que permita a imediata aplicação dessas normas (direitos sociais originários), com base no art. 5º, § 1º, da CF.

Todavia, não é razoável considerar que o Judiciário deva a todo momento prover a tutela dos direitos sociais, em resposta a um número cada vez maior de demandas que reclamam a omissão estatal. Sua atuação, embora totalmente legítima e necessária, deve ser excepcional. Esta situação revela uma deficiência dos outros Poderes, sobretudo do Executivo, cujo o dever de aplicar imediatamente as normas relativas aos direitos e garantias fundamentais também recai sobre si. Aliás, como já destrinchado nesse capítulo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe à Administração Pública uma atuação proativa, no sentido de promover os direitos fundamentais sociais sem que haja a necessidade de o Judiciário determinar tal tarefa (HACHEM, 2014).

Conforme leciona Alonso (2012, p. 158): “Assim, se a prestação é satisfatoriamente entregue, a sindicabilidade jurisdicional é inviabilizada. Totalmente diversa será a hipótese de ausência da prestação que permitirá, a depender do direito analisado, a intervenção do judiciário pelos meios apropriados”.

Compreendida a fundamentalidade dos direitos sociais, o dever do Estado na promoção destes e a responsabilização do Estado pela omissão na prestação de serviços públicos (ou na prestação deficitária), faz-se necessário analisar o caso em tela e identificar as violações a direitos fundamentais na zona de litígio e a respectiva responsabilidade dos entes federados envolvidos no impasse.

3 A FALTA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA REGIÃO DE LITÍGIO COMO VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após contextualizar o litígio territorial entre o Ceará e o Piauí, e estabelecer um breve panorama acerca dos direitos sociais, faz-se necessário inclinar o estudo à violação de direitos fundamentais na região em litígio, em decorrência da controvérsia sobre qual estado e quais municípios têm competência administrativa na região. Por esse motivo, a população local carece de serviços públicos, principalmente nas áreas da educação, saúde e previdência social (FÉLIX, 2015), deixando o Estado de cumprir sua função de propulsor de direitos fundamentais sociais.

Dentre as diversas condições jurídicas e sociais que podem provocar a inércia estatal na efetivação dos direitos sociais, a razão de tal omissão no caso em tela é, de certa forma, incomum na realidade brasileira: a incerteza da competência administrativa na divisa entre o Ceará e o Piauí, em decorrência do litígio territorial entre estes estados.

A zona de litígio atinge, predominantemente, as áreas rurais dos municípios limítrofes, englobando distritos, vilas e comunidades da região. Por mais que as áreas rurais dos municípios

brasileiros sofram, de um modo geral, pela falta de políticas públicas, as comunidades compreendidas na região em disputa têm o fator do litígio territorial como agravante desse descaso do Estado, tendo em vista a demasiada demora na definição das divisas entre os dois estados.

O caso em comento trata de uma evidente violação a direitos fundamentais e atenta a dignidade da pessoa humana, não apenas pela falta de serviços públicos na região, mas também pela indefinição da naturalidade dos moradores locais. Este se mostra como uma violação ainda mais grave, uma vez que sem a naturalidade definida, o gozo dos direitos civis, sociais e políticos se torna comprometido e inviabilizado, devido, frise-se, a uma disputa entre entes federados por uma região que tem potencial econômico e energético, sem preocupação com a dignidade das pessoas que vivem nessas localidades (GONDIM; OLIVEIRA; XAVIER, 2019).

Como exemplos das dificuldades enfrentadas pela população local, por conta da indefinição da naturalidade dos moradores, pode-se apontar

[...] a duplicidade de registro de empresas situadas na área, a distribuição de títulos provisórios sem regulamentação dos estados do Piauí e Ceará [...] duplicidade de títulos, voto em troca de favores, alienação eleitoral e duplicidade de naturalidade [...] e a dificuldade de conseguir benefícios previdenciários por indefinição de domicílio (FÉLIX, 2015, p. 79).

Observa-se que não há “apenas” uma violação aos direitos sociais; existe um ataque aos direitos fundamentais, de uma forma geral. Aliás, há uma ofensa direta à cidadania e à dignidade da pessoa humana, fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 1º da Constituição Federal. Entretanto, recorreu-se nesse artigo a um recorte temático focado na violação a direitos sociais, principalmente.

Não há que se falar de desconhecimento das autoridades sobre os problemas enfrentados pelos moradores da área litigiosa. Tanto os estados, quanto os municípios envolvidos têm ciência da situação, e entre reuniões realizadas e comissões instauradas para a discussão desse impasse, pouco foi feito para solucionar o problema. Pelo contrário, “quando se dirigem até seus representantes, eles se utilizam da falta de delimitação da área para negarem assistência em que necessitam” (FÉLIX, 2015, p. 83). Ainda, destaca-se o uso político do litígio territorial, no qual, em anos eleitorais, voltam as promessas de resolução do caso, que nunca são cumpridas.

Portanto, o que se percebe é a ocorrência de uma omissão deliberada do Poder Público. Ainda que exista um litígio territorial sobre a região, não pode a população local sofrer o encargo dessa indefinição. Os moradores das áreas em litígio estão sob a proteção da Constituição Federal, como todos os brasileiros, e têm o direito de gozar de todos os direitos previstos na Carta Magna.

Ao defender a tutela dos direitos fundamentais sociais como um direito fundamental, Hachem (2014) afirma que esta tutela deve ser espontânea, integral e igualitária, devendo a

Administração Pública adotar uma postura proativa, no que tange à aplicação dos direitos normatizados pela Constituição, de forma a se buscar a máxima efetividade possível. O autor completa: “hoje o administrador público, tanto quanto o juiz, tem o dever-poder de interpretar sistematicamente o ordenamento constitucional para dele deduzir, ainda que implicitamente, as soluções mais adequadas à proteção integral dos direitos fundamentais do cidadão” (HACHEM, 2014, p. 300).

Esta atuação mais incisiva da Administração decorre, principalmente, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – já discutida nesse trabalho –, pela qual o Poder Público é obrigado a proporcionar a efetividade dos direitos fundamentais, em sua máxima potencialidade, mesmo que o Estado não tenha sido provocado para tanto.

Assim, entende-se que o Poder Público, quando exerce o seu dever de efetivar os direitos sociais, deve agir “para além da lei”, a fim de que se concretize os direitos fundamentais tutelados, a partir de sua prestação. Não pode um direito fundamental social ter seu alcance restringido pela falta de ato normativo ou pela falta de conteúdo deste.

Ao sustentar essa posição, Hachem (2014) evoca a Recomendação Geral nº 31, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, de 2004, que dispõe no item 4 a vedação ao Poder Executivo de se utilizar do argumento de que os outros Poderes do Estado agiram de forma contrária às disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos como justificativa para o seu descumprimento⁵.

Trazendo para o caso concreto, a alegação dos poderes locais de não poderem prestar serviços públicos na região do litígio por conta da ação em trâmite no STF, que ainda não definiu as divisas entre os estados, não esquiva o dever dos poderes locais de conferirem os direitos protegidos pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, sobretudo no que tange ao art. 2º do referido diploma.

5 “Comentário Geral n.º 31: a natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto: [...] 4. As obrigações do Pacto em geral e o artigo 2.o em particular são vinculativas para todos os Estados Partes em conjunto. Todos os poderes do Estado (executivo, legislativo e judicial) e outras autoridades públicas ou estatais, a qualquer nível que seja, nacional, regional ou local, estão em condições de assumir a responsabilidade do Estado Parte. O poder executivo que normalmente representa o Estado Parte internacionalmente, incluindo perante o Comité, pode não assinalar que um acto incompatível com as disposições do Pacto foi realizado por outro poder do Estado como meio de procurar atenuar a responsabilidade do Estado Parte pelo acto e incompatibilidade consequente. Esta interpretação deriva directamente do princípio contido no artigo 27.o da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de acordo com o qual um Estado Parte ‘não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado’. Embora o artigo 2.o , número 2 permita aos Estados Partes que dêem efeito aos direitos do Pacto em conformidade com os procedimentos constitucionais internos, o mesmo princípio se aplica com o fim de evitar que os Estados Partes invoquem disposições do direito constitucional ou outros aspectos do direito interno para justificar uma falta de cumprimento ou de aplicação das obrigações no âmbito do tratado. A este respeito, o Comité recorda aos Estados Partes com uma estrutura federal os termos do artigo 50.o , segundo o qual as disposições do Pacto ‘aplicam-se sem limitação ou excepção alguma a todas as unidades constitutivas dos Estados federais’. (PDHJ, 2009)

Nesse passo, a atuação dos entes federados na região em litígio não poderia ser vista como ingerência administrativa, uma vez que sequer há definição sobre a competência administrativa na região. Por outro lado, essa indefinição não pode servir de escusa para a inação estatal na região. O dever de promoção e garantia dos direitos fundamentais na zona de litígio recai sobre os entes litigantes, considerando que esta situação de imprecisão territorial decorre da própria disputa territorial travada pelos estados do Ceará e do Piauí.

Está-se diante, portanto, de uma omissão estatal que viola direitos fundamentais em sentido amplo (embora tenha-se focado nesse trabalho na identificação da violação a direitos sociais), ofendendo a dignidade da pessoa humana e a cidadania, erigidos pela Constituição Federal como fundamentos da República, e atenta ao Estado Democrático de Direito e ao modelo de Estado Federal.

Assim, inegável o dever dos entes federados envolvidos no litígio de promover os direitos fundamentais sociais aos moradores da zona em disputa, podendo ser responsabilizados pelos danos que suas omissões causarem aos cidadãos. Ainda que haja divergência doutrinária e jurisprudencial no que toca à teoria aplicável em caso de omissão estatal (teoria objetiva ou subjetiva), fato é que, no caso em tela, a responsabilidade do Estado é visível, independente da teoria adotada.

Isto, porque a culpa do Poder Público pode ser comprovada mediante as justificativas dadas pela Administração Pública, baseadas na própria indefinição da competência administrativa na região, o que, como já explicado nesse trabalho, não se sustenta ante a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais.

CONCLUSÃO

A complexa questão do litígio territorial entre o Ceará e o Piauí pode trazer diversas discussões e reflexões para o direito. A secular disputa entre os estados nordestinos revela uma característica importante na formação do território na região: a falta de planejamento, ordenamento e gestão sobre o território, característica esta que não está adstrita apenas ao Ceará e ao Piauí, enquadrando também boa parte da formação do território brasileiro.

O resultado dessa má gestão territorial pode trazer consequências de diversas ordens. No caso em análise, essas consequências chegaram ao extremo, ferindo direitos e garantias fundamentais dos moradores da região. Sob o aspecto da garantia e promoção dos direitos fundamentais na região, percebe-se que o dever do Estado de conferir prestações sociais concretas aos cidadãos se choca, pelo menos inicialmente, com a indefinição acerca da competência administrativa na região.

A ação civil originária 1831, proposta pelo estado do Piauí em face do Ceará, agravou a

controvérsia, servindo de justificativa pelos poderes locais para se desobrigarem do dever de promover direitos fundamentais sociais. Assim, faltam políticas públicas na região, e os serviços públicos prestados são extremamente precários, quase inexistentes, inviabilizando o gozo de direitos sociais consagrados pela Constituição, por parte dos moradores da área de litígio, sobretudo os direitos à educação, à saúde e à previdência social.

Como estudado no presente trabalho, o art. 6º da Constituição se enquadra no disposto no art. 5º, § 1º, do diploma constitucional, conferindo aplicação imediata aos direitos sociais, especificamente aos direitos sociais originários, entendidos como os que possuem densidade normativa suficiente para serem efetivados de imediato.

Com base no direito fundamental à tutela administrativa efetiva, o qual sustenta uma atuação proativa da Administração Pública, a fim de conferir a efetividade dos direitos sociais de forma espontânea, integral e igualitária, defendendo, inclusive, uma atuação administrativa “para além da lei”, desde que seja feita para concretizar a garantia fundamental dos direitos sociais, entende-se que a inércia estatal na zona de litígio é inconstitucional, violando direitos fundamentais e os fundamentos da República, notadamente a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

Sendo assim, podem os entes federados envolvidos no litígio serem compelidos a promover a efetivação dos direitos fundamentais, através da instauração de políticas públicas, no aprimoramento dos serviços públicos, dentre outras medidas, sem prejuízo da responsabilização desses entes por possíveis danos causados em virtude da omissão estatal.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Ricardo Pinha. **Os direitos fundamentais sociais e o controle judicial das políticas públicas**. 2012. 172 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

BRAGA, Caubi Alves. Limites territoriais municipais em análise: um estudo do distrito de Cachoeira Grande, Poranga – CE. **Revista homem, espaço e tempo**. v. 13, n. 1, p. 56-73, 29 ago. 2019. ISSN 1982-3800. Disponível em: <http://rhet.uvanet.br/index.php/rhet/article/view/305>. Acesso em: 11 de maio de 2020.

CAVALHIERI, Juliana Raquel; MACHADO, Edinilson Donisete. Políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos sociais. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf). Aceso em: 22 de setembro de 2020.

CLEVÈ, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da**

Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 3, p. 291-300, 2003. Disponível em: <http://clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/2003-O-desafio-da-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** v. 54, p. 28, jan/2006. Disponível em: <http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-efic%C3%83%C2%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

FARIAS, Luiz Carlos Moreira; MAIA, Luiz Carlos Mourão. **Histórico da divisa Ceará – Piauí.** Edição Institucional da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Fortaleza: Inesp: 2019.

FELIX, Francisco Kennedy Leite. **Território, poder e litígio:** conflitos territoriais entre Parambu (CE) e Pimenteiras (PI). 2015. 165 f. Dissertação de Mestrado em Geografia – Programa de Pós-Graduação em Geografia, Departamento de Geografia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 141-165, abr./jun. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/705>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

GONDIM, Lucas Bezerra; OLIVEIRA, Christian Dennys Monteiro de; XAVIER, Thomaz William de Figueredo. Os ventos de Ibiapaba: percepções sobre o litígio territorial Ceará – Piauí no impacto dos parques eólicos. **Revista Eletrônica Casa de Makunaima.** 4. ed. v. 2, n. 4, p. 19-27, jul./dez. 2019. ISSN 2595-5888. Disponível em: https://periodicos.uerr.edu.br/index.php/casa_de_makunaima/article/view/678 Acesso em: 14 de maio de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, nº 34, p. 59-71, out/dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/518>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Mapa Brasil político.** Rio de Janeiro, 2004. 1 mapa, color. Escala 1:5.000.000. Disponível em: <https://mapas.ibge.gov.br/politico-administrativo>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

- MASCARENHAS, Caio Gama. Federalismo e direitos humanos fundamentais – evolução histórica do Estado de Direito, ideologias políticas, golpes de Estado e os fundamentos do Estado Federal. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 90 – 110, jul/dez. 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- LIMA, Eric Melo de.; LIMA, Iracilde Maria de Moura Fé. Evolução das questões fronteiriças no leste do Piauí. In: V CONGRESSO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL APLICADA E GESTÃO TERRITORIAL, 2016, Fortaleza-CE. **Anais...** Fortaleza, 2016.
- PONTES, Lana Mary Veloso de. **Formação do Território e Evolução Político-Administrativa do Ceará: A Questão dos Limites Municipais**. Fortaleza: IPECE, 2009.
- SANTIN, Valter Foletto. Serviço público e direitos humanos. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto/SP, v. 28, n. 2, p. 134-153, mai/ago 2019. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1332>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.
- SANTOS, J. C. F. As questões de limites interestaduais do Brasil: transição política e instabilidade do território nacional na Primeira república (1889-1930). **Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales**, Barcelona, v. 10, n. 218, 01 ago. 2006. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-218-17.htm>. Acesso em: 08 de agosto de 2020.
- SOARES, Jonnas Gonçalves. **Limites territoriais no Brasil: estudo do caso existente na divisa entre os estados do Espírito Santo e Minas Gerais, no interior do Parque Nacional do Caparaó**. 2013. 76 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) – Programa de Pós Graduação em Engenharia Civil, Departamento de Engenharia Civil, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2013.
- TIMOR-LESTE. Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça. **Compilação de instrumentos internacionais de direitos humanos**. 2009. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER: MOTIVOS PARA A SUA IMPRESCRITIBILIDADE

Beatriz Gimenès de CARVALHO¹
Fernanda de Matos Lima MADRID²

RESUMO

A mulher sofreu e sofre muitos obstáculos referentes ao preconceito e desigualdade de gênero no Brasil e no mundo. Por muitas vezes, isso a impediu de ocupar o mesmo papel do homem dentro de uma sociedade e até mesmo de ter os mesmos direitos do sexo masculino. Atualmente, mesmo com a evolução em termos legais e sociais que a mulher alcançou, ainda existem resquícios do sistema patriarcal. Esses resquícios contribuem para que a mulher seja vista como um ser dominado, e consequentemente colabora para que o sexo feminino seja o principal alvo de violências. A violência objeto de estudo desse artigo é a sexual. No Brasil, as mulheres são as principais vítimas do crime de estupro, sendo o autor do crime, na maior parte dos casos, um conhecido que pertence ao grupo familiar. Diante disso, se faz necessário que haja um encorajamento da sociedade e das instituições policiais para dar credibilidade na palavra da vítima, não contribuindo para que o crime fique acobertado pelo silêncio e que não seja imputada a vítima a culpa pela ocorrência do crime. Para isso é essencial que a mulher que sofreu a agressão tenha o tempo que achar necessário para denunciar o fato, pois a prescrição do delito apenas favorece a impunidade do agressor e a frustração da vítima.

PALAVRAS-CHAVE: Violência contra a mulher. Estupro. Prescrição.

ABSTRACT

Woman have suffered and suffer many prejudices related to prejudice and gender inequality in Brazil and in the world. This has often prevented them from occupying the same role as men within a society and even from having the same male rights. Today, even with the evolution in legal and social terms that women have achieved, there are still traces of the patriarchal system. These remnants contribute to the woman being seen as a dominated being, and consequently collaborates so that the female sex is the main target of violence. The violence studied in this article is sexual violence. In Brazil, women are the main victims of the crime of rape, and the perpetrator of the crime is, in most cases, an acquaintance who belongs to the family group. Therefore, it is necessary that there is an encouragement from society and police institutions to give credibility to the victim's word, not contributing to the crime be covered by silence and that the blame for the crime is not attributed to the victim. For this, it is essential that the woman who suffered the aggression has the time she deems necessary to denounce the fact, since the prescription of the crime only favors the impunity of the aggressor and the frustration of the victim.

KEYWORDS: Violence against women. Rape. Prescription.

1 INTRODUÇÃO

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

2 Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogada criminalista.

O presente artigo buscou analisar a persistência da violência sexual no Brasil tendo como principal vítima a mulher. Para debater sobre este assunto a metodologia utilizada no artigo se deu por meio dos métodos histórico e dedutivo, sendo construído mediante análises de levantamentos bibliográficos, bem como de estatísticas e dados de pesquisas.

Em um primeiro momento, foi discorrido sobre os resquícios do sistema patriarcal que ainda subsiste na sociedade atual e que contribui para que a mulher ainda seja vista como um ser dominado pelo sexo masculino. Em um segundo momento, foi discutido sobre a violência sexual que a mulher sofre, e quais seriam os principais motivos para o sexo feminino ainda ser o principal alvo desse tipo de crime, bem como quais os tipos de condutas que se enquadram no fato típico descrito no artigo 213 do Código Penal. Posteriormente, foi analisado o índice de mulheres e meninas que são estupradas no Brasil, tendo demonstrado nesse âmbito que na maioria dos casos o crime acontece dentro do convívio familiar, tendo como agressor um parente próximo e conhecido. Logo após, foi evidenciado como a sociedade e as instituições policiais reagem a esse tipo de crime e como é difícil para a vítima expor o acontecido, uma vez que, não raras vezes, a culpa do delito é depositada na pessoa que sofreu a agressão, o que contribui para que o crime fique acobertado pelo silêncio.

Já na última etapa do artigo, foi analisado o instituto da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, que é o responsável por extinguir o direito de punir do Estado. Consequentemente, foi trabalhado a respeito dos prazos prescricionais do estupro e qual é prazo máximo que a vítima da agressão pode denunciar o crime. Por fim, foi demonstrado como esse instituto e essa limitação de prazo são falhos, uma vez que não se pode limitar um período para a efetivação da denúncia, pois muitas vezes a vítima por medo, insegurança ou constrangimento leva muitos anos para criar coragem de expor o crime.

Portanto, o objetivo do artigo é demonstrar que a taxa da violência sexual no Brasil é alta e abrange principalmente as mulheres, sendo a prescrição do crime de estupro um favorecimento para a impunidade do agressor enquanto que a vítima precisa lidar pelo resto da sua vida, e não apenas por um determinado tempo, com as consequências oriundas do delito que violou drasticamente sua liberdade sexual e seu direito de dignidade como pessoa, que deveriam ser resguardados pelo Estado conforme assegurado na Constituição Federal.

2 A PERSISTÊNCIA DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER

Antes de discorrer sobre a persistência da violência sexual contra a mulher, se faz necessário debater brevemente sobre a desigualdade de gênero e sua origem, que, mesmo velada, ainda permanece no corpo social e reflete diretamente sobre os índices de estupros que serão

estudados posteriormente.

2.1 A Sociedade Patriarcal

Em decorrência da cultura patriarcal que se faz presente dentro da sociedade atual, a mulher ainda sofre resquícios da desigualdade e preconceito de gênero oriundos de tal sistema. Segundo Beauvoir (1967, p. 351), “a sociedade patriarcal deu a todas as funções femininas a figura de uma servidão”. A cultura patriarcal possui como ideia principal o fato do homem ser o “centro” das relações, sendo aquele que estabelece as ordens, responsável pelo sustento da família. A mulher, por sua vez, se encaixa nesse cenário como a “dona do lar”, responsável pelos cuidados com os filhos e afazeres domésticos, tendo como finalidade principal a procriação. O Código de Hamurabi, que era o ordenamento jurídico vigente do povo da antiga Babilônia, por exemplo, evidenciava a função social da mulher no âmbito da procriação, determinando que era responsabilidade da mulher casada que não conseguia gerar filhos, prover uma substituta ao seu marido a fim de assegurar a conservação genética do seu esposo. (NOGUEIRA, 2015, s.p).

Diante disso, a definição acima elencada por Beauvoir, se enquadra perfeitamente no sentido de a mulher “servir” ao homem e aos seus desejos, enquanto este impunha a ela as suas próprias vontades. Para Morgante e Nader (2014, s.p) “o conceito de patriarcado deve ser utilizado na forma substantiva, como um sistema de dominação e exploração das mulheres, muito bem situado historicamente e geograficamente”. Ainda para as autoras:

O uso de patriarcado enquanto um sistema de dominação dos homens sobre as mulheres permite visualizar que a dominação não está presente somente na esfera familiar, tampouco apenas no âmbito trabalhista, ou na mídia ou na política. O patriarcalismo compõe a dinâmica social como um todo, estando inclusive, inculcado no inconsciente de homens e mulheres individualmente e no coletivo enquanto categorias sociais.

Dentro desse cenário, é importante ressaltar que com o passar dos anos e com as lutas enfrentadas pelas mulheres em busca de uma igualdade de direitos pessoais e profissionais, o sistema patriarcal diminuiu dentro das relações homem x mulher, uma vez que o sexo feminino tem conquistado seu espaço no mercado de trabalho, tendo seus direitos assegurados por lei, assim como o do homem. Todavia, apesar da evolução do meio social em relação a igualdade entre os gêneros, da promoção de direitos de forma igualitária e a independência que a mulher demonstra atualmente, a relação de desigualdade gênero ainda reflete no âmbito familiar e profissional. Exemplo disso é a questão das divisões das tarefas domésticas, onde a responsabilidade de cuidados com os filhos e o lar ainda recai sobre a mulher, sendo típico perguntas como: “Ele te ajuda em casa ou não?”, impondo a função de cuidar da casa e dos filhos como exclusiva da mulher.

Diante do exposto, é inegável que a mulher por longos anos foi submetida as vontades do sexo “dominante” que era o masculino, contribuindo para que o sexo feminino fosse visto como

algo “frágil” e submisso, que deveria respeitar as vontades do homem. Este pensamento sobre a mulher é um resquício deixado pela cultura patriarcal que ainda se faz presente. Isso contribui e intensifica a prática de agressões que são cometidas contra as mulheres, incluindo aqui, o estupro, uma vez que o autor de tal delito se vê no direito de violar a liberdade sexual da mulher, pois partilha do entendimento que ela deve aceitar a sua vontade, pois é um ser dominado e submisso.

2.2 A Violência Sexual Contra A Mulher

A violência sexual é caracterizada como qualquer ato de conjunção carnal ou ato libidinoso praticado sem o consentimento da vítima se utilizando da violência física ou grave ameaça, sendo este crime tipificado no artigo 213 do Código Penal. Se entende por conjunção carnal, a introdução total ou parcial do pênis na vagina. (MASSON, 2019, v.3, p.9).

O estupro é um crime que desrespeita violentamente o direito constitucional da dignidade humana, que é um dos fundamentos essenciais da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Da mesma forma, fere a liberdade e dignidade sexual do ser humano e mais especificadamente da mulher, que são desdobramentos do princípio maior que é a dignidade humana, uma vez que a obriga a praticar relações sexuais sem o seu consentimento. Esse crime possui uma das violências mais cruéis existentes, uma vez que manifesta o controle sobre o corpo de outro indivíduo, deixando marcas físicas e psicológicas que muitas vezes são levadas por toda a vida da vítima. Nas palavras de Villela e Lago (2007, p. 472):

A violência sexual pode acarretar diversos problemas de saúde para a mulher, tanto imediatamente após o evento quanto a médio e longo prazo. Nestes casos podem ser citadas queixas físicas, como cefaléia crônica, alterações gastrointestinais, dor pélvica, e outras, ou sintomas psicológicos e comportamentais, como disfunção sexual, depressão, ansiedade (...).

No Brasil, como será estudado posteriormente, as mulheres são as principais vítimas do crime de estupro, sendo que a maioria dos casos registrados demonstram que o delito é geralmente praticado por pessoas do convívio familiar, e a maior taxa do crime registrado se dá na idade de 13 anos, pertencendo o agressor ao sexo masculino. Essa informação está intimamente ligada com o a questão de a cultura patriarcal ainda estar presente na sociedade atual e principalmente desse sistema existir no inconsciente de cada homem. Um pai, um irmão, um tio ou avô ou até mesmo um desconhecido que comete crime de estupro, acredita que tem o direito de violar brutalmente uma garantia que é assegurada a todos: dignidade sexual, ferindo conseqüentemente o direito de intimidade e liberdade sexual. O delito é cometido com objetivo de saciar um desejo pessoal. E mais: a mulher como vítima principal dessa infração, sem controle nenhum do seu próprio corpo, é

obrigada a suportar tamanha humilhação.

Dentro desse contexto, pode-se afirmar que o fato da violência sexual afetar principalmente as mulheres, se trata de uma violência de gênero, uma vez que segundo dados que serão apresentados posteriormente, os principais sujeitos ativos do crime são homens, enquanto que as mulheres ocupam praticamente todo o polo passivo do crime. Devido a isso, é nítido que existe uma relação de poder entre o sexo masculino ao feminino, o que acaba gerando uma violência. Nesse sentido, elucidam as autoras Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian (1998, p.26):

E é, precisamente, nas questões relacionadas à sexualidade que os preconceitos e os estereótipos sociais, em grande parte condicionantes da desigualdade de gênero, tornam-se mais significativos, pois neste âmbito exerce-se o grande controle masculino, exercício de poder sobre o feminino.

No mesmo raciocínio explana Saffioti e Almeida (1995, p.23):

Socialmente construído, o gênero corporifica a sexualidade (não o inverso), que é exercida como uma forma de poder. Logo, as relações de gênero são atravessadas pelo poder. Homens e mulheres são classificados pelo gênero e separados em duas categorias: uma dominante e outra dominada (...).

Levando em consideração que a violência sexual da mulher advém de uma violência de gênero, se conclui que o fato do índice de mulheres estupradas no país ser tão alto provém de uma dominação masculina sobre o sexo feminino, uma vez que fica evidenciado uma nítida relação de poder oriunda do sistema patriarcal cumulado com a questão da dominação do sexo. Devido a isso, homens que praticam ou já praticaram tal crime, acreditam fielmente que por estar em uma situação “privilegiada” de ser dominante, podem violar tranquilamente um direito que é intrínseco a todo ser humano: a liberdade sexual, simplesmente para satisfação de um desejo tão egoísta e sórdido. Nesse entendimento, Saffioti e Almeida (1995, p.8):

(...) O fenômeno desconhece qualquer fronteira: de classes sociais, de tipos de cultura, de grau de desenvolvimento econômico, podendo ocorrer em qualquer lugar – no espaço público como no privado – e ser praticado em qualquer etapa da vida das mulheres e pode parte de estranhos ou parentes/conhecidos, especialmente destes últimos.

Portanto, o crime de estupro pode atingir mulheres de qualquer idade, raça ou etnia. Isso se dá porque a mulher, pertencendo ao gênero feminino, já nasce com os obstáculos que acompanham seu sexo, sendo eles o preconceito e a desigualdade. Tal fato acaba por refletir em todas as agressões que as mulheres são vítimas no Brasil e no mundo, tendo por autores pessoas do sexo masculino, incluindo nesse rol, os crimes de violência doméstica e sexuais, sendo estes cometidos comumente dentro do convívio familiar.

2.3 Índice De Mulheres E Meninas Estupradas No Brasil

A princípio, antes de relatar o índice de mulheres que são violentadas sexualmente, é

necessário ressaltar que o estupro pode ocorrer de outras formas, e não apenas com conjunção carnal, que é a penetração do pênis na vagina. Isso pode variar de acordo com as vontades e desejos sexuais do agressor, que podem ser distintos.

O estupro também resta configurado quando ocorre a prática de atos libidinosos, que são aqueles “revestidos de conotação sexual, com exceção da conjunção carnal, tais como o sexo oral, o sexo anal, os toques íntimos, a introdução de dedos ou objetos na vagina, masturbação (...)” (MASSON, 2019, v.3, p.9). Da mesma forma, o beijo lascivo, quando cometido com violência e grave ameaça pelo agressor configura o crime de estupro, pois se enquadra no fato típico de “atos libidinosos”. Esclarece, nesse sentido, Masson (2019, v.3, p. 9):

Evidentemente, não são lascivos os beijos rápidos lançados na face ou mesmo nos lábios, os famosos “selinhos”. É preciso pensar nos beijos prolongados e invasivos, com resistência da pessoa beijada, ou então dos beijos eróticos lançados em partes impudicas do corpo da vítima.

Partilha do mesmo entendimento o Superior Tribunal de Justiça:

Subsume-se ao crime previsto no art. 213, § 1º, do CP – a conduta de agente que abordou de forma violenta e sorrateira a vítima com a intenção de satisfazer sua lascívia, o que ficou demonstrado por sua declarada intenção de “ficar” com a jovem – adolescente de 15 anos – e pela ação de impingir-lhe, à força, um beijo, após ser derrubada ao solo e mantida subjugada pelo agressor, que a imobilizou pressionando o joelho sobre seu abdômen. (...) Deve-se ter em mente que estupro é um ato de violência (e não de sexo). Busca-se, sim, a satisfação da lascívia por meio de conjunção carnal ou atos diversos, como na espécie, mas com intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física. (REsp 1.611.910/MT, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 27.10.2016, noticiado no Informativo 592).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTUPRO. ART. 213, § 1º, DO CP. POSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013). 2. Com base no contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu não pode ser confundida com a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, uma vez que agarrou a vítima de 16 anos à força, beijou sua boca, mordeu seu rosto e passou a mão nos seios, nádegas e vagina, por cima da roupa, a fim de satisfazer a sua lascívia, o que configura o crime previsto no art. 213, § 1º, do CP. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1705120 SC 2017/0267272-7, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 06/02/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/02/2018).

Portanto, o crime de estupro pode ser considerado consumado sem ter necessariamente a conjunção carnal, o que justifica que o delito pode ser praticado entre pessoas de sexos diferentes, ou podem ter agressores e vítimas do mesmo sexo. Nesse sentido, ilustra Sousa (2017, p.11):

(...) Por muito tempo, o entendimento de estupro concebeu apenas casos onde a conjunção

carnal fosse comprovadamente forçada e com penetração vaginal. Tal concepção mostra-se exclusivamente falocêntrica, ignorando outras práticas de violências sexuais como o sexo oral, anal, masturbação, beijo e qualquer prática sexual que não contemple a penetração vaginal. Tudo isso demonstra uma valoração excessivamente fálica e heteronormativa que classifica apenas como violação aquela praticada com o pênis, desconsiderando qualquer outro tipo de ato, por exemplo, qualquer outro ato sexual praticado até mesmo por alguém do mesmo sexo que a vítima.

Após esse necessário esclarecimento do que é considerado estupro com base no fato típico definido pelo artigo 213 do Código Penal, vale ressaltar que no Brasil também existem estupros contra homens, todavia, o polo passivo do crime, em sua maioria, é ocupado pelas mulheres, razão pela qual será objeto de análise apenas o estupro cometido contra mulheres.

Para a análise das taxas de estupros cometidos no Brasil, bem como vítimas, a idade e autoria, serão analisados os dados disponibilizados pelo 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública publicado em 2019, que tem como objeto de pesquisa os crimes cometidos entre os anos de 2017 e 2018.

Segundo informações contidas em tal documento, em 2018, levando em consideração o número de denúncias feitas, ocorreram 66.041 crimes de estupros no país, e desse total, 53.726 eram vítimas mulheres. No estado de São Paulo, ocorreram 10.768 vítimas mulheres de estupro, portanto, aproximadamente 30 mulheres eram estupradas por dia nesse estado no ano de 2018. Apesar desse número ser o maior já registrado no país, em 2017 as mulheres também ocuparam maior espaço como principais vítimas da violência sexual registrada no território nacional, sendo que de um total de 63.157 casos denunciados, 50.598 correspondia as vítimas mulheres, o que corresponde a um aumento de 5,4% de 2017 para 2018, no índice de mulheres estupradas. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p.114).

Dentro desse cenário, os dados disponibilizados demonstram que 63,8% dos estupros praticados atinge os grupos dos vulneráveis. O estupro contra o vulnerável está tipificado no artigo 217-A do Código Penal e tem como vítima principal menores de 14 (catorze) anos, bem como aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”. Vale ressaltar, que houve uma inovação legislativa, por meio da Lei 13.718/2018, onde acrescentou ao §5º do artigo 217-A do Código Penal, tipificando que mesmo que a vítima menor de 14 (catorze) anos tenha consentido ou praticado relações sexuais anteriores ao crime, ainda assim não será impedimento para a aplicação das penas previstas no rol do artigo supracitado.

A respeito do crime alcançar principalmente mulheres, a partir de dados da mesma pesquisa citada acima, ilustram as autoras Bueno, Pereira e Neme (2019, p. 118-119):

De acordo com os registros de estupro e estupro de vulnerável dos anos de 2017 e 2018, 81,8% das vítimas eram do sexo feminino, o que evidencia a desigualdade de gênero como

uma das raízes da violência sexual. (...) Consoante com outras pesquisas da área, o principal grupo de vitimização são meninas muito jovens: 26,8% tinham no máximo 9 anos. Se observarmos a idade considerada para estupro de vulnerável, temos que 53,6% das vítimas tinha no máximo 13 anos. Ampliando a análise até 17 anos, temos 71,8% de todos os registros de estupro nesta faixa etária. Ao desagregar os dados por sexo verificamos que o ápice da violência sexual entre as meninas se dá aos 13 anos (...).

É nítido, considerando os dados expostos acima, que a porcentagem de vítimas meninas - com idade de 13 anos - é muito alta, o que leva a conclusão de que, na maioria dos casos, a violência sexual contra a mulher se inicia na infância e pode persistir até a sua adolescência. Diante disso, deve-se analisar o vínculo do abusador com a vítima, que na maioria dos casos faz parte do convívio familiar, ocupando o sexo masculino o polo do principal sujeito ativo do delito, podendo, desse modo, o agressor ser um pai, irmão, padrasto, tio e até mesmo avô. Nesse pensamento concluem Bueno, Pereira e Neme (2019, p. 120-121):

Em relação ao vínculo com o abusador, 75,9% das vítimas possuem algum tipo de vínculo com o agressor, entre parentes, companheiros, amigos e outros (...). Há uma super-representação de agressores do sexo masculino, que respondem por 85,5% dos casos, sendo que na maioria dos casos trata-se de um único autor (...).

Resta evidenciado que as principais vítimas da violência sexual no Brasil são do sexo feminino. Ademais, a porcentagem de meninas que sofrem desse tipo de violência é elevada, e, ainda, na grande maioria das vezes o delito é praticado por alguém que pertence ao mesmo ambiente doméstico. Esse tipo de informação evidencia a dificuldade que as mulheres apresentam para enfrentar esse tipo de crime no Brasil. A denúncia nesses casos pode demorar a acontecer, e pode até mesmo nunca ocorrer, exatamente porque existe a vergonha, a falta de credibilidade e até mesmo a ignorância que a vítima possui sobre a violência que está sofrendo, proveniente da sua pouca idade. É dever do Estado, portanto, proteger a vítima e lhe garantir o tempo necessário para realizar a denúncia contra o agressor, não limitando tempo para isso, até porque as marcas deixadas por um crime tão violento talvez nunca passem com o decorrer dos anos.

2.4 A Culpabilização Da Vítima Como Justificativa Do Delito

A cultura machista e patriarcal que existe no Brasil quando consente na superioridade que o sexo masculino tem sobre o feminino, perpetua e incentiva a desigualdade entre os sexos. A principal ideia de tal cultura é a questão do homem ser o provedor da família, o destaque no trabalho, a proteção, enquanto a mulher se subordina a ele e aos seus desejos. Por outro lado, a mulher respeitável seria aquela excelente esposa, mãe e que possui uma conduta submissa. Diante disso, o pensamento no meio social é que se a mulher não preenche os requisitos de uma mulher respeitável, ela não é totalmente digna do respeito do homem, podendo, dessa forma, ter seus direitos violados o que justifica a prática de agressões e especificadamente, do estupro.

Partindo desse pressuposto, os estupradores praticam tal delito assegurados em ideais machistas que são provenientes de uma cultura do estupro, uma vez que entendem que o sexo masculino é que detém o poder sexual, o que permite que eles violem o direito sexual e a dignidade da mulher, apenas para satisfazerem um desejo individual. Esses ideais estão disseminados por toda a sociedade, o que faz com que a mulher seja culpada pelo crime que sofreu por não obedecer aos requisitos impostos pela sociedade para ser “bem vista”. (SOUSA, 2017, p. 13). Dentro desse cenário, explica Sousa (2017, p.13):

Tais valores são repassados para toda a sociedade, que revitimiza a mulher principalmente por, segundo a concepção geral, colocar-se nas chamadas ‘situações de risco’, nas quais a mesma é culpada por não seguir as chamadas regras de conduta. Regras de conduta, que, por sua vez, são inseridas na socialização da mulher desde o momento do nascimento, ensinando-a que tipo e tamanho de roupas vestir, que tipo de maquiagem usar, como se comportar na rua, quando e como beber, quais os horários pode sair de casa, e, assim, sucessivamente, depositando na mulher a responsabilidade sobre os atos dos terceiros contra a sua integridade sexual.

Por outro lado, os homens são incentivados desde sempre a se beneficiarem da possibilidade de praticar relações sexuais, enquanto as mulheres são ensinadas a “se fazerem de difíceis”, podendo nesse caso um “não” que falam significar um “sim”. Nesse cenário, mesmo o crime sendo repudiado pela sociedade e visto como algo tão sórdido, é ao mesmo tempo tolerado e aceito, pois tentam justificar a prática do delito por meio da má conduta da vítima. Esclarecendo, aponta Sousa (2017, p.13):

Essa mesma cultura do estupro ensina que os homens devem aproveitar toda e qualquer oportunidade de consumação sexual, e, que, muitas vezes, as mulheres que dizem não apenas o dizem porque são ensinadas a não dizer sim na primeira vez, e que cabe a eles ‘transformar’ aquele não em um sim. (...) é denominado cultura do estupro o conjunto de violências simbólicas que viabilizam a legitimação, a tolerância e o estímulo à violação sexual.

Nesse sentido, será feito uma análise da pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2016, através dos dados colhidos pelo Datafolha, com um enfoque nas mulheres que foram vítimas de violência sexual e como é realizado o atendimento às vítimas pelos policiais. Nessa perspectiva, relatam o Fórum de Segurança Pública e Datafolha (2016, p.8):

Percebe-se, assim, um “ideal passivo feminino” na cultura brasileira. Os resultados da pesquisa mostram que a partir do momento em que a mulher não adere aos valores determinados de acordo com um sistema cultural machista e patriarcal, a violência contra a mulher passa a ser tolerada socialmente. (...) A pesquisa revelou que uma grande parcela da população considera as próprias mulheres vítimas de agressão sexual como responsáveis por não se comportarem de acordo com uma “mulher respeitável”. A perpetuação da ideia de controle do comportamento e do corpo das mulheres faz com que a violência sexual possa ser tolerada.

Segundo Fórum de Segurança Pública e Datafolha (2016, p.9), 42% dos homens concordam com a afirmação: “Mulheres que se dão ao respeito não são estupradas”. Isto revela que ainda existe uma grande parcela da sociedade que culpabiliza a mulher que é vítima do estupro,

levando em consideração que seu comportamento não é adequado socialmente, pois não deveria andar a noite sozinha, ou até mesmo porque a roupa que estava usando era muito curta, o que acaba provocando ou aguçando o “desejo” do agressor. Nesse cenário, segundo os dados disponibilizados, 30% dos homens concordam com a seguinte frase: “A mulher que usa roupas provocativas, não pode reclamar se for estuprada”. Desse modo, Fórum de Segurança Pública e Datafolha (2016, p.9):

Este pensamento vem de um discurso socialmente construído, o qual considera que se a mulher é vítima de alguma agressão sexual é porque de alguma forma provocou esta situação”. (...) Junto a isto, há ainda a ideia do homem que não consegue controlar seus “instintos naturais”.

Diante disso, parte-se da premissa que a mulher para ser considerada uma vítima real do crime, precisa ter um histórico anterior ao delito coerente com o termo de mulher respeitada, também chamada de “mulher para casar” (SOUSA, 2017, p. 17), pois, caso contrário, o que sofrerá será apenas resultado do comportamento inadequado que possui. Isso faz com que muitas mulheres não denunciem a violência sexual que sofreram, pois sabem que faltará credibilidade em sua palavra, e perguntas como: “Onde você estava?”, “Que horas eram?”, são exemplos de culpabilização que sofrerão caso decidam expor o acontecido. Além disso, caso a vítima não possua marcas físicas do crime, a desconfiança de que a mulher está mentindo será maior, pois existe a convicção social de que a mulher somente pode dizer que sofreu uma agressão sexual se restar evidenciado fisicamente marcas da violência e da sua resistência contra o ato violento (SOUSA, 2017, p.18), sendo que caso não apresente tais indícios, existe a probabilidade da vítima estar mentindo sobre a conduta criminosa. Tal pensamento não é correto, pois se enquadra em termos de estupro, como já visto, até mesmo o beijo lascivo cometido com violência e grave ameaça.

Todavia, o índice de meninas de 13 anos de idade que sofrem a violência sexual é elevado, e a maioria dos casos ocorrem dentro do convívio familiar, sendo que geralmente o autor do crime é alguém conhecido. Por se tratar de crianças ou até mesmo adolescentes, não se pode afirmar que tais meninas possuam uma vida sexual ativa, ou um histórico anterior ao crime que possa ser usado para desconfiança do delito. No entanto, nesses casos, a jovem vítima pode não ter conhecimento do que está acontecendo, ou até mesmo pode sofrer ameaças e agressões físicas por parte do autor do delito, que geralmente é o pai, padrasto, irmão ou até mesmo um tio. Devido a isso, quando tenta contar para alguém sobre as violências que sofre, não adquire certa credibilidade por parte da família e isso faz com que a vítima não tenha segurança para buscar ajuda. Além disso, a mãe da criança geralmente sabe dos acontecimentos, mas acoberta o companheiro, seja por desconfiança ou ciúmes, ou até mesmo porque também é vítima de abusos e agressões. Nesse sentido, Pereira (2005, p. 19-21), explora sobre o assunto:

A mãe (ou adulto não abusador): na maioria das vezes apresenta-se submissa ao

companheiro, mas ao mesmo tempo desempenha um papel de superprotetora deste. Ajuda a manter o complô do silêncio justificando ou encobrindo o que acontece. (...) Algumas vezes o abuso se inicia por sedução, mas à medida que a criança vai percebendo e tenta oferecer resistência entram as ameaças e até as agressões físicas. Estas crianças sentem-se aprisionadas por medo, pela dúvida e pela culpa, e quando tentam comunicar o que acontece a alguém e esta pessoa não lhes dá crédito, elas ficam mais isoladas e com mais dificuldades de voltar a falar no assunto (...).

É visível, portanto, que o lugar onde a menina vítima deveria se sentir protegida, é o mesmo lugar onde é vitimizada. As famílias, e na maioria dos casos, a própria mãe, não quer aceitar que tal absurdo acontece dentro da sua casa, bem como não consegue admitir que o esposo ou companheiro seria capaz de “traí-la” daquela maneira, situação em que o crime acaba sendo acobertado e negado pela própria família (SOUSA, 2017, p. 19).

2.4.1 A postura das instituições policiais nos casos de mulheres vítimas de estupro

Vale ressaltar a importância que as autoridades e agentes da polícia devem ter com as vítimas da violência sexual. É imprescindível que se dê total apoio e atenção para o que a vítima da agressão está relatando, com o intuito de fazer com que ela sinta segurança e amparo por parte da segurança pública nacional, se atentando para que não ocorra a vitimização secundária.

A vitimização, é algo que advém de uma ação ou omissão praticada por terceiro, por si mesmo ou evento natural. Existem três tipos, a vitimização primária, a secundária e terciária. A vitimização primária ocorre quando a vítima sofre o delito efetivamente, que no caso em estudo seria a violência ou grave ameaça do estupro. A secundária é aquela que se dá após a consumação do delito, pelas autoridades formais que controlam a sociedade, como a delegacia, onde ocorre a desconsideração dos direitos fundamentais assegurados à vítima no curso do processo penal ou até mesmo na fase do inquérito. Nessa fase, quando a vítima procura a delegacia, pode não ser tratada nos moldes essenciais que deveria, onde os agentes policiais não a tratam com o respeito e credibilidade necessários, o que acarreta situações de humilhação e constrangimento, fazendo com que a pessoa se torne vítima pela segunda vez. A vitimização terciária, por sua vez, é aquela oriunda da sociedade, do grupo familiar, ambiente de trabalho e conhecidos, pois uma vez exposto o crime, as pessoas tendem a fazer seus próprios julgamentos do caso, o que ocasiona perguntas indiscretas, isolamento da vítima, sendo muito comum em crimes como o estupro que por ser crime contra a dignidade sexual, acaba gerando um estigma na sociedade (MOROTTI, 2015, s.p).

Diante do exposto, pode-se afirmar que é essencial que a empatia e a consideração devem estar presentes dentro das delegacias, inclusive para ouvir as vítimas de um crime tão violento e sórdido como o estupro, que deixam marcas psicológicas profundas na mulher. Nesse sentido, explanam Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian (1998, p.27):

(...) é sabido que o tratamento dado à questão da violência sexual contra a mulher – especialmente ao estupro – pelas autoridades, em geral, é bastante ambíguo. Na esfera policial, esta ambiguidade revela-se desde o momento da notícia do crime, quando quase sempre a mulher é encarada com extrema suspeição, configurando-se uma inversão da sua condição de vítima em ré (...).

Do mesmo modo ocorre com as vítimas meninas, que devem se sentir seguras com as autoridades policiais, principalmente porque são jovens e por geralmente possuir o descrédito da família. Sobre o assunto explanam Vilga, Félix e Urvanegia (2005, p.54):

(...) Os profissionais que trabalham na delegacia de polícia devem se conscientizar que é extremamente difícil para as crianças e adolescentes revelar o abuso sexual que sofreram. Devem, portanto, criar um ambiente que leva em conta suas condições peculiares de desenvolvimento, agindo com uma postura acolhedora, empática, paciente, não-agressora, considerando que as vítimas mantenham seus depoimentos e não se sintam revitimizados, assegurando a coerência dos depoimentos que serão prestados posteriormente na fase processual.

Evidencia-se que é fundamental que a polícia e não somente a delegacia especializada da mulher, mas todas as corporações policiais, estejam preparadas para ouvir e oferecer apoio para as mulheres que são vítimas de estupro. Esse crime que viola tão bruscamente um direito fundamental estruturador de toda a Constituição Federal Brasileira que é a dignidade humana, faz com que a vítima sofra um trauma que pode nunca ser superado, mesmo com o passar dos anos. As instituições policiais devem dar valor à palavra da vítima e oferecer abrigo e confiança de que a justiça será feita. Após ter seus direitos violados pelo agressor, o que a vítima precisa é a colaboração e empenho de toda a corporação para se sentir protegida. A mulher que sofreu e sofre todos os obstáculos existentes na sociedade atual somente por pertencer ao sexo feminino, o que engloba a persistência da violência sexual contra seu sexo, precisa ter confiança e credibilidade na polícia, pois somente assim optará por denunciar o crime e não permanecer em silêncio, contribuindo para que a impunidade não prevaleça e que o agressor não fique isento da atrocidade que cometeu. Se a polícia e toda a sua corporação incentivar e acreditar na palavra de cada mulher que tenta se socorrer nos braços da segurança pública, ela estará contribuindo para a diminuição da desigualdade entre homens e mulheres, bem como, fará com que muitas outras mulheres criem coragem para denunciar seus agressores, garantindo desse modo a real aplicação dos direitos fundamentais da mulher e a sua igualdade no meio social.

3 A PRESCRIÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Antes de discorrer sobre o prazo prescricional existente no ordenamento jurídico brasileiro para o crime de estupro, é necessário fazer um breve relato de qual é o conceito e o fundamento da existência desse instituto.

A prescrição é um instituto jurídico presente no Direito Penal, onde o Estado não pode aplicar a pena cominada ao autor do crime, pois transcorreu um determinado lapso do tempo. Ou seja, em regra, todo crime possui um prazo determinado para oferecimento da denúncia ou queixa-crime, sendo que nesta última quando decorre o lapso temporal, ocorre a decadência. Segundo, Greco (2013, p. 719), a prescrição pode ser conceituada como “o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”.

Nesse cenário, explana Masson (2019, v.1, p. 770) que o Estado é o único que pode exercer sobre o indivíduo que pratica a infração penal o direito de punir. Segundo o autor, esse direito tem natureza abstrata e recai sobre todas as pessoas, funcionando como uma advertência, pois uma vez praticado a infração penal, recairá sobre o agente infrator uma sanção. Todavia, esse direito de punir é limitado, sendo uma de suas restrições os limites temporais que são fixados na lei, uma vez que não aplicando a pena dentro do prazo legalmente previsto, isso acarretará a perda do seu direito de punir, por meio da prescrição. Esclarece de forma ilustre Masson (2019, v.1, p.770):

Entra em cena o instituto da prescrição. É como se, cometida uma infração penal, o sistema jurídico virasse em desfavor do Estado uma ampulheta, variando o seu tamanho proporcionalmente à gravidade do ilícito penal. O poder-dever de aplicar a sanção penal precisa ser efetivado antes de escoar toda a areia que representa o tempo que se passa, pois, se não o fizer dentro dos limites legalmente previstos, o Estado perderá, para sempre, o direito de punir.

Diante disso, pode-se afirmar que a prescrição é um instituto que delimita o direito de punir do Estado, impondo um prazo específico para que o autor do delito seja devidamente punido e sofra as consequências dos crimes que praticou. Os fundamentos do Estado não poder exercer tal direito após um determinado período são elencados pela doutrina. A respeito disso, explana Greco (2013, p. 719) que alguns dos motivos que justifiquem a existência do instituto são:

(...) o esquecimento a respeito da infração penal, o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social, a dispersão de provas, além do fator tranquilidade para aquele que praticou a infração penal, pois um erro cometido no passado não pode persegui-lo para sempre.

Da mesma forma, Nucci (2020, p. 847) elenca cinco teorias que justificam a existência da prescrição, que serão analisadas separadamente para melhor entendimento.

Em primeiro lugar, se tem a chamada teoria do esquecimento, que possui como argumento o fato de que após o decurso de tempo, que varia de acordo com o crime praticado, a sociedade não mais se lembra do fato e a prática do crime não causa receio na população, o que justifica a

possibilidade de não punir o agente.

Em seguida, a teoria da expiação moral aduz que com o passar do tempo, o autor do crime vive na aflição e angústia de ser descoberto, sendo que tal sentimento já é uma certa punição, sendo desnecessário a aplicação de qualquer outra pena.

Ato contínuo, a teoria da emenda do delincente fundamenta que o autor do delito se regenera com o passar do tempo, presumindo-se então que houve uma mudança na sua conduta, não precisando da aplicação da pena.

Posteriormente, a teoria da dispersão das provas, por sua vez, aduz que o passar do tempo faz com que exista uma desvalorização e até perda da prova, o que gera mais riscos de o judiciário cometer um erro com o julgamento.

Por fim, conclui o autor, que a teoria psicológica tem por fundamento o fato de que o indivíduo muda o seu modo de pensar com o transcurso do lapso temporal, e isso faz com que ele se torne outra pessoa, totalmente diferente daquela que praticou o crime, não necessário a aplicação da pena.

Diante do exposto, a prescrição é um instituto do Direito Penal que é utilizado como forma de limitar o direito e poder de punir do Estado. Devido a isso, se o agente praticou um delito e transcorreu o prazo para que fosse oferecida a denúncia, não poderá ser imputado a ele a pena prevista para o delito, pois ocorre a extinção da punibilidade, conforme disposto no artigo 107, inciso IV, do Código Penal. Em razão disso, contextualizando com o delito em estudo que é o estupro, se a vítima não denunciar o delito as autoridades policiais dentro de certo período estabelecido por lei, não poderá ser imputado ao agressor as penas previstas legalmente.

3.1 Os Prazos Prescricionais Do Estupro

De acordo com o artigo 109 do Código Penal, quando a sentença ainda não transitou em julgado, ou seja, ainda não foi estabelecido uma pena fixa por meio de um julgamento definitivo para o autor do delito, se estabelece os prazos da seguinte forma:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Analisando o disposto no presente artigo, se percebe que o prazo máximo de prescrição

dentro do ordenamento jurídico brasileiro é de 20 (vinte) anos. O artigo 213 do Código Penal, dispõe que a pena abstrata do crime de estupro é de reclusão de 06 (seis) a 10 (anos), se ele for praticado nos termos do caput deste artigo. Todavia, existem as hipóteses qualificadoras do crime, que estão dispostas nos parágrafos §1º e §2º do dispositivo acima citado, que são situações onde o agressor pratica o crime de estupro com condutas mais gravosas, o que é consequentemente mais repudiado pelo ordenamento jurídico, obtendo uma pena abstrata mais elevada. É o caso da lesão corporal de natureza grave e a prática do delito com menores de 18 (dezoito) anos e maiores de 14 (catorze) anos onde a pena abstrata é de reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) anos ou quando da prática do delito resulta morte, onde a pena abstrata será reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Além disso, existem as causas de aumento de pena que constam nos artigos 226 e 234-A do mesmo diploma, que podem ocasionar o aumento do prazo prescricional, uma vez que aplicam ao caso concreto uma pena mais elevada. Para melhor compreensão, ilustra o Código Penal:

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

III - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado:

Estupro coletivo

a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes;

Estupro corretivo

b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – (VETADO);

II – (VETADO);

III - de metade a 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez;

IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência.

Ademais, também é previsto um termo inicial para a contagem do prazo prescricional, que está elencado no artigo 111 do Código Penal, tendo o inciso I como regra e os demais como exceções. Dispõe, desse modo:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Nesse contexto, é importante destacar que o inciso V do artigo 111 é oriundo de uma inovação legislativa advinda por meio da lei 12.650/2012, chamada “Joanna Maranhão”, nomeada

dessa forma pois faz referência a nadadora brasileira que com 09 anos de idade foi vítima de abusos sexuais por seu treinador daquela época, Eugênio Miranda, e no ano de 2008 quando já atingida a maioridade, no momento que decidiu denunciar o crime, já havia ocorrido a prescrição. Essa lei também é considerada uma exceção à regra ao termo inicial da contagem do prazo prescricional, tendo aplicação para crimes sexuais previstos no Código Penal e em legislações especiais, desde que tenha como vítimas menores de 18 anos. (MASSON, 2019, v.1, p.785). A finalidade maior dessa lei é permitir que as crianças e adolescentes que são vítimas de crimes sexuais possam ter a oportunidade de denunciar seus agressores que geralmente pertencem a própria família.

Diante disso, o crime de estupro pode alcançar o prazo máximo de 20 (vinte) anos para a vítima denunciar o crime e iniciar a persecução penal, desde que a pena cominada ao delito e a situação fática específica em que foi praticado enseje uma punição superior a 12 (doze) anos. Entretanto, o prazo prescricional pode ser menor quando não presentes os requisitos na conduta do autor do crime que permitem a elevação da pena abstrata. Além disso, o termo inicial para a contagem do prazo, como elencado acima, em regra, será do dia em que o estupro se consumou, isto é, a data efetiva em que a vítima sofreu a agressão do autor. Todavia, deve-se levar em consideração se a vítima era ou não criança ou adolescente, pois nesse caso se aplica o inciso V do artigo 111 do Código Penal e o prazo prescricional nessa hipótese poderá ser maior que 20 (vinte) anos, pois a maioridade interrompe o prazo prescricional.

3.2 A Impunidade Como Consequência Da Prescrição Do Crime

A vítima da violência sexual sofre um trauma físico e psicológico que poderá carregar pelo resto da sua vida. O crime de estupro é um delito que atinge em sua maioria esmagadora o sexo feminino, e um dos motivos para essa realidade é o fato de existir uma dominação do homem sobre a mulher, oriunda da cultura patriarcal que se estabeleceu no país e no mundo a muitos anos. Além disso, existe uma grande porcentagem das pessoas vítimas desse crime que não reconhecem e não enxergam a violência e agressão que sofrem, tendo aquilo como um comportamento “normal” de homem. Nesse contexto, relata Sousa (2017, p. 24) “a falta de noção da real caracterização do crime de estupro impede muitas coisas, dentre elas: que o crime seja registrado (...)”. Com isso, muitas mulheres deixam de prestar depoimentos e denunciar os agressores pois acreditam que aquele comportamento é natural do sexo masculino e que ela como mulher deve suportar esse tipo de situação.

Nesse cenário, segundo a Pesquisa Nacional de Vitimização lançada pelo Ministério da Justiça por meio da SENASP – Secretaria Nacional de Segurança Pública em 2013, do total de vítimas que sofreram ofensas sexuais nos 12 (doze) meses antecedentes a pesquisa, somente 7,5%

denunciaram as agressões para as autoridades policiais. Todavia, dentro desse número que informaram a polícia, 58,8% não ficaram satisfeitas com o trabalho da corporação, tendo como principal motivo para a rejeição a falta de boa vontade por parte dos policiais. Entre os motivos para as vítimas que não prestaram denúncia do fato, elenca a pesquisa que foram: não julgar o fato importante ou irrelevante, evitar constrangimento, acreditar que a polícia não tomaria as medidas cabíveis, temor de vingança do agressor ou por conhecerem o autor do delito. (PESQUISA NACIONAL DE VITIMIZAÇÃO; SENASP, 2013, p. 189-190).

Diante disso, se percebe que não raras vezes, a vítima tem o receio de expor o crime as autoridades e até mesmo para a sociedade, com medo de represália, do julgamento e do constrangimento que poderá passar divulgando o acontecido, o que contribui para que o crime fique em silêncio e acobertado pelo medo da vítima por muitos anos. Nesse ponto de vista, ilustram as autoras Bueno, Pereira e Neme (2019, p. 117):

Os motivos para a baixa notificação são os mesmos em diferentes países: medo de retaliação por parte do agressor (geralmente conhecido), medo do julgamento a que a vítima será exposta após a denúncia, descrédito nas instituições de justiça e segurança pública (...).

Como visto, o crime de estupro também alcança meninas, dentre estas o maior índice está na idade de 13 (treze) anos, onde o delito ocorre geralmente dentro do convívio familiar, sendo praticado por alguém que deveria zelar pela criança/adolescente, como o pai, irmão, padrasto. Diante disso, é muito difícil para a criança relatar algo aos policiais, pois geralmente é descredibilizada pela própria família. Nessa perspectiva, ilustra Pereira (2005, p.19):

Como são as famílias incestogênicas e seus componentes? Estas famílias são vistas como estruturas fechadas em que seus componentes têm pouco contato social, principalmente a vítima. A obediência à autoridade masculina é incontestável, tem um padrão de relacionamento que não deixa claras as regras de convivência e a comunicação não é aberta, o que facilita a confusão da vítima e, conseqüentemente, o complô do silêncio (como revelar o que não se consegue definir, o que não se comenta, o que “não aconteceu, o que não “existe”?). (...) Também pode ser colocada pela família como promíscua, sedutora e mentirosa (...).

Apesar de ter para crianças e adolescentes o termo inicial diferenciado para a contagem do prazo prescricional, previsto no artigo 111, inciso V do Código Penal, ele pode não ser suficiente, pois mesmo depois de atingir a maioridade, a vítima ainda pode se sentir insegura para revelar o acontecido, e pelo fato de ter contato com ambiente sexual precocemente pode desenvolver distúrbios psicológicos irreversíveis. Ademais, como o inciso entrou em vigor em 2012, os crimes ocorridos anterior a esse período não são abrangidos por esse termo inicial, por ser mais prejudicial ao réu.

Levando esses fatos para o caso concreto, segundo informações jornalísticas

disponibilizadas no site da UOL³, uma mulher foi vítima de estupro dos 03 (três) aos 11 (onze) anos, tendo como agressor o seu tio, que era irmão do seu pai. Apenas com 35 anos, após uma tentativa de suicídio, criou coragem para contar a família o que tinha acontecido e para isso filmou o momento onde conseguiu a confissão do tio. Pelo fato de o crime ter ocorrido antes de 2012, isto é, anteriormente a vigência do inciso V do artigo 111 do Código Penal, o crime já está prescrito, pois a denúncia deveria ter sido feita até os 27 anos da vítima. Nada vai ser feito para a punição do agressor, mas a vítima ingere comprimidos psiquiátricos diariamente. (BARDELLA, 2020, s.p).

Diante de tudo que foi relatado, é nítido que as vítimas do crime de estupro, por todos os motivos elencados, temem expor o delito para toda a sociedade por sentir vergonha do fato, mesmo não tendo culpa alguma da prática da infração. Mas isso ocorre exatamente porque as mulheres vivem em um sistema machista e patriarcal, onde a palavra da mulher nunca é tão fidedigna como a do homem, e que, em crimes como esse é levado em consideração não somente a conduta do agressor, mas também a postura da vítima. Devido a todas essas questões, as mulheres vítimas do estupro temem a sua divulgação e podem passar anos sem ter coragem para expor o fato ocorrido. Essa circunstância acaba gerando uma impunidade, pois pode ser que quando existir coragem para a denúncia o crime já esteja prescrito, e não seja mais possível a punição. Em contrapartida, os efeitos colaterais oriundos da prática delituosa acompanharão a mulher vítima desse crime bárbaro por toda a sua vida, não tendo prazo para cessar a angústia e repulsa do acontecido.

4 CONCLUSÃO

Uma vez compreendidos os obstáculos que as mulheres enfrentam nesse cenário de violência sexual, resta evidenciado que subsiste no país uma cultura patriarcal e machista que impõe à mulher a figura de um ser dominado, tendo o homem como aquele que detém o poder social e sexual, e que devido a isso as decisões do sexo masculino devem prevalecer sobre a do sexo feminino, englobando nesse âmbito a vontade ou não de praticar uma relação sexual. Esse tipo de pensamento e comportamento contribui para a ocorrência de violências e agressões contra a mulher, incluindo nesse campo o estupro, que é uma forma de violência sexual.

No Brasil, as mulheres são as principais vítimas desse crime brutal que atinge todas as idades, podendo começar até mesmo na infância, tendo por agressor um parente próximo. Esse delito culpabiliza a vítima pelo ocorrido e faz com que exista um descrédito de sua palavra, o que contribui muitas vezes para que o crime fique acobertado pelo medo e não seja denunciado para as autoridades policiais. Diante disso, e por tudo que foi exposto, é necessário que não exista um prazo

3 Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/03/06/gracas-a-educacao-sexual-entendi-que-fui-estuprada-fiz-meu-tio-confessar.htm>

delimitado para o oferecimento da denúncia, uma vez que as marcas deixadas pelo crime de estupro podem ser eternas, ocasionando sequelas físicas e psicológicas que só poderão ser superadas, se possível, após um longo período de tempo. Este crime que não limita a idade e atinge mulheres de qualquer faixa etária, não pode ter prazo para a aplicação da pena imposta ao agressor, pois a vítima não terá prazo para enfrentar os traumas oriundos do crime que sofreu que poderão acompanhá-la por toda a sua vida.

É necessário que haja uma proteção da mulher que sofreu esse tipo de agressão, dando o tempo que for necessário para ela “digerir” o acontecido, e a segurança de que quando estiver pronta e sem medo dos julgamentos, o agressor pagará pela conduta que praticou. Somente dessa forma o Estado fará sua parte, garantindo que esse crime tão desprezível e indecoroso seja punido, assegurando a efetiva justiça e promovendo uma sociedade justa, que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, exposto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARDELLA, Ana. Violência contra mulher. “Gravei meu tio confessando que me estuprava, mas temo falta de punição”. 2020. **Universa, UOL**. Disponível em:

<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/03/06/gracas-a-educacao-sexual-entendi-que-fui-estuprada-fiz-meu-tio-confessar.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BEAUVOIR, de Simone. **O Segundo Sexo. A experiência vivida**. 1967. 2 ed. Editora Difusão Europeia do Livro, 1967.

BRASIL. [Constituição de (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Ministério da Justiça – MJ, 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Ministério da Justiça - MJ, 1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#art361. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 12.650, de 17 de Maio de 2012, Joanna Maranhão**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, com a finalidade de modificar as regras relativas à prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes. Brasília: Ministério da Justiça – MJ, 18 mai. 2012. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12650.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **Recurso Especial 1.611.910-MT (2013/0249235-6)**. Informativo 592 do STJ. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Mato Grosso, julgado em 11/10/2016. Publicado em 27/10/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270592%27>. Acesso em: 17 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **AgRg no REsp: 1705120 SC 2017/0267272-7**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Santa Catarina, Julgado em 06/02/2018. Publicado 19/02/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BUENO, Samira; PEREIRA, Carolina; NEME, Cristina. **A invisibilidade da violência sexual no Brasil**. 2019. 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública - Fórum de Segurança Pública, p. 116-121. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, DATAFOLHA. **Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais**.

#APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro. 2016. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/FBSP_Policia_precisa_falar_estupro_2016.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2016, São Paulo, SP. Disponível em:

http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em:

http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 2013. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2013. vol 1.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial** (arts. 213 a 359-h) – vol. 3. 2019. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019. *E-book*.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120) – vol.1. 2019. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. *E-book*.

MORGANTE, Mirela Marin; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio: Saberes e práticas científicas, 2014, Rio de Janeiro. **Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh- Rio: Saberes e práticas científicas**. ISBN 978-85-65957-03-8, Rio de Janeiro: Anpuh-Rio, 2014. Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

MOROTTI, Carlos. Vitimização primária, secundária e terciária. 2015. JusBrasil. Disponível em: <https://morotti.jusbrasil.com.br/artigos/210224182/vitimizacao-primaria-secundaria-e-terciaria>. Acesso em: 14 mar. 2020.

NOGUEIRA, Renzo Magno. A evolução da sociedade patriarcal e sua influência sobre a identidade feminina e a violência de gênero. 2015. JUS. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48718/a-evolucao-da-sociedade-patriarcal-e-sua-influencia-sobre-a-identidade-feminina-e-a-violencia-de-genero>. Acesso em: 14 mar. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal:** arts. 1º a 120 do código penal. 2020. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

PEREIRA, Lucimara Martins. **Violência Sexual Doméstica contra crianças e adolescentes:** uma proposta multidisciplinar de atendimento. 2005. Abuso Sexual Doméstico: atendimento às vítimas e responsabilização do agressor. Organização CRAMI – Centro Regional aos Maus-Tratos na Infância. 2 ed. São Paulo: Cortez: Brasília, DF. UNICEF, 2005. Série fazer valer os direitos; v.1.

PESQUISA NACIONAL DE VITIMIZAÇÃO. **Questionário SENASP.** SENASP - Secretaria Nacional de Segurança Pública. Datafolha. CRISP - Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública. Ministério da Justiça. 2013. Disponível em: https://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV-Senasp_final.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: Crime ou “Cortesias”? Abordagem Sociojurídica de Gênero.** 1998 ano do cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1998. Editor Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1998.

SAFFIOTI, Heleieth I.B; ALMEIDA, Suely S de. **Violência de Gênero:** Poder e Impotência. 1995. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter Ltda, 1995. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/17104363/violencia-de-genero-poder-e-impotencia-saffioti>. Acesso em: 14 mar. 2020.

SOUSA, Renata Floriano. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. **Revista Estudos Feministas.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Florianópolis, 2017, vol. 25, n.1, p. 9-29, abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2017000100009&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 22. abr. 2020.

VILGA, Vanessa Fermoseli; FÉLIX, Lucínio de Souza M; URVANEGIA, Helena Lucchino. **Implicações psicológicas decorrentes de processos judiciais de abuso sexual doméstico contra crianças e adolescentes.** 2005. Abuso Sexual Doméstico: atendimento às vítimas e responsabilização do agressor. Organização CRAMI – Centro Regional aos Maus-Tratos na Infância. 2 ed. São Paulo: Cortez: Brasília, DF. UNICEF, 2005. Série fazer valer os direitos. v.1.

VILLELA, Wilza V; LAGO, Tânia. Conquistas e desafios no atendimento das mulheres que sofreram violência sexual. **Cadernos da Saúde Pública.** Rio de Janeiro, 2007, v.23, n.2, p. 471-475, fev. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000200025&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 abr. 2020.