



REVISTA DA EJUD

REVISTA ELETRÔNICA DA ESCOLA JUDICIÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ
ISSN 2526-7817

Direito, Justiça e Sociedade no Século XXI

V.3, N.1, 2022

**SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS
PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO
COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS
REDES SOCIAIS¹**

Eduarda Costa Serra²

Isabella N. Paranaguá de C. Drumond³

RESUMO: Através de metodologia qualitativa, dedutiva e bibliográfica, o presente artigo debate a possibilidade de violações aos direitos de personalidade, como direito de imagem e privacidade, de crianças e adolescentes pela prática do sharenting, expressão em inglês utilizada para representar o ato de pais compartilharem fotos, vídeos e informações de seus filhos nas redes sociais. Para isso, analisou-se a condição dos menores como sujeitos de direitos, recorrendo sobre os princípios que norteiam o direito infanto-juvenil: prioridade absoluta, superior interesse e proteção integral. Em seguida, parte-se para a análise do fenômeno em destaque, dando ênfase às possíveis consequências jurídicas aos envolvidos pelo compartilhamento excessivo de dados e informações dos menores por seus pais ou responsáveis legais em redes sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Sharenting. Crianças e Adolescentes. Direito infanto-juvenil. Direito de Família. Direitos Personalíssimos.

¹ Recebido em 20/07/2021

Aprovado em 27/06/2022

² Estudante no Instituto de Ensino Superior – iCev, no curso de Direito. E-mail: eduardacostaserra@gmail.com.

³ Advogada e Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Birmingham-UK e pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). E-mail: isabella.drumond@grupocev.com.

INTRODUÇÃO

Em um mundo cada vez mais digital e conectado, o uso de redes sociais é tido por grande parte das pessoas como uma extensão da vida real. O uso de plataformas de compartilhamento, tais como Facebook e Instagram, é cada vez mais comum, reunindo, cada uma destas plataformas, mais de 1 bilhão de usuários de todos os gêneros, classes sociais e idades no mundo inteiro.

No Brasil não é diferente, de tal forma que postar fotos e vídeos virou um hábito da grande maioria dos brasileiros com acesso à Internet. É neste cenário que diariamente inúmeros pais (aqui estende-se o termo aos responsáveis legais) publicam os mais variados momentos de seus filhos, como fotos de suas crianças em seu primeiro dia de aula, fazendo sua primeira refeição, brincando com seu brinquedo favorito, em seu primeiro ultrassom antes mesmo de ter nascido e em tantas outras ocasiões.

No Instagram, popular rede social de compartilhamento de fotos e vídeos, ao pesquisar por “crianças” utilizando o recurso de busca por hashtag (#) já são mais de 5,6 milhões de publicações disponíveis. Na procura pelo termo em inglês “kids” são mais de 106 milhões de posts. A decisão de compartilhar, ou não, é uma decisão dos pais que possuem o direito de exercer seu direito de liberdade de expressão e planejamento familiar. Porém, se a decisão é por partilhar, estes precisam ficar atentos quanto às informações que estão sendo disponibilizadas e as possíveis consequências, pois há a possibilidade de uma afronta a dignidade do menor.

A prática de compartilhamento de fotos e vídeos de crianças e adolescentes por seus pais vem se popularizando pelo nome “Sharentig”, termo em inglês que decorre da união das palavras “share” (compartilhar) e “parenting” (cuidar, no sentido de exercer o poder familiar). Recentemente, com o aumento do uso das redes sociais, o fenômeno em questão vem ocupando um relevante espaço nas discussões de diferentes áreas do conhecimento, tornando-se objeto de estudo em destaque nas áreas de saúde e das ciências sociais.

O compartilhamento de fotos, vídeos e informações faz parte da sociedade de informação. Devido à importância que os filhos têm na vida dos pais é quase que improvável que estes não compartilhem, nem que seja uma parte, da vida destes menores, sendo assim, o que chama a atenção no compartilhamento nas redes sociais são os excessos cometidos e as possíveis consequências para os envolvidos. Diante do que já foi explanado, esse fenômeno levanta um interessante questionamento: há a possibilidade de violações aos direitos personalíssimos dessas Crianças e Adolescentes pela prática dos seus pais postarem fotos, vídeos e informações suas nas redes sociais?

SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS REDES SOCIAIS

O presente artigo tem como objetivo responder o questionamento levantado acima. Para tanto, abordará de início o fenômeno sharenting na era das redes sociais, seguindo com o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos especiais e, posteriormente, para responder a hipótese levantada, analisará o sharenting como um possível meio de violação aos direitos personalíssimos dos menores por seus pais.

Para tanto, utilizará da pesquisa dedutiva de abordagem qualitativa, que se justifica em razão do tema em comento, que possui um caráter social e jurídico pois versa sobre a exposição infanto-juvenil. Utilizará também da pesquisa de natureza bibliográfica, de forma sistematizada, na busca por materiais publicados em revistas, livros e redes eletrônicas, aptos a fornecerem recursos analíticos para a discussão do problema.

O FENÔMENO SHARENTING E SEUS DESDOBRAMENTOS NA ERA DAS REDES SOCIAIS

O mundo digital se encontra cada dia mais inserido na vida dos seres humanos. Apesar da internet ter começado a se disseminar no início dos anos 1990, hoje é inconcebível imaginar um mundo sem ela, cabendo aos indivíduos, que se tornaram usuários, se adaptarem a uma realidade cada vez mais conectada e seus desdobramentos.

Com a evolução da tecnologia ao longo dos anos, criou-se um espaço virtual capaz de aumentar exponencialmente a quantidade de relações entre as pessoas que usam as redes sociais como uma extensão de suas vidas. Neste contexto, algumas práticas pelos usuários devem ser observadas com uma maior atenção por terem o condão de violar direitos fundamentais dos envolvidos de maneira nunca antes imaginada.

Para uma melhor compreensão do tema é imprescindível ter uma noção do poder da internet. De acordo com pesquisa realizada pelo IBGE, em 2019, na população de 183,3 milhões de pessoas de 10 anos ou mais de idade do país, 78,3% ou seja, 143,5 milhões utilizaram a Internet no período de referência dos últimos três meses. Destes brasileiros, o percentual dos que acessam a internet para receber e enviar mensagens de texto, voz ou imagens por aplicativos diferentes de e-mail é de 95,7% dos usuários (IBGE, 2019).

Estes números mostram a dimensão do uso da internet e traduzem o que acontece diariamente. Neste período tão conectado é muito comum que as pessoas publiquem na internet os mais variados momentos do seu dia a dia nas suas redes sociais, por meio de

publicações de textos, fotos e vídeos. Tais publicações servem como uma forma de comunicação entre as pessoas, permitindo que os usuários compartilhem com os demais detalhes da sua vida.

Devido a importância dos filhos para seus pais ou responsáveis, torna-se cada vez mais habitual o compartilhamento da vida destes por seus genitores na internet, de tal forma que com frequência são publicadas fotos e vídeos de crianças e adolescentes nas mais variadas situações nas redes sociais. Mas, como tudo na vida, o exagero e a falta de cautela podem trazer problemas e impactos negativos para o presente e o futuro dessas menores.

Diante do exposto, um fenômeno conhecido como “Sharenting” vem chamando bastante atenção, pois da sua prática surge um problema jurídico que diz respeito a ameaça de direitos personalíssimos de crianças e adolescentes por quem possui o poder familiar, e, portanto, quem deveria zelá-los, garantindo com absoluta prioridade os direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro a estes menores.

O fenômeno é representado pelo termo “Sharenting” que é uma expressão da Língua Inglesa que decorre da união das palavras “share” (compartilhar) e “parenting” (cuidar, no sentido de exercer o poder familiar), e é utilizada, como bem descreve Eberlin (2017), para retratar o hábito dos pais ou responsáveis legais de postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob a sua tutela em aplicações de internet.

Alertam Tepedino e Teixeira (2021) que é imprescindível que os próprios pais saibam a medida de expor seus filhos ao ambiente virtual em suas redes sociais para que não comentam o excesso de exposição de seus filhos, pois além da violação de direitos como imagem e privacidade destes menores, tanto no presente, como no futuro, há a possibilidade de outras consequências, como o roubo de dados e informações que poderão ser utilizados para diversos fins.

Entender as consequências dessa prática abre espaço para questionarmos até que ponto o poder familiar confere aos pais o direito de dispor de direitos personalíssimos das suas crianças e adolescentes, e se para um melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se haver um limite ao direito de expressão, aqui vinculado ao ato de compartilhar dos pais quanto às informações que dizem respeito às suas vidas e, consequentemente, dos seus filhos menores que se encontram sob sua proteção.

Em uma sociedade de informação onde cada vez mais as pessoas criam perfis em redes sociais, torna-se quase que impossível pensar em uma vida desconectada da internet e sem compartilhamentos. Redes sociais que hoje já existem, tais como Facebook e Instagram, são tidas por grande parte da sociedade como uma extensão do mundo real, onde os

**SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS
PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO
COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS
REDES SOCIAIS**

indivíduos compartilham suas mais diversas experiências, mantendo relações já existentes no mundo físico e criando outras novas no virtual.

Os motivos que levam os pais a compartilharem tantas informações sobre as suas crianças e adolescentes são dos mais variados possíveis, que vão desde a tentativa de diminuir a distância física entre seus filhos e outros familiares, até mesmo para servir como uma autopromoção diante de seus pares.

Uma pesquisa realizada com uma amostra de 569 pais de crianças de 0 a 4 anos no final do ano de 2014 para o Hospital Infantil CS Mott da Universidade de Michigan revelou que 72% dos pais utilizam as mídias sociais pois avaliam que são úteis para fazê-los sentirem que não estão sozinhos, enquanto outros 70% usam para aprender o que não fazer e 67% para obter conselhos de pais mais experientes (C.S. MOTT CHILDREN'S HOSPITAL, 2015).

Porém, apesar das boas intenções e motivos que levam a esse compartilhamento e consequente exposição, este comportamento, a depender da forma como acontece, pode vir a gerar um conflito de direitos de personalidade: de um lado, o direito do menor à imagem e à reserva da vida privada, e do outro, o direito do responsável de exercer sua liberdade de expressão.

Compartilhar, ou não, é uma decisão dos pais que possuem o direito de decidir livremente sobre o planejamento familiar, vide parágrafo 7º do artigo 226 da Carta Magna, mas se a decisão é por postar fotos, vídeos e informações dos seus filhos, os pais devem estar atentos aos conteúdos que estão sendo compartilhados nas redes sociais, pois poderão representar uma violação de direitos garantidos a esses menores, principalmente se são sem o consentimento dos filhos.

O estudo Civility, Safety and Interaction Online — 2019 (Civildade, Segurança e Interações Online, em tradução livre) realizado no ano de 2019 levantou questões de jovens entre 13 e 17 anos e de adultos entre 18 e 74 anos sobre a exposição a riscos online, entre eles, reputação, comportamento e problemas sexuais. No total foram 12.500 entrevistados, incluindo 502 brasileiros (MICROSOFT, 2020).

O estudo revelou que 42% dos adolescentes afirmaram ter problemas com seus pais postando fotos, vídeos ou informações sobre eles nas mídias sociais. Desse total, 11% dizem que é um grande problema, 14% afirmam que é uma preocupação média e 17% consideram

ser uma questão pequena. Os dados mostram que por mais que os responsáveis achem interessante, engraçado e até mesmo necessário postarem sobre seus filhos, é imprescindível entender como essa prática pode ir contra a vontade e o melhor interesse dos tutelados.

A tecer considerações sobre o direito de privacidade de crianças e adolescentes na era das mídias sociais, Steinberg (2017), aponta que o sharenting pode expor os menores a constrangimentos tanto no presente, como no futuro em razão de histórias, fotografias ou comentários divulgados na web que podem ser considerados embaraçosos por estes.

Como bem pontua Marum (2020) os perigos do sharenting são subestimados pelos responsáveis, que deveriam, em primeira mão, zelar pela saúde, educação e segurança do filho menor. Como exemplo, traz que há por parte de alguns pais a ideia ilusória de estarem protegidos por ferramentas que selecionam quem terá acesso às informações postadas. Essa postura mostra como há um desconhecimento sobre o alcance das informações inseridas na internet.

Em Steinberg (2017) vemos um exemplo de como o compartilhamento de informações pelos responsáveis pode ocasionar em situações desfavoráveis: uma mãe moradora de Paris postou uma foto de sua filha numa rede social e um tempo depois recebeu um link de um desconhecido que usava a foto postada dizendo que a criança era sua filha. Outro caso mencionado foi de uma mãe que descobriu uma página compartilhando a foto de suas filhas que ela havia postado, e que permitia que as pessoas que tivessem acesso pudessem obter informações sobre suas filhas, como nome e endereço.

Diante das inúmeras possibilidades e perigos, Eberlin (2017) chama atenção para os interesses sobre os dados que acabam sendo divulgados por essa exposição dos menores, que vão desde a curiosidade, passando pelos crimes ligados à pedofilia, até o objetivo de realizar práticas comerciais de venda de dados dos menores. Publicações que contenham dados pessoais, que são, na acepção jurídica do termo, definidos como informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, segundo o artigo 5, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representam grandes riscos à integridade física- psíquica e segurança desses menores quando compartilhados de forma indevida e indiscriminada, considerando as possibilidades de vazamentos ou de exposição dessas informações. (BRASIL, 2018).

Para uma melhor compreensão do tema, interessante se faz a análise de uma publicação disponível no perfil de uma digital influencer (termo utilizado para descrever usuários que trabalham com a divulgação do seu lifestyle - tradução livre: modo de viver). O perfil em questão é de uma brasileira na rede social Instagram. Até o momento da elaboração

SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS REDES SOCIAIS

deste artigo a conta possuía 23 milhões de seguidores. O post em análise conta com mais de 6,1 milhões de curtidas e mais de 170.000 comentários e trata-se de uma publicação pela qual a influencer anuncia o nascimento da sua primeira filha (VIRGINIA, 2021).

Foi compartilhada pela mãe em seu perfil uma foto de rosto e de sua filha na sala de cirurgia. Por meio do post é possível identificar na toca que a criança está vestindo o nome da maternidade em que o parto foi realizado. Apesar de ser uma foto comum nas redes para comunicar a chegada dos tão esperados filhos, o que nos chama atenção são as informações que acompanham geralmente este tipo de posts, tais como a data e local de nascimento.

Pelo perfil da digital influencer é possível chegar à conta criada para a filha recém-nascida na rede social em questão, apesar de que, em teoria, os termos de uso da rede só permitam o uso do serviço por pessoas com no mínimo 13 anos. A conta da criança já conta com mais de 4,3 milhões de seguidores e possui fotos de diversos momentos, incluindo fotos de ultrassom de quando a filha ainda estava na barriga da mãe. Em um post que hoje conta com mais de 689. 000 mil curtidas e 4.157 comentários, foi compartilhada a imagem de um ultrassom da bebê quando estava com 14 semanas (MARIA ALICE, 2020).

A mãe em questão também possui um canal no YouTube onde compartilha por meio de vídeos mais longos o seu dia a dia. A conta possui mais de 9,6 milhões de inscritos. A partir de uma rápida pesquisa no canal foi possível descobrir o nome completo da filha, ter acesso as imagens do primeiro ultrassom da criança e visualizar o vídeo do momento que foi revelado, ao vivo, o sexo da criança, que hoje já soma mais de 12 milhões de visualizações e mais de 1 milhão de curtidas. Além desses momentos compartilhados, há vídeos da criança tomando as primeiras vacinas e fazendo o teste do pezinho (FONSECA, 2021a, 2021b, 2021c, 2021d).

A situação narrada demonstra uma clara situação de sharenting e nos faz refletir sobre os possíveis desdobramentos deste fenômeno tão atual e crescente. O compartilhamento de fotos e vídeos nas redes sociais por pais podem fornecer informações que permitam a identificação de seus filhos menores no mundo real.

Um estudo produzido em conjunto entre o Instituto Alana e InternetLab alerta sobre os riscos à privacidade de crianças e adolescentes no Brasil, destacando como o uso desses dados pessoais podem ser utilizados para fins de exploração comercial, servindo, por exemplo, para direcionar propagandas de acordo com o perfil de cada criança e adolescentes.

Alerta ainda para modelos de negócios baseados em dados, que se baseiam principalmente em técnicas de perfilamento e microsegmentação, que são, por natureza, invasivos ao direito à privacidade (INSTITUTO ALANA, INTERNETLAB, 2020).

Apesar da boa intenção ao compartilharem informações sobre seus filhos nas redes sociais, os pais ou responsáveis legais – os detentores do poder familiar- precisam estar cientes das possíveis consequências, que transcendem, como bem destacou Marum (2020), a esfera de riscos à integridade física e psíquica do menor, confrontando também os direitos fundamentais de personalidade destas pessoas, que são garantidos pela Teoria da Proteção Integral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, diante dos inúmeros desdobramentos possíveis aqui abordados decorrentes da prática do sharenting, em especial a possibilidade de violação de direitos fundamentais como imagem e privacidade dessas crianças e adolescentes por seus pais, parte-se para o estudo dos direitos garantidos a esses sujeitos em busca de responder os questionamentos levantados.

O RECONHECIMENTO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITOS ESPECIAIS

É inquestionável que crianças e adolescentes sejam sujeitos de direito, afinal, determina a Constituição Brasileira que o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade jurídica. Entretanto, a questão é que, como esclarece Marum (2020) apesar de terem a personalidade jurídica, os menores padecem de uma incapacidade geral de exercícios, possuindo os pais o poder e dever de representar os seus filhos, devendo zelar pelo melhor interesse destes.

Embora hoje estes sujeitos possuem direitos garantidos e assegurados, destaca-se que nem sempre foi assim. Houve um tempo em que os filhos eram considerados propriedade do pai de família. O código de Hamurabi, como bem exemplifica Harari (2015, p. 127), criado pelo Rei Babilônico de mesmo nome, por volta de 1776 a.C., estabelecia uma hierarquia estrita no interior das famílias, com a qual as crianças não eram pessoas independentes, e sim propriedades dos seus pais:

Se um homem superior matasse a filha de outro homem superior, a filha do assassino deveria ser executada em punição. Para nós pode parecer estranho que o assassino permaneça incólume enquanto sua filha inocente é morta, mas para Hamurabi e os babilônios isso parecia perfeitamente justo.

No Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje e diante do grau de

SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS REDES SOCIAIS

amadurecimento que os direitos desses menores já conquistaram é inconcebível imaginar uma criança ou adolescente sendo punido pelo Estado, ainda mais nos moldes relatados acima e, ainda por cima, por um crime cometido por um de seus pais.

Com o passar dos séculos, grandes transformações aconteceram nas sociedades e suas culturas, refletindo novos paradigmas. Traz Moraes (2019), que com Rousseau teve início uma espécie de movimento de libertação infantil. Assim, a ideia de que as crianças possuem direitos, embora lentamente, espalhou-se pela Europa e no séc. XIX e surgiram os primeiros movimentos pelos direitos das crianças de serem crianças.

Para uma melhor compreensão do tema diante do prisma jurídico há que se analisar os princípios norteadores do direito infanto-juvenil. Esses princípios têm por finalidade garantir uma coesão lógica às normas jurídicas e constitucionais de uma determinada área de estudo e exercício do direito, indicando as bases a serem utilizadas em casos onde haja conflitos ou até mesmo ausência de normas específicas diante de um determinado caso concreto (ZAPATER, 2019).

Por meio de pesquisa bibliográfica na doutrina nacional, destacam-se 3 princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente. São eles: Princípio da prioridade absoluta, princípio do superior interesse, princípio da proteção integral. O primeiro princípio destacado é o da prioridade absoluta, que estabelece a primazia em favor da criança e do adolescente em todas as esferas de interesse, seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar (MACIEL, 2018).

Indica o princípio em questão que o interesse de crianças e adolescentes deve preponderar, pois leva em consideração que estes são pessoas mais vulneráveis por se encontram em uma fase de formação, traduzindo-se em um período especial de desenvolvimento, possuindo desta forma uma certa fragilidade se comparados com os adultos, merecendo, portanto, uma prioridade absoluta em relação a estes.

É certo que todos possuem o direito à vida, à integridade física, à saúde, à segurança, independentemente da idade, gênero e raça. O que o princípio em questão aponta é que os menores, devido a uma condição de fragilidade e vulnerabilidade diretamente relacionada à idade, sejam contemplados com uma prioridade absoluta, com vistas a garantir-lhes o melhor desenvolvimento. Sendo assim, precisam ser tratados em primeiríssimo lugar em todos os aspectos. Essa preferência é um respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

e com âmbito reduzido de autonomia e ingerência de si próprio (ZAPATER, 2019).

O segundo princípio norteador é o do superior interesse da criança e do adolescente. Explana Maciel (2018) que este determina a primazia das necessidades da criança do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para a elaboração de novas regras, de tal forma que na análise de um caso concreto envolvendo crianças e adolescentes, deve, acima de todas as circunstâncias jurídicas e fáticas, analisar e considerar o interesse superior desses sujeitos.

Esse princípio que também é denominado por alguns autores como princípio do melhor interesse, deve ser utilizado como uma regra de interpretação para que as aplicações das normas jurídicas levem em consideração em primeiro lugar não necessariamente uma preservação da família ou da sociedade, e sim os interesses desses menores, que apesar da condição de dependente legais devem ter seus interesses considerados (ZAPATER, 2019).

Portanto, o entendimento a ser dado ao interesse superior, de acordo com o princípio em questão, não é o que o julgador ou aplicador da lei entende que é o melhor para a criança ou adolescente, mas sim o que de maneira objetiva e fática atende aos seus direitos fundamentais em maior grau possível (MACIEL, 2018). O princípio em comento orienta então para uma análise voltada também para o interesse subjetivo da criança e adolescente, devendo o operador do direito levar em consideração o interesse demonstrado pelo menor, respeitando, é claro, o nível de amadurecimento e discernimento deste.

Por último, destaca-se o princípio da proteção integral, que tem como objetivo orientar o direito infanto-juvenil a garantir um desenvolvimento físico, psicológico, moral, espiritual e social destes menores em condições de liberdade e dignidade (CUSTÓDIO, 2006). Nesse sentido, devem ser assegurados direitos específicos com o intuito de assegurar-lhes o crescimento, desenvolvimento permitindo-lhes que no futuro possam atingir suas potencialidades, tornando-se cidadãos adultos dignos e livres. Este princípio ainda contempla a orientação de que a responsabilidade por garantir o cumprimento dessa proteção integral deve ser partilhada entre Família, Sociedade e Estado (ZAPATER, 2019).

Compreendidos alguns dos princípios norteadores do direito infanto-juvenil, fundamentais para o entendimento do assunto, parte-se para o processo de consolidação deste ramo no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com Zapater (2019), foi na Constituição de 1988 que pela primeira vez um texto constitucional trouxe dispositivos específicos reconhecendo os direitos de crianças e adolescentes, consagrando-os como sujeitos de direito. Esse reconhecimento retira de cena a Doutrina da Situação Irregular, de caráter filantrópico e assistencial, que existia até então, dando lugar a Doutrina da Proteção

SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS REDES SOCIAIS

Integral, transformando as crianças e adolescentes em sujeitos titulares de direitos subjetivos (MACIEL, 2018).

A Carta Magna em questão, por meio de capítulo voltado especialmente para a Família, Criança, Adolescente, Jovem e Idoso, no seu artigo 227, reconheceu os direitos fundamentais dos menores em questão, atribuindo-lhes o status de prioridade absoluta e conferindo a responsabilidade não somente à família, mas também ao Estado e à Sociedade de assegurar sua efetivação (CUSTÓDIO, 2015).

O reconhecimento desse status de prioridade absoluta serviu como base para a sedimentação desses indivíduos como sujeitos de direito em caráter especial devido a sua condição de pessoas em desenvolvimento. Outro ponto que merece atenção é a forma como o constituinte atribuiu de forma extensiva o dever de proteger esses menores, imputando não somente a Família, mas também ao Estado e a Sociedade o dever de assegurar os direitos fundamentais, tais como à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, à liberdade, além de colocar essas crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Destaca-se que toda essa proteção não é sem fundamento. Há uma razão para tanta preocupação do legislador, encontrando sua razão de ser na condição peculiar de desenvolvimento em que se encontram os menores, gerando direitos específicos para esse grupo, bem como os deveres correspondentes para os adultos de forma geral (ZAPATER, 2019). A Constituição de 1988 trouxe uma nítida evolução no ordenamento jurídico brasileiro quanto à proteção e papel dos menores com a introdução da Teoria da Proteção Integral.

Antes da Carta Magna introduzir a teoria em questão, as crianças e adolescentes eram amparados pelo Código de menores, de 10 de outubro de 1979, que adotava a doutrina da Situação Irregular, que, mantendo a linha das constituições anteriores, não reconhecia os menores como sujeitos de direito, estabelecendo apenas uma postura assistencialista aos que se encontrassem em situação irregular.

Como bem pontua Zapater (2019, p. n.p), o código foi “[...] a instituição por lei da assistência à maternidade, à infância, a adolescência, adotando fundamento expressamente assistencialista, e não de jurisdição de direitos fundamentais”, como bem veio a fazer Constituição de 1988, que tem como previsão a absoluta prioridade dos menores. O novo

paradigma adotado com a introdução da nova teoria foi um marco significativo na ruptura das práticas políticas anteriores e serviu como estratégia para o reconhecimento da condição de sujeitos de direito e de absoluta igualdade de tratamento a todas as crianças e adolescentes (REIS; CUSTÓDIO, 2018).

A nova Teoria da Proteção Integral, destaca Custódio (2015), reconhece todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, às crianças e adolescentes, além de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em que se encontram. Salienta, ainda, que a teoria garantiu um conjunto de referenciais teóricos em relação ao direito infanto-juvenil, são alguns deles:

A criança e os adolescente como sujeito de direitos; os menores como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; a condição irregular dos adultos, da sociedade e do Estado quando crianças e adolescentes têm ameaçados ou violados os seus direitos; o papel de prestação jurisdicional no reconhecimento e efetivação dos direitos.

Esses referenciais teóricos em conjunto representam a nova teoria adotada pelo ordenamento legal brasileiro que, como enfatizado por Zapater, Custódio e Reis deu início a solidificação no sistema jurídico brasileiro de um direito autônomo voltado de fato ao atendimento dos interesses e direitos das crianças e adolescentes, levando em consideração as peculiaridades inerentes a esses sujeitos em condição especial de desenvolvimento e seu melhor interesse.

Objetivando regulamentar e dar efetividade ao novo sistema, foi promulgada, em 1990, a Lei Nº 8.069, mais conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que veio para materializar de forma orientada os comandos da Constituição de 1988 ao disciplinar, complementar e até mesmo repetir largamente os direitos e deveres infanto-juvenis. Para tanto trouxe, sob o critério etário, a delimitação desses sujeitos. De acordo com o artigo 2º desta lei considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990).

O Estatuto em questão trata-se de um microsistema aberto de regras e princípios, onde as regras fornecem a segurança necessária para delimitar as condutas, e os princípios, por sua vez, expressam os valores relevantes, fundamentando as regras (MACIEL, 2018). Fundado em três pilares básicos: 1) criança e adolescente são sujeitos de direito; 2) afirmação da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e, portanto, sujeito a uma legislação especial; 3) prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais (MACIEL, 2018). Maciel, Zapater e Custódio evidenciam que nosso ordenamento jurídico entende a condição especial desses sujeitos, havendo uma regulamentação especial que tem

SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS REDES SOCIAIS

como objetivo efetivar os preceitos constitucionais estabelecidos.

Posteriormente, corroborando com essa mudança de paradigmas e reconhecimento de direitos, tem-se o Código Civil de 2002, trazendo uma alteração significativa para essas crianças e adolescentes dentro do contexto familiar, substituindo a nomenclatura pátrio poder (que remetia à proteção dos menores somente pelo figura do pai, trazendo a ideia de uma autoridade predominantemente paterna) presente no Código Civil de 1916, por poder familiar, reconhecendo desta forma o papel da figura materna e possibilitando, mesmo que de maneira tímida, a autonomia dos menores frente aos poderes maternos e paternos (VIEIRA; CARVALHO, 2019).

A alteração do significado do poder familiar aliada ao reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos autônomos de direitos pelos diferentes diplomas proporcionou uma mudança quanto aos deveres e direitos dos sujeitos que se encontram na relação familiar (pais e filhos). Apesar da nossa legislação não ter positivado de forma expressa o princípio da capacidade progressiva, o arcabouço normativo brasileiro não exclui a possibilidade da criança e do adolescente adquirirem ao longo do amadurecimento a capacidade de decidir o que subjetivamente serviria ao seu melhor interesse.

A título exemplificativo tem-se o capítulo II do ECA que ao tratar das medidas específicas de proteção desses menores, traz no artigo 100, inciso XII o direito da participação e oitiva obrigatória, garantindo a esses sujeitos o direito de serem ouvidos e de participarem nos atos e nas definições das medidas de promoção dos seus direitos e de sua proteção.

No artigo 28 da mesma lei, que trata das disposições gerais quanto a colocação em família substituta desses menores, o Estatuto determina que estes deverão, sempre que possível, ter sua opinião considerada pela autoridade judiciária competente, respeitado o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão quanto às implicações envolvidas no processo (BRASIL, 1990).

Por todo o exposto, fica claro que há indiscutivelmente em nosso ordenamento jurídico direitos e garantias conferidos às crianças e adolescentes e estes em caráter especial diante da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Diante das possíveis consequências do sharenting, dois dos direitos de personalidade que são garantidos a essas crianças e adolescentes chamam atenção: o direito à imagem e o direito à privacidade.

Antes da análise desses dois direitos em específicos, cabe destacar que por se tratarem de direitos de personalidade, de acordo com o artigo 11 do Código Civil Brasileiro, são intransmissíveis e irrenunciáveis, com exceção dos casos previstos em lei, e que são inerentes à toda e qualquer pessoa humana, independente de idade, pois a partir do nascimento com vida há a atribuição de personalidade jurídica ao indivíduo, que adquirem direitos e deveres, incluindo os de personalidade, que estarão ligados de maneira permanente e perpétua a esses sujeitos de direito (GONÇALVES, 2016).

O caráter de intransmissibilidade e irrenunciabilidade desses direitos os tornam indisponíveis, ou seja, não podem os titulares deles disporem, transmitindo-os, abandonando-os ou renunciá-los, com exceção dos casos previstos em lei. (GONÇALVES, 2016). A Constituição Federal de 88, em seu artigo 5, inciso X determina que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

No artigo 21 da lei nº 10.406, de 2002 que institui o Código Civil brasileiro, é garantido que a vida privada da pessoa natural é inviolável, a saber: Art. 21. “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002).

Sendo a criança e o adolescente pessoa natural com personalidade jurídica, tem-se que estes são direitos que devem ser garantidos a eles. Há, ainda, previsão expressa quanto a esses direitos no artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescentes, *in verbis*: Art.100, V. “Privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada” (BRASIL, 1990).

O Estatuto, como instrumento regulamentador do direito infanto-juvenil, traz também em seu artigo 17 que o respeito à criança e ao adolescente consiste também na preservação da imagem deste:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL,1990, art. 17).

Ao destacar os dispositivos apresentados, percebe-se a influência da Teoria da Proteção Integral, pois há por parte do legislador a preocupação em deixar claro que os direitos personalíssimos também são inerentes às crianças e adolescentes, incluindo de maneira expressa nesse rol, que não é taxativo, os direitos de imagem e privacidade. Diante

**SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS
PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO
COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS
REDES SOCIAIS**

da condição de sujeitos de direito, em caráter especial pela condição de pessoas em desenvolvimento, dando ênfase aos direitos de imagem e privacidade, parte-se para o último tópico do artigo, onde a hipótese levantada na introdução será respondida.

**A PRÁTICA DO SHARENTING COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS
PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, vide parágrafo 7º do artigo 226, sendo assim, cabe aos pais o direito de decidir como será a relação entre seus filhos e a internet, incluindo aqui a decisão da exposição ou não desses menores nas redes sociais e a forma como será feito.

Entretanto, apesar de os pais estarem no seu direito de postarem fotos, vídeos e informações de seus filhos, a depender de como esse compartilhamento é feito, entende-se que há sim uma violação aos direitos personalíssimos de privacidade e imagem dos filhos menores, pois a partir do momento em que os pais decidem expor os seus filhos menores nas redes sociais, mesmo que o conteúdo tenha sido compartilhado sem intenção de ofender, há a possibilidade de uma afronta a própria dignidade do menor e consequente violação dos direitos em questão.

Essa violação pode ocorrer quando há por parte dos pais um comportamento um tanto quanto negligente quanto ao conteúdo compartilhado nas suas redes sociais sobre seus filhos. Essa violação pode ocorrer através do compartilhamento de fotos, vídeos e dados que por conta do seu conteúdo, ou por falta de consentimento (quando possível) podem colocar em risco a segurança e integridade física e moral dos filhos, tanto no presente como no futuro.

Em maio de 2017, em um processo complexo que tramitou no judiciário italiano, embora outras questões tenham sido discutidas no curso da demanda, uma merece destaque: a mãe de um adolescente de 16 anos foi condenada a remover das suas redes sociais fotos e informações do seu filho. Determinou o juiz do caso que a mãe do menor removesse publicações feitas no Instagram e Facebook que envolviam o menor, reiterando uma decisão anterior que ordenava que a progenitora parasse de postar dados pessoais do filho, além de apagar o que já tinha publicado anteriormente (COUTINHO, 2020).

Alegou o adolescente nas oitivas feitas pelo juiz, expressando sua opinião quanto às

publicações feitas pela mãe, que ficava aborrecido com o fato de que ele passava por doente e que os seus colegas estavam cientes do que era publicado na internet sobre ele. Ainda acrescentou o menor que tinha o desejo de estudar em outro país, visando ter uma vida normal, mais oportunidades de emprego, questionando sua situação na Itália onde todos estavam a par da sua história (COUTINHO, 2020).

No dia 23 de dezembro de 2017, o Tribunal de Roma, além de obrigar a mãe a remover as fotos do seu filho, a condenou a um pagamento de uma multa pecuniária ao menor. O fundamento legal que motivou a decisão do juiz está presente no artigo 96 da Lei n.º 633/1941 sobre direitos autorais que estabelece que o retrato de uma pessoa não pode ser exibido sem o seu consentimento, salvo em algumas exceções (COUTINHO, 2020).

O caso em comento deixa claro a necessidade da reflexão quanto antes sobre as possíveis consequências do sharenting tanto na vida das crianças e adolescentes, como para aqueles que violam os direitos personalíssimos desses menores. Entende-se que o compartilhamento de fotos, vídeos e informações ocorre como uma consequência da sociedade digital atual, mas apesar de ser um direito de manifestação dos pais há que se pensar nas possíveis consequências desta ação.

Carece de uma maior atenção os casos onde nem mesmo há a preocupação de obter o consentimento desses menores, seja pela questão da idade (no caso de crianças que ainda não possuem a capacidade de compreender o que está sendo compartilhado e dessa forma emitir sua opinião), ou no caso dos pais nem mesmo pedir a permissão do filho (a), partindo do pressuposto de que essa é uma decisão que não precisa do consentimento do menor.

O que torna a situação ainda mais grave é que essa violação de direitos fundamentais é feita por quem tem legalmente o dever de colocar essas crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, como assim estabelece o artigo 227 da Constituição (BRASIL, 1998).

Entende-se, levando em consideração os princípios e diplomas legais apresentados, que essas crianças e adolescentes não são mera extensão da vida dos seus pais, o que não permite que esses tenham liberdade para gozar de maneira deliberada dos direitos desses menores. Essas crianças e adolescentes a partir do seu nascimento adquiriram uma personalidade, que irá se desenvolver ao longo dos anos. Ter sua intimidade exposta de forma indiscriminada pela prática do sharenting antes mesmo de ter a capacidade de opinar quanto a essa exposição, ou quando já tendo essa capacidade, não ter sua opinião levada em consideração, é uma violação aos seus direitos fundamentais.

Portanto, para haver um real amparo dessas crianças e adolescentes, necessário se faz

**SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS
PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO
COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS
REDES SOCIAIS**

considerar o direito infanto-juvenil aliado ao direito de família, estabelecendo que dentro das relações familiares, devem prevalecer relações coordenadas e orientadas pela solidariedade entre todos os seus membros (VIEIRA; CARVALHO, 2019).

Essa ideia é uma consequência dos avanços sociais e doutrinários que se voltam para um contexto onde a autonomia da vontade dessas crianças e adolescentes precisam ser ouvidas, pois, apesar de serem sujeitos que ainda não atingiram sua capacidade civil plena, possuem ao longo do seu desenvolvimento psíquico e moral a capacidade de se manifestarem quanto os fatos que os envolvem, sendo imprescindível que haja a participação desses sujeitos nos processos de tomadas de decisões que os envolvem.

CONCLUSÃO

O presente artigo tinha como proposta trazer para o âmbito do debate jurídico o estudo e análise do fenômeno sharenting, expressão em inglês utilizada para descrever o hábito dos pais de postarem fotos, vídeos e informações de seus filhos menores nas redes sociais, e a partir deste entendimento, analisar a possibilidade, ou não, de violações dos direitos personalíssimos dessas crianças e adolescentes, dando ênfase aos direitos de imagem e privacidade.

Para tanto, analisou-se em que consiste o fenômeno em questão, levando em consideração o papel dos pais como protetores dos seus filhos e seus interesses, as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos especiais e as possíveis consequências desse compartilhamento, que vão desde perigos relacionados a roubo de dados até exposições de imagens, informações que não levam em consideração o melhor interesse dos menores. Buscando uma maior profundidade quanto ao tema, o presente artigo deu um enfoque principalmente as possíveis lesões aos direitos personalíssimos dessas crianças e adolescentes.

Para tanto levou-se em consideração a exposição dos filhos feita pelos pais de forma indesejada, e/ou sem consentimento e aquelas feitas antes mesmo do filho (a) ser capaz de compreender as consequências e expressar sua opinião quanto ao fato. Fica claro ao final que, diante das possíveis consequências, como exposição de situações consideradas vexatórias, embaraçosas e a condição de sujeitos de direito que os filhos menores ocupam, há sim uma violação dos direitos personalíssimos a depender da forma em que foram

expostos.

O ordenamento jurídico adota a Teoria da Proteção Integral, de tal forma que crianças e adolescentes gozam de um status de prioridade absoluta, devendo assim seus interesses preponderarem, levando em consideração que são os indivíduos mais vulneráveis por se encontrarem em uma fase de formação. Além disso, o princípio do superior interesse, pilar do direito infanto-juvenil, orienta para um direito voltado para o interesse subjetivo da criança e adolescente, devendo o operador do direito levar em conta o interesse demonstrado pelo menor, respeitando, é claro, o nível de amadurecimento e discernimento deste.

A proteção dos direitos infanto-juvenis é um dever não somente dos pais, mas do Estado e da Sociedade, cabendo a todos a proteção desses menores, de tal forma que nenhuma criança ou adolescente seja objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo possível a punição na forma da lei a qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Sendo assim, diante de possíveis violações dos direitos personalíssimos dessas crianças e adolescentes pela prática do sharenting é dever de todos assegurar a imediata proteção desses menores e reparação desses danos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 mai. 2021.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044. Acesso em: 17 mai. 2021.

BRASIL. 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, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 17 mai. 2021.

C.S. MOTT CHILDREN'S HOSPITAL. National poll on children's health. **Parents on social media**: Likes and dislikes of Sharenting. Michigan: University of Michigan, 2015.

**SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS
PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO
COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS
REDES SOCIAIS**

Disponível em: https://mottpoll.org/sites/default/files/documents/031615_sharenting_0.pdf.
Acesso em: 17 jun. 2021.

COUTINHO, A. de C. P. A proteção da reserva da vida privada de menores enquanto **dever parental, em especial na era digital**. 2020. 61f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas – Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2020.

CUSTÓDIO, V. A. Os novos direitos da criança e do adolescente. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 7, n. 1, p. 7-28, set. 2015.

EBERLIN, F. B. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: O papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 256-274, dez. 2017.

FIGUEIREDO, P. A proteção jurídica da criança e do adolescente e sua fonte normativa. *Prisma Juridico*, v. 5, p. 309-326, jan. 2006.

FONSECA, V. Chá Revelação - Virginia e Zé Felipe. **Youtube**, 28 nov. 2020. 1 vídeo (2:16:35hrs). Publicado pelo canal: Virgínia Fonseca. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VZ6WoPPuDz8&t=269s>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FONSECA, V. Fizemos o teste do pezinho na Maria Alice!! **Youtube**, 05 jun. 2021a. 1 vídeo (12:09min). Publicado pelo canal: Virgínia Fonseca. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KXjz8p1YV34>. Acesso em: 12 jun. 2021.

FONSECA, V. Maria Alice tomou as primeiras vacinas!! **Youtube**, 09 jun. 2021b. 1 vídeo (13:47min). Publicado pelo canal: Virgínia Fonseca. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oR6X2wpSJ1Q>. Acesso em: 12 jun. 2021.

FONSECA, V. O Zé registrou a Maria Alice e revelamos o nome completo dela!!! **Youtube**, 08 jun. 2021c. 1 vídeo (15:38 min). Publicado pelo canal: Virgínia Fonseca. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XRooMuxx6lQ>. Acesso em: 12 jun. 2021.

FONSECA, V. Primeiro ultrassom do nosso bebê!! **Youtube**, 11 out. 2020d. 1 vídeo (11:38 min). Publicado pelo canal: Virgínia Fonseca. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o3q0z7uTrJc>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. vol 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016.

HARARI, Y. N. **Uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa nacional por amostra de domicílio. **Acesso à internet e a televisão e posse de telefone móvel celular para uso**
Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.3, N.1, jul/jun, 2022. ISSN:2526-7817

peçoal 2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf . Acesso em: 12 abr. 2021.

INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB. **O direito das crianças à privacidade:** obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da autodeterminação informacional das crianças no Brasil. Contribuição conjunta para o relator especial sobre o direito à privacidade da ONU. São Paulo: Instituto Alana; InternetLab, 2020.

LEAVER, T. Equilíbrio de privacidade. **The Routledge Companion to Digital Media and Children.** Reino Unido: Taylor & Francis Group, 2020.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

MARIA ALICE. Oi gente! Essa sou eu com 14 semanas na barriguinha da minha mamãe. **Youtube**, 10 dez. 2020. Instagram: @mariaalice. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CIo0ThHj5c/>. Acesso em: 01 jul. 2021.

MARUM, M. G. D. **O direito à privacidade ameaçado pelo sharenting:** podem os pais serem responsabilizados civilmente à luz do direito civil português?. 2020. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2020

MICROSOFT. **Civility, Safety & Interaction Online.** Washington, EUA: Microsoft, 2019. Disponível em: <https://news.microsoft.com/wp-content/uploads/prod/sites/421/2020/02/Digital-Civility-2020-Global-Report.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021.

MORAES, M. C. B. de. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Civilistica.com.**, v. 7, n. 3, p. 1-43, jan. 2019.

REIS, S. CUSTÓDIO, A. Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral. **Justiça do Direito**, v. 31, n. 3, p. 621-659, 2018.

STEINBERG, S. B. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. **Emory LJ**, v. 66, n. 1, p. 839- 884, jan. 2017.

TEPEDINO, G.; TEIXEIRA, A. C. **Fundamentos do Direito Civil:** Direito de Família. vol. 6. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

VIEIRA, D. P. de C.; CARVLHO, K. A. B. de. O problema da capacidade jurídica da pessoa absolutamente incapaz: a autonomia da vontade do menor nas relações existenciais. **Quaestio Iuris**, v. 12, n. 3, p. 629-655, 2019.

VIRGINIA. Minha princesinha, te amo. **Instagram**, 31 mai. 2021. Instagram: @virginia. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CPiwCS7Fxp0/>. Acesso em: 01 jul. 2021.

ZAPATER, M. **Direito da criança e do Adolescente.** São Paulo: Saraiva Educação SA,

**SHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES: AMEAÇA AOS DIREITOS
PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELO
COMPARTILHAMENTO EXCESSIVO DE DADOS POR SEUS PAIS NAS
REDES SOCIAIS**

2019.

DISCURSO DE ÓDIO E EFEITO RESFRIADOR: AS MINORIAS COMO CONSTANTES ALVOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS¹

Brendo Teófilo Emanuel Rocha Paz²

RESUMO: O presente artigo busca realizar uma abordagem conceitual acerca do chamado discurso de ódio (*hate speech*), bem como acerca de sua possível inserção no âmbito da liberdade de expressão, direito fundamental insculpido na Constituição Federal de 1988. Analisa, nesse contexto, se o *hate speech* seria na verdade uma ameaça ao debate democrático, na vertente de diminuição da participação dos grupos minoritários nos espaços de decisão, à luz sobretudo do efeito resfriador, que afeta especialmente essas coletividades, culminando em violações de direitos humanos. A fim de cumprir tal finalidade, adota-se uma pesquisa bibliográfica, complementada com dados jurisprudenciais brasileiros e convencionais dos quais o país é signatário. Com esse viés, à luz do regime democrático e pluralista, buscado pela Carta Magna, expõe-se que os grupos minoritários, historicamente alijados do espaço de ideias, se tornam ainda mais distantes e afetados com a propagação do discurso de ódio. Além do mais, os danos ocasionados se manifestam de forma difusa, em que o grupo em si considerado é atingido, porém as pessoas pertencentes são atacadas de formas e proporções diferentes. Como conclusão, se expõe que o *hate speech* não está no âmbito do exercício legítimo da liberdade de expressão consagrada no ordenamento jurídico brasileiro e, ao contrário, diante de sua propagação, os pilares do regime democrático-brasileiro encontram-se em risco, uma vez que torna o ambiente hostil, propício para violações de direitos humanos e esvazia o caráter comunicativo do direito fundamental à liberdade de expressão.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Grupos minoritários. Efeito Resfriador.

¹ Recebido em 05/08/2021
Aprovado em 09/06/2022

² Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí, pós-graduando em direitos difusos e coletivos pelo curso CEI, Assistente de Magistrada no TJ/PI, brendomanuelpaz@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Remonta-se à Aristóteles o célebre entendimento de que o ser humano é social por sua própria natureza e, inserido nesse contexto, necessita pertencer a uma coletividade para sua sobrevivência. Como efetivação dessa característica, uma das formas essenciais de desenvolvimento pleno da personalidade humana, a livre expressão de ideias, ganha especial relevo. Não à toa, a citada temática sempre está na ordem do dia, seja nos debates acadêmicos, filosóficos, políticos, doutrinários e jurisprudenciais, seja nas Cortes Nacionais ou Internacionais.

Nessa vertente, o presente artigo visa a realizar uma abordagem conceitual e crítica acerca do chamado discurso de ódio, bem como de sua possível inserção no âmbito da liberdade de expressão, insculpida na Constituição Federal de 1988. Serão analisados ainda se citado fenômeno seria na verdade uma ameaça ao debate democrático, sobretudo na vertente de diminuição de participação dos grupos minoritários nos espaços de decisão, à luz do fenômeno conhecido como “efeito resfriador”.

Faz-se necessário abordar de maneira crítica acerca da propagação cada vez maior de ideais discriminatórios, que fazem com que os pilares do regime democrático brasileiro estejam em risco, uma vez que as manifestações de ódio tornam o ambiente hostil e propício para violações de direitos humanos. Menciona-se ainda que os citados discursos atingem sobremaneira os grupos historicamente vulneráveis, que desde a construção da sociedade brasileira encontram-se alijados dos espaços decisórios de destaque, aumentando ainda mais o fosso da desigualdade.

1. LINHAS CONTEXTUAIS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

Liberdade de expressão é, em sua essência, um direito individual com vertentes distintas e ao mesmo tempo complementares: se por um lado busca tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, por outro visa a assegurar a livre comunicação de fatos e o direito a deles ser informado³. Percebe-se assim, que ao mesmo tempo em que se manifesta como verdadeiro meio para o desenvolvimento da personalidade, a sua proteção busca efetivar o interesse público na harmonização de juízos, mormente considerando a sociedade plural e democrática concebida pela Carta Magna de 1988.

³ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”, in Temas de direito constitucional, tomo III, 2005, p. 79-129.

DISCURSO DE ÓDIO E EFEITO RESFRIADOR: AS MINORIAS COMO CONSTANTES ALVOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

A livre manifestação do pensamento, como direito fundamental que é, não surgiu simplesmente “do nada”, não se efetivou pelo simples “cair da árvore”, assim como as frutas maduras o fazem. Pelo contrário, foi sendo implementada e reconhecida de forma gradual, conforme o âmbito histórico, político, filosófico e a partir de certos acontecimentos e debates, que propiciaram seu reconhecimento. A essa característica, a doutrina denomina como historicidade e, parafraseando Norberto Bobbio, a liberdade de expressão é uma “conquista da sociedade”⁴.

No Brasil, possui status de direito fundamental desde a Constituição do Império, em 1824, sendo confirmada essa classificação em todas as Constituições até então vigentes. Com o fito de contextualizar o leitor, não sendo o propósito deste estudo esgotar o tema, é cabível destacar que nem sempre na história brasileira esse direito fundamental foi efetivado de forma plena. No período ditatorial militar, nos idos de 1964-1985 (sim, a história narra e conta que foi uma ditadura!), a liberdade de expressão só poderia ser exercida em conformidade com os ditames do poder em exercício. Caso contrário, o cidadão poderia pagar até mesmo com a sua vida, tudo sob o pretexto da segurança nacional e da ordem pública.

Um período obscuro da história brasileira em que ocorreram as mais diversas violações de direitos humanos e até mesmo “exportações” de métodos de tortura, como o “pau de arara”, sendo necessário o reconhecimento dos acontecimentos, a fim de que a sociedade possa superar esse legado macabro, mormente porque um povo sem passado é um povo sem futuro. Seguindo as diretrizes da Organização das Nações Unidas (ONU), o Ministério Público Federal possui atuação temática e sobremaneira destacada no âmbito da justiça de transição⁵ e da Comissão Nacional da Verdade.

Superadas essas premissas, o marco normativo sobre a liberdade de expressão, foi a entrada em vigor da Carta Magna de 1988 que a torna um pilar da busca de uma sociedade plural e democrática, com resguardo em seu artigo 5º, IV, sendo ainda definida como cláusula pétrea (art. 60, §4º, CF). Reiterando a proteção, o artigo 220 do referido diploma legal assegura que a manifestação do pensamento não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto na Constituição.

Em contraposição, pela própria Constituição Federal, percebe-se que a liberdade de expressão não possui caráter absoluto, sendo alguns limites expostos na própria Carta Magna,

⁴ BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Brasília: Editora Universitária, 2004.

⁵ Conjunto de processos e mecanismos relacionados com os esforços de uma sociedade para superar um legado de graves violações de direitos humanos cometidos em larga escala no passado, a fim de assegurar responsabilização, a administração da justiça e a reconciliação.

dentre eles: vedação do anonimato (art. 5º, IV); direito de resposta (art. 5º, V); restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); classificação indicativa (art. 21, XVI); e dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

Em nome dessa reconhecida posição preferencial no ordenamento jurídico brasileiro, há intensos debates acerca da proteção ou não do chamado discurso de ódio (*hate speech*), circundando a polêmica sobre a existência ou não de limites a esse direito fundamental e até que ponto tais barreiras não lhe imporiam um verdadeiro não-exercício. Por outro lado, é consabido que outros valores possuem resguardo constitucional, tais como, a privacidade, a honra e, aqui neste ensaio, destacado de forma mais veemente, a igualdade material como forma de exercício de direitos de grupos minoritários.

Nesse diapasão, sobremaneira importante a contextualização a partir do conceito de *hate speech*, à luz do Direito comparado e dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos.

2. CONCEITUANDO O DISCURSO DE ÓDIO (*HATE SPEECH*)

O discurso de ódio (*hate speech*) é conceituado como sendo manifestação de desprezo, intolerância ou ódio contra determinados grupos, com fundamento em preconceitos das mais diversas origens, tais como, etnia, raça, religião, orientação sexual, deficiência física ou mental, de modo a incitar a violência ou outros tipos de violação de direitos. Nesse sentido, é cabível transcrever o seguinte trecho do voto histórico do Eminentíssimo Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello quando do julgamento da ADO 26/DF:

À liberdade religiosa se aplica integralmente o célebre ensinamento do Professor de Oxford, ISAIAH BERLIN, exposto em uma palestra em 1958, que fez uma dicotomia entre liberdade de expressão negativa e liberdade de expressão positiva, afirmando que a essência da liberdade de expressão negativa é a possibilidade de ofender, o que jamais se confunde com o discurso de ódio. DWORKIN, após citar a palestra, analisa a questão da liberdade de expressão, colocando que o ideal seria que as formas de expressão sempre fossem heroicas mas defende a necessidade de proteção das manifestações de mau gosto, aquelas feitas inclusive erroneamente (O Direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 345, 351 es). Obviamente, a proteção

DISCURSO DE ÓDIO E EFEITO RESFRIADOR: AS MINORIAS COMO CONSTANTES ALVOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

constitucional à liberdade religiosa, assim como a liberdade de expressão, não admite o discurso de ódio, que abrange, inclusive, declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários⁶.

No mesmo sentido, André de Carvalho Ramos, após conceituar o discurso de ódio, destaca a importância do seu debate no cenário brasileiro:

O discurso de ódio (*hate speech*) consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, à violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem. Essa terminologia acadêmica é de extrema atualidade no Brasil e em diversos países no mundo, em face do discurso neonazista, antissemita, islamofóbico, entre outras manifestações de pensamento odiosas. O STF debateu essa situação no chamado “Caso Ellwanger”, no qual, entre outros temas, discutiram-se os limites da liberdade de expressão e seu alcance em relação à publicação de obras antissemitas. De acordo com a maioria dos votos (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que valorizam a liberdade de expressão), não há garantia constitucional absoluta, ou seja, as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites explícitos e implícitos (frutos da proporcionalidade e ponderação com outros direitos), previstos na Constituição e nos tratados de direitos humanos. A liberdade de expressão não pode ser invocada para abrigar “manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”. Em vários votos, como, por exemplo, o do Ministro Gilmar Mendes, foram feitas referências à colisão entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade, bem como à dignidade humana. No julgado, preponderou o direito à igualdade e à dignidade humana, admitindo-se que não era caso de se privilegiar a liberdade de expressão de ideias racistas antissemitas⁷.

Para além da crítica contundente em temas sensíveis, nos quais há uma interdisciplinaridade ética e conceitual, o *hate speech* possui um componente bem específico e delimitado: a incitação à violência ou outras formas de violação de direitos em desfavor do grupo ofendido. Nesse contexto, a ofensa é utilizada no seu sentido mais amplo, seja de

⁶ STF – ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.

⁷ RAMOS, André de Carvalho. Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes? Temas de Direito Eleitoral no século XXI. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

ordem física, moral ou intelectual, de modo a se verificar o prejuízo no regime democrático e nos valores de uma sociedade que busca ser pluralista.

Característica marcante ainda diz respeito ao prejuízo provocado, que ultrapassa as fronteiras individuais. Verifica-se um dano difuso, em que o grupo em si considerado é atingido, porém as pessoas pertencentes são atacadas de formas e proporções diferentes. É dizer, as várias camadas de indivíduos, são atingidas pelo seu próprio pertencimento ao grupo.

O foco central é o ódio e a desvalorização do outro, em sua vertente individual e enquanto pertencente àquela coletividade, sendo as finalidades evidentes, embora nem sempre facilmente verificáveis: calar, excluir e menosprezar, em sentido diametralmente oposto à essência comunicativa da liberdade de expressão.

Assentadas essas premissas conceituais, é pertinente a abordagem sobre as interpretações adotadas no âmbito internacional, destacando-se as disposições convencionais nas quais o Brasil é signatário. Busca-se uma análise crítica, sobretudo à luz das especificidades em que estruturada a sociedade brasileira.

2.1 DISCURSO DE ÓDIO E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS PROMULGADAS PELO BRASIL

De forma inicial, é cabível destacar que a proteção de direitos humanos, na sua vertente internacional, ganhou ares de sistema a partir do término da Segunda Guerra Mundial, mais precisamente com a criação da Organização das Nações Unidas, na Conferência de São Francisco em 1945. O tratado que instituiu o mencionado órgão foi denominado como “Carta de São Francisco”, que, em suma, buscava uma reação às barbáries do nazismo.

Desde então, vários documentos internacionais consagram e determinam aos Estados a proteção dos direitos humanos em sua acepção ampla e no escólio de André de Carvalho Ramos:

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna⁸.

Considerando o elemento constitutivo do *hate speech*, consistente na incitação à violência ou outras formas de violação de direitos contra o grupo ofendido, destaca-se que o

⁸ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018

DISCURSO DE ÓDIO E EFEITO RESFRIADOR: AS MINORIAS COMO CONSTANTES ALVOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto nº 65.810 de 8 de dezembro de 1969, sendo um dos mais antigos tratados de direitos humanos ratificados pelo país.

Nesta senda, sobreleva-se o disposto no artigo IV, o qual estabelece que os Estados partes condenam todo ideal baseado em superioridade de raça ou que pretende justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminações raciais, fixando ainda a obrigação de adotar medidas positivas para eliminar tais manifestações, dentre elas, proceder com a tipificação penal, declarar ilegal e não permitir que autoridades públicas nem as instituições incitem ou encorajem tal fenômeno⁹.

Ainda sobre a citada Convenção, pela eloquência e significado das disposições ratificadas pelos Países signatários, incluindo o Brasil, transcreve-se o trecho inicial, o qual deixa explícito o propósito que busca no supracitado documento:

Os Estados Partes na presente Convenção,
Considerando que a Carta das Nações Unidas baseia-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados Membros comprometeram-se a tomar medidas separadas e conjuntas, em cooperação com a Organização, para a consecução de um dos propósitos das Nações Unidas que é promover e encorajar o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião.
Considerando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todo homem tem todos os direitos estabelecidos na mesma, sem distinção de qualquer espécie e principalmente de raça, cor ou origem nacional,
Considerando todos os homens são iguais perante a lei e têm o direito à igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação,
Considerando que as Nações Unidas têm condenado o colonialismo e todas as práticas de segregação e discriminação a ele associados, em qualquer forma e onde quer que existam, e que a Declaração sobre a Concepção de Independência, a Partes e Povos Coloniais, de 14 de dezembro de 1960 (Resolução 1.514 (XV), da Assembleia Geral afirmou e proclamou solenemente a necessidade de levá-las a um fim rápido e incondicional,

⁹ BRASIL, Decreto nº 65810 de 8 de dezembro de 1969. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em 11/3/2021

Considerando que a Declaração das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 20 de novembro de 1963, (Resolução 1.904 XVIII) da Assembleia-Geral), afirma solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial através do mundo em todas as suas formas e manifestações e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana,

Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum,

Reafirmando que a discriminação entre os homens por motivos de raça, cor ou origem étnica é um obstáculo a relações amistosas e pacíficas entre as nações e é capaz de perturbar a paz e a segurança entre povos e a harmonia de pessoas vivendo lado a lado até dentro de um mesmo Estado,

Convencidos que a existência de barreiras raciais repugna os ideais de qualquer sociedade humana,

Alarmados por manifestações de discriminação racial ainda em evidência em algumas áreas do mundo e por políticas governamentais baseadas em superioridade racial ou ódio, como as políticas de *apartheid*, segregação ou separação,

Resolvidos a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações, e a prevenir e combater doutrinas e práticas raciais com o objetivo de promover o entendimento entre as raças e construir uma comunidade internacional livre de todas as formas de separação racial e discriminação racial,

Levando em conta a Convenção sobre Discriminação no Emprego e Ocupação adotada pela Organização internacional do Trabalho em 1958, e a Convenção contra discriminação no Ensino adotada pela Organização das Nações Unidas para Educação a Ciência em 1960,

Desejosos de completar os princípios estabelecidos na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial e assegurar o mais cedo possível a adoção de medidas práticas para esse fim.

No que concerne à proteção interamericana de direitos humanos, com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, passou-se a ter um sistema, com normas, mecanismos e órgãos com finalidade

DISCURSO DE ÓDIO E EFEITO RESFRIADOR: AS MINORIAS COMO CONSTANTES ALVOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

protetiva dos direitos humanos. Destaca-se a Convenção Interamericana contra o Racismo¹⁰, Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e a Convenção Internacional contra toda forma de Discriminação e Intolerância, tendo sido somente a primeira ratificada pelo Brasil.

Acrescente-se ainda o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que possui, conforme decidido pelo STF *status* supralegal no normativo pátrio, com a seguinte redação:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2º.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

A partir desses normativos internacionais, adotados como verdadeiros *standards* de direitos humanos, constata-se que as manifestações de ódio, que desaguam em discriminação e tolerância, não devem ser incentivadas ou mesmo inseridas numa liberdade de expressão, sobretudo porque não possui viés absoluto, sob pena de se colocar em risco o próprio regime

¹⁰ Aprovada pelo Senado, em 10/2/2021 conforme o procedimento de equivalência às emendas constitucionais (art. 5º, §3º, CF)

democrático. Em última análise, o que se busca é que esse direito fundamental não seja tratado como um fim em si mesmo.

No regime democrático brasileiro, estruturado especificamente com base em exclusão de grupos minoritários, historicamente afastados dos espaços de decisão, se torna patente o risco à pluralidade pretendida pela Constituição e pela essência do direito à liberdade de expressão, uma vez que, essa coletividade se tornará e se sentirá cada vez mais silenciada, sob constante vigilância e ameaça.

2.2 DISCURSO DE ÓDIO E EFEITO RESFRIADOR DOS GRUPOS MINORITÁRIOS

A perspectiva acerca dos grupos minoritários indica que são originários de assimetrias sociais, de modo que são vulneráveis no sentido de destoam do suposto “padrão da normalidade” das majorias. Diante dessa ótica, é estabelecida essa relação de vulnerabilidade, seja de ordem econômica, social ou até mesmo física. A partir dessa classificação do “diferente”, do maniqueísmo de “eles” e “nós”, surgem as manifestações de discriminação, intolerância, exclusão e superioridade nos mais variados contextos sociais. Como exemplos atuais, temos os negros, indígenas, mulheres, idosos, pessoas com deficiência etc.

Nessa esteira, o denominado efeito resfriador no âmbito da liberdade de expressão, diz respeito à uma espécie de autocensura promovida pelo próprio emissor da mensagem, que com receio de represálias, políticas sancionatórias e boicotes, deixa de veicular suas opiniões e acaba não exercendo a garantia constitucional que lhe é assegurada.

Citado tema foi debatido pelo STF quando da análise acerca da constitucionalidade do crime de desacato, cuja ementa transcreve-se a seguir:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CRIME DE DESACATO. ART. 331 DO CP. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questiona a conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a recepção pela Constituição de 1988, do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato. 2. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção de outros

DISCURSO DE ÓDIO E EFEITO RESFRIADOR: AS MINORIAS COMO CONSTANTES ALVOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

interesses e direitos relevantes. 3. A diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas. 4. A criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida. 5. Dado que os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime de desacato a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”¹¹.

O efeito resfriador pressupõe, além do não exercício da liberdade de expressão, a ameaça de censura, sanção ou represália. A partir desses elementos e fazendo um esforço histórico, percebe-se que os grupos estigmatizados e/ou minoritários sofrem de maneira mais brutal as consequências, sobretudo considerando a já exclusão social estruturada, de modo a tornar a assimetria ainda mais aprofundada.

A coletividade minoritária, que não possui representatividade adequada nos espaços decisórios, passa a se ver, ou na verdade, não se ver, exercendo garantias mínimas de liberdade, eis que o discurso dominante é o de exclusão e de manifestações odiosas. O ambiente, que busca ser pluralista e democrático, se torna uma arena de competição, mas não no sentido do debate legítimo de ideias, consideradas as boas ou más, e sim na acepção de poder e violência, seja ela física, moral ou psicológica.

Com essa ideia, a vertente que se defende neste estudo é a de que o efeito resfriador se manifesta de forma mais veemente em relação aos grupos historicamente vulneráveis, não somente quando da atuação do Estado, mas também das manifestações odiosas dos particulares, com o Estado omissivo ou indiferente, contribuindo para o aumento do fosso da desigualdade.

É dizer, em que pese a tradicional alusão de que o mencionado efeito diz respeito precipuamente à restrição indevida da liberdade de expressão, praticada pelo Estado quando tipifica penalmente certas condutas, a ideia defendida neste estudo, é que o próprio discurso

¹¹ ADPF 496, Relator (a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 23-09-2020 PUBLIC 24-09-2020.

de ódio silencia de maneira especial os grupos historicamente minoritários, estigmatizados. São consequências que atingem os atos praticados tanto pelo Poder Público, quando se omite, como pelos particulares ao praticarem violações de direitos humanos.

Nos termos expostos, os ensinamentos de Daniel Sarmiento:

Ademais, embora as ideias de inferioridade dos membros dos grupos vitimizados pelo preconceito não obtenham na sociedade contemporânea muitas adesões explícitas, a sua difusão tende a reforçar certos estereótipos negativos e irracionais, levando muitos indivíduos a desvalorizarem inconscientemente as contribuições ao debate público trazidas por componentes destes grupos, deixando de considerá-las devidamente na formação de suas próprias opiniões¹².

O resultado é a violação dos fundamentos da República Federativa do Brasil¹³, afastando as vítimas do debate de ideias e impedindo ou prejudicando seu exercício da cidadania. Além do mais, também transgressão do propósito do Constitucionalismo, que é o de resguardar direitos e garantias fundamentais e limitação de poder por meio de normas originárias do detentor desse poder, que é o povo em seu sentido mais amplo e inclusivo.

É fundamental esclarecer que, ao contrário do argumento de que o discurso de ódio favorece o livre desenvolvimento da personalidade, defende-se que na verdade ele o suprime. Isso porque há um prejuízo de monta significativa para o debate e amadurecimento de ideias, pois a própria sociedade como um todo é privada do conhecimento e difusão das vertentes defendidas pelos grupos estigmatizados. Assim, os danos são efetivos não somente nesses grupos ou nos indivíduos que o compõem, mas em toda a sociedade que se pretende ser democrática e madura, que, em última análise, vê suprimido o mercado livre e legítimo de ideias.

CONCLUSÃO

O direito à liberdade de expressão é uma das maiores representações da essência do ser humano, de seu desejo natural de pertencimento e relacionamento social. Porém, interpretá-lo como absoluto leva ao problema de que a balança da igualdade estará bem mais

¹² SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Disponível em <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>. Acesso em 11/3/2021.

¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana (...)

DISCURSO DE ÓDIO E EFEITO RESFRIADOR: AS MINORIAS COMO CONSTANTES ALVOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

tendenciosa para um dos lados, sobretudo considerando que o outro lado já se encontra em situação de minoria, de desvantagem. As minorias retratadas no presente estudo não dizem respeito apenas a números quantitativos, mas sim no que concerne à representatividade em espaços de decisão e de influência.

Em última análise, o que se busca combater não são críticas contundentes ou ideias consideradas más, ou contrapostas, pois isso levaria igualmente ao esvaziamento da essência comunicativa da liberdade de expressão. No âmbito do livre debate democrático, ideias boas e más podem e devem ser confrontadas, a fim de que se busque a maturidade necessária para a convivência em sociedade. O discurso de ódio possui um elemento que o distingue dessas manifestações, que é a finalidade de discriminar e violar os mais básicos direitos pertencentes a pessoa humana. É pouco provável que essa característica o torne como estimulador do pluralismo e da essência comunicativa da liberdade de expressão, muito pelo contrário, sobressai seu efeito resfriador e violador de direitos humanos, mais uma vez, com especial destaque em relação aos grupos minoritários.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao tempo em que resguarda a liberdade de expressão, também resguarda a igualdade, a honra, a intimidade, o direito de professar religião. O que não significa que legitima a utilização de quaisquer desses direitos fundamentais, sob o disfarce de discriminação, incitação à violência e exclusão da sociedade de determinados grupos, mormente os estigmatizados.

Nesse particular, é certo que por ocasião da própria estrutura em que construída a sociedade, esses grupos já se encontram em situação de desigualdade, de desconformidade com a Constituição¹⁴. A esse ponto, o próprio texto constitucional reconhece, especificando providências tais como, o mandado de criminalização do racismo, o que em verdade, denota que o Estado não se mantém neutro em questões de violações efetivas ou potenciais de direitos humanos.

No Brasil, especificamente marcado pela desigualdade nos mais diversos ambientes, fechar os olhos para a intolerância e violação de direitos humanos, tornaria o Estado cúmplice daquilo que se busca evitar. A atuação é importante e explica-se, de forma comedida, sopesando os direitos em tensão, tendo em vista sobretudo a regra da proporcionalidade¹⁵, a

¹⁴ Sobre o tema, veja-se ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro. Editora Jandaíra. 2020.

¹⁵ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002.

fim de que a balança seja efetivamente equânime e não apenas esse argumento seja difundido de forma meramente retórica.

É certo que um direito fundamental de importância ímpar para a sociedade, como a liberdade de expressão, pode e deve ter posição prioritária no ordenamento jurídico. Porém, é igualmente certo que à luz da grande variedade de temas protegidos pela Carta Magna, os pontos de tensão podem e vão ocorrer, sendo que a construção dogmática e jurisprudencial deve estar atenta principalmente aos propósitos em que são instituídos os direitos e garantias fundamentais. Não se propõe jamais uma censura prévia e sim uma análise casuística, com fundamentação adequada e consistente, com proteção, seja individual, seja coletiva, evidenciada pela Constituição Federal.

Por fim, à título de reflexão, se a busca pela equidade e proteção da dignidade da pessoa humana são pedras de toque do Constitucionalismo que busca ser democrático, o que torna uns indivíduos mais iguais que os outros a ponto de, a pretexto de exercício dos seus direitos, utilizarem um discurso de dominação, incitação à violência e de violação de direitos? É o paradoxo daqueles que demonstram que, se oportunidade tivessem, eliminaram a própria tolerância e tornaram o ambiente restrito apenas ao que lhe convém.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro. Editora Jandaíra. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”, in Temas de direito constitucional, tomo III, 2005, p. 79-129.

BOBBIO, Norberto. Era dos direitos. Brasília: Editora Universitária, 2004.

BRASIL, Decreto nº 65810 de 8 de dezembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em 11/3/2021.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes? Temas de Direito Eleitoral no século XXI. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Disponível em

**DISCURSO DE ÓDIO E EFEITO RESFRIADOR: AS MINORIAS COMO
CONSTANTES ALVOS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS**

<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 11/3/2021.

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL ¹**

Mariana Kaires Alves Brandão²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o estudo da judicialização do direito fundamental à saúde, sua relação com o mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social. A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, representou um marco significativo no que diz respeito ao direito à saúde, trazendo consigo princípios e normas que evidenciam a importância do tema. Ocorre que, apesar do grande conteúdo legislativo voltado à saúde, o problema da falta de efetividade desse direito persiste no contexto brasileiro, sendo necessária em diversas situações a intervenção do poder judiciário para concretizá-lo. Dessa forma, o judiciário passa a ter funções mais significativas na garantia da saúde, com o intuito de suprir as omissões inconstitucionais. A importância do debate e estudo acerca do tema é indiscutível, visto que questões como a reserva do possível e limites orçamentários são frequentemente utilizados como mecanismo condicionante para a efetivação dos direitos sociais. Contudo, tais argumentos não podem servir como barreira intransponível para efetivação do direito ao mínimo para uma existência digna do ser humano, no sentido de se buscar sempre a vedação ao retrocesso, bem como a progressividade dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Judicialização. Mínimo existencial. Proibição do retrocesso social. Saúde.

¹ Recebido em 11/11/2021
Aprovado em 09/06/2022

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Pós-graduanda em Mediação, Conciliação, Negociação e Arbitragem pela faculdade Legale. E-mail: marianakaires@gmail.com

INTRODUÇÃO

Com enfoque na atuação do judiciário nas questões envolvendo direitos sociais, o trabalho se desenvolveu através do estudo do direito à saúde como um direito fundamental, bem como sua relação com o mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social, com o fim de compreender se a judicialização seria um meio eficaz para garantir o mínimo existencial nas demandas de saúde e impedir o retrocesso.

Falar sobre a saúde é bastante complexo, pois não abrange apenas o âmbito de doenças e tratamentos. As consequências da saúde acontecem no domínio social, legal e econômico. Entre os brasileiros é bastante comum a procura pelos mais diversos tipos de tratamentos e medicamentos através de ações judiciais.

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco na proteção dos direitos sociais no país, em especial no que tange à saúde pública. Além da previsão desse direito no artigo 6º da CRFB/88, foi alargado o seu conteúdo no artigo 196 a 200, onde o direito à saúde passa a ser reconhecido como direito de todos e dever do Estado.

Entretanto, apesar de inserido no texto Constitucional como direito fundamental, a saúde pública ainda sofre com graves problemas de efetividade, tornando-se cada vez mais frequente a busca do Poder Judiciário como meio de garantir a sua implementação.

Nesse contexto, quando há uma falha na prestação do serviço, ou até mesmo quando ele não é oferecido de maneira integral, o controle exercido pelo poder judiciário merece um maior destaque de reflexão, pois questões atinentes ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana são frequentemente abordadas quando da concretização do direito à saúde pelo Judiciário.

Por outro lado, o Estado alega que os recursos arrecadados são escassos, limitando as escolhas e atuação a determinados setores, de modo que alguns direitos serão atendidos em desfavor de outros. Limites impostos pela denominada reserva do possível e previsão orçamentária são cada vez mais aplicados frente a concretização das políticas públicas sociais, em especial no campo da saúde.

O problema da falta de efetividade desse direito persiste no contexto brasileiro, sendo necessário em diversas situações a intervenção do Poder Judiciário para a concretizá-lo. Desse modo, o judiciário passou a ter funções mais significativas na garantia da saúde, surgindo, assim, uma nova relação entre o poder judiciário e a garantia do acesso à saúde.

A importância do debate e estudo acerca do tema é indiscutível, principalmente no panorama atual da nossa jurisdição, onde a falta de planejamento do setor público acarreta em difíceis consequências para sociedade. Dessa forma, a escolha do tema justifica-se pela

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

grande relevância do estudo da judicialização da saúde na sociedade brasileira, demonstrando a sua essencialidade e relação com o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, como também os fatores que limitam a concretização de tal direito.

Para construção metodológica deste trabalho foi utilizada uma abordagem de pesquisa qualitativa, tendo como seu objetivo compreender os fatos através da coleta de dados narrativos, examinando aspectos subjetivos e particularidades que envolvam o tema.

A pesquisa qualitativa apresenta um caráter exploratório permitindo assim a formulação de hipóteses sobre o tema, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica relacionada à judicialização da saúde.

Desse modo, a fundamentação teórica foi realizada por meio da análise e citação de diversos autores e juristas especialistas no assunto abordado, como Sarlet (2006), Bonavides (2017), Barcellos (2011), Scaff (2018), dentre outros.

No que tange a natureza das fontes aplicadas para a pesquisa, foi utilizado o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica e análise de materiais já elaborados, compostos principalmente de livros, artigos científicos online, periódicos, e análise jurisprudencial relacionada ao tema.

Dessa maneira, todo transcorrer do trabalho foi organizado de forma a contribuir com as pesquisas já realizadas sobre o tema, trazendo novas perspectivas acerca do conteúdo. Objetivando assim uma maior contribuição no âmbito acadêmico, como também para a população em geral.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: ESTADO LIBERAL E A TRANSIÇÃO PARA O ESTADO SOCIAL

A Constituição da República de 1988 outorgou de forma bastante incisiva os direitos sociais, ato esse que não ocorria de forma tão taxativa nas constituições anteriores que eram deficitárias no privilégio a estes importantes direitos para a população em geral.

Até chegar ao modelo de constituição que privilegia os direitos sociais não só no Brasil, como também ao redor do mundo, passamos por diversas transformações ao longo do tempo, partindo de um constitucionalismo antigo, passando pelo constitucionalismo liberal e transformando-se em um constitucionalismo social.

O Constitucionalismo do Estado Liberal teve seu início no final do século XVIII com as revoluções liberais (francesa e americana), segundo os doutrinadores Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), embora as vertentes do constitucionalismo tenham suas origens mais

remotas podendo ser encontradas já no período medieval, as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) demarcaram o momento inicial do constitucionalismo moderno, estando estes movimentos ligados à limitação normativa do poder político, como também, a garantia de direitos individuais e indisponíveis, livres de intervenção estatal.

Outrossim, foi com o início dessas revoluções que ocorreu o advento das primeiras constituições escritas. O objetivo dessas revoluções era a liberdade dos cidadãos em relação ao autoritarismo do Estado, rompendo com os valores e modo de viver das sociedades anteriores. Alicerçado nesse momento de transformação trazido pelas revoluções, principalmente a francesa, constatou-se a necessidade de delimitar quais eram os direitos de cada indivíduo, evitando o poder absoluto e arbitrário do Estado contra o cidadão, garantindo por meio de leis as liberdades individuais.

De acordo com Bonavides (2017), o constitucionalismo liberal foi o primeiro modelo de Estado que se preocupou com as liberdades individuais, privilegiando os valores referentes ao individualismo. Nesse momento tinha-se a finalidade e preocupação de que o poder estatal não limitasse as liberdades, dessa forma o que deveria ser restringido era a atuação do Estado.

De forma bastante evidente o constitucionalismo liberal privilegia os seguintes valores: valorização da propriedade privada, individualismo, proteção do indivíduo e absentismo estatal. Aqui nascia a concepção do Estado Mínimo existindo uma atuação negativa do Estado consubstanciada no não fazer, limitando assim, o poder que antes era ilimitado. Com efeito, nascem os chamados direitos de primeira dimensão que se referem aos direitos políticos e civis.

Conforme posicionamento de Bonavides (2017, p. 578):

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência e oposição perante o Estado.

Nesse contexto, como bem explana a melhor doutrina, esses direitos negativos libertários agora positivados romperam com a ordem anterior, garantindo os direitos civis e políticos. Os indivíduos passaram a ser plenamente livres para o exercício desses direitos fundamentais que nesse momento era respeitado pelas constituições do período. No Brasil, essa visão foi de grande influência nas constituições de 1824 e 1891.

Ocorre que o Estado Liberal que apresentava maior valorização do indivíduo e afastamento do Estado começou a apresentar suas imperfeições, não sendo capaz de garantir de forma efetiva a liberdade e igualdade tanto valorizada. Conforme esclarece Silva (2014), a

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

classe burguesa, embora tenha tentado, não conseguiu generalizar a todas as classes sociais os princípios filosóficos de sua revolução, observou-se uma maior concentração de renda e exclusão social, surgindo relações de exploração dos economicamente fracos pelos detentores de riqueza, tornando-se uma ideologia de classe.

Desencadeado por esses fatores de crise, mostrou-se a necessidade de intervenção do Estado para evitar abusos e limitar poderes, contrariando o que ocorria em pleno vigor do liberalismo. Por esta razão o Estado liberal não podia mais se manter, sendo necessária mais uma vez mudanças de visão e posicionamento que assegura a universalização da garantia de direitos para todos, atendendo de forma indiscriminada e democrática a todas as classes, também como coletividade e não apenas de modo individual (AITH, 2019).

Como consequência dos acontecimentos ocorridos no Estado Liberal, tornou-se insuficiente apenas o respeito às liberdades individuais, nascendo assim, a necessidade do Estado atuar buscando assegurar os chamados direitos sociais. Nesse momento o Estado muda seu posicionamento abstencionista para um Estado prestacional.

Após as duas grandes guerras mundiais que trouxeram resultados devastadores com grande parte das sociedades em ruínas e sem condições básicas de sobrevivência, consagrou-se o Estado Social, em meados do século XX, baseado nos elementos de justiça e igualdade onde as constituições nesse período tinham a necessidade de assegurar os chamados direitos sociais.

Leciona o constitucionalista Cunha Júnior (2012, p. 38):

Passaram, pois, as Constituições a configurar um novo modelo de Estado, então liberal e passivo, agora social e intervencionista, conferindo-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas à sociedade. A história, portanto, testemunha a passagem do Estado Liberal ao Estado Social e, conseqüentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática, ou Constitutiva.

Esse novo modelo de Constituição traz em seu texto o ideário social, buscando um estado de Bem Estar Social. Ademais, foram constituições pioneiras no respeito aos valores sociais, a constituição do México de 1917, seguida pela constituição de Weimar na Alemanha em 1919. No Brasil, a constituição de 1934 foi a primeira a prever a atuação do Estado de forma intervencionista do tipo social que objetiva o bem estar social (BONAVIDES, 2017).

Nesse contexto, houve a ampliação dos direitos de primeira dimensão, as chamadas liberdades negativas, sendo eles os direitos civis e políticos para os direitos fundamentais de

segunda dimensão que privilegiam os direitos sociais, econômicos e culturais, correspondendo aos direitos de igualdade.

De acordo com os ensinamentos de Cunha Júnior (2012), esses direitos sociais são denominados de direitos de igualdade por terem o propósito de reduzir de forma material e concreta as desigualdades sociais existentes na nossa sociedade exigindo, assim, atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações.

Diante desse cenário, o Estado não poderia ficar mais inerte e, conseqüentemente faz-se necessário a intervenção do Estado na concretização desses direitos sociais, sendo pretensões do indivíduo ante o Estado. Nesse momento os direitos sociais podem ser caracterizados como direitos de crédito, onde a população é “credora” de direitos positivos denominados de direitos sociais e o Estado nessa relação assume a posição de “devedor”, devendo concretizar os direitos agora fundamentais para a sobrevivência digna do homem.

O Estado passou a ser o garantidor de padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social para os cidadãos, representando um avanço em questões sociais, proporcionando o nascimento de um Estado garantidor.

O Brasil não ignorou a evolução constitucional e a partir da constituição de 1934 houve a atuação do Estado intervencionista, perdurando esse privilégio aos direitos sociais nas constituições seguintes, principalmente na nossa atual constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã.

A Constituição Brasileira de 1988 é considerada um marco na proteção dos direitos sociais no país, positivando diversas normas voltadas para o bem estar social da população, objetivando sanar abusos sociais sofridos pela sociedade ao longo do tempo. Busca-se na atual conjuntura a efetiva ampliação e proteção dos direitos fundamentais sociais iniciados na constituição de 1934 e que agora na constituição vigente do Brasil ganharam grande relevo e conteúdo objetivando uma maior justiça social.

Contudo, em meio à natureza desses direitos de características prestacionais e programáticas que nem sempre podem ser exigidos e garantidos de pronto, instalou-se uma insegurança na sua concretização de forma efetiva, já que vários fatores externos são levados em consideração quando da materialização desses direitos, pois carregam algumas limitações de meio e recursos.

Concretizar o texto constitucional e introduzi-lo na realidade nacional, mostrou-se ser um dos principais desafios a serem enfrentados pela Constituição Brasileira de 1988. Na compreensão de Bonavides (2017), as exigências sociais tornaram-se latentes, e os textos constitucionais apresentaram promessas que quase nunca se concretizam efetivamente.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Por esse motivo a população viu-se impelida onde não restou outra alternativa a não ser bater as portas do judiciário para tentar resguardar e concretizar um direito seu legítimo e conquistado em meio a vários fatores históricos, para não se tornar somente um direito morto e sem efetividade real. Um exemplo desses direitos que sofrem entraves e limitações para a sua concretização de modo efetivo é o direito à saúde, inserido no texto constitucional como um direito fundamental social.

3 UMA NOÇÃO ACERCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO NO BRASIL

Os direitos que constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil visam, precipuamente, à garantia do mínimo existencial. Derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, tal postulado atrela ao Estado à noção de que este deve zelar pela promoção de condições básicas de sobrevivência dos indivíduos.

No Brasil, as primeiras noções sobre o tema foram desenvolvidas pelo jurista Torres (1989), em sua obra intitulada “o mínimo existencial e os direitos fundamentais”. Torres (1989, p. 01) destaca que “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”, demonstrando a dimensão desse direito como inalienável e essencial a todos.

Desde então, diversos outros autores se debruçaram sobre o tema, a exemplo de Barcellos (2011, p. 247), que ao conceituar mínimo existencial defende que:

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Para a autora, o mínimo existencial trata-se do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, consubstanciado não apenas no mínimo fisiológico, mas também fundamentado na liberdade democrática, destacando sua dimensão sociopolítica, fisiológica e psicológica. Corroborando esse entendimento, Sarlet; Figueiredo (2008, p. 07), destacam:

A noção de mínimo existencial, “não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência”, uma vez que este último está relacionado com a garantia da vida humana, “sem

necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade” (Grifo do autor).

Nesse sentido, a noção de mínimo existencial abrange a ideia de que ao Estado existe uma obrigação de assegurar direitos mínimos como saúde, educação, lazer, moradia e seguridade social em favor dos mais necessitados, para que assim possam ter condições básicas de uma vida digna.

Ao Estado cabe atuar tanto de forma positiva como negativa. O direito ao mínimo existencial é protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, deve ser garantido positivamente por meio de prestações estatais. Seu status positivo seria, portanto, plenamente exigível, constituindo um direito subjetivo provido de imperatividade integral. A violação do mínimo existencial, ou seja, a não garantia desses elementos essenciais, resulta em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por certo, sabe-se que a implementação de direitos fundamentais prestacionais dependem de um amparo específico garantido através de políticas públicas. Por meio da análise do texto constitucional, depreende-se que a eficácia desses programas acontece de forma progressiva, Barcellos (2011) explica que embora a Constituição determine um efeito ideal de saúde, o próprio constituinte reconheceu a necessidade de se estabelecerem marcos de prioridade na matéria.

Desse modo, os efeitos relacionados a enunciados sobre saúde devem começar desse marco, ampliando-se gradativamente até se chegar ao campo mais abrangente das políticas públicas de prestação de saúde. De acordo com a supracitada autora, são quatro os elementos que se verificam como pontos prioritários estabelecidos pelo constituinte: (i) a prestação de serviço de saneamento (artigo 23, IX, 198, II e 200 IV); (ii) o atendimento materno-infantil (artigo 227, I); (iii) as ações de medicina preventiva (artigo 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (art 200, II) (BRASIL, 1988).

O efeito de tais medidas prioritárias é preservar condições básicas de saúde, onde todas as pessoas possam ter acesso a um acompanhamento médico preventivo, a fim de evitar maiores custos no futuro com ações de saúde que visem reparar danos. Entretanto, o que ocorre é que nem sempre todos têm acesso a essas prestações essenciais de saúde, ou mesmo que tenham, não são em índices suficientes para que se atingissem condições mínimas compatíveis com a dignidade humana.

Esse núcleo de direitos é tão fundamental à dignidade da pessoa humana que devem se impor como regra, de modo a estabelecer os alvos prioritários do orçamento público. A não

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:

UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

realização dos direitos compreendidos nesse mínimo enseja o poder do cidadão de exigir judicialmente a sua prestação equivalente.

O que se destaca é que a sindicabilidade desses direitos, acerca dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, possuem relevância não apenas no campo individual, mas além, sendo possível também se cogitar em controles coletivos. Cabe ressaltar que o que se espera de um Estado Social de Direito é muito mais do que apenas um mínimo existencial, pois os direitos fundamentais não se reduzem a apenas isso, mas que a ordem Constitucional busque sempre por uma justa e verdadeira justiça social.

4 OS LIMITES À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ORÇAMENTO PÚBLICO E A RESERVA DO POSSÍVEL

O atendimento das necessidades humanas básicas, tais como a prestação dos serviços de saúde, acesso a uma educação formal, condições habitacionais e saneamento básico, devem ser atendidas pelo Estado, principalmente nos países periféricos, como é o caso do Brasil onde existe uma ampla desigualdade social. O Estado como gerenciador dos recursos que recebe, os administra de forma a tentar atender os anseios fundamentais da sociedade, aplicando os direitos fundamentais sociais mediante prestações positivas de natureza material.

Contudo, em várias situações o Estado alega que os recursos arrecadados são escassos, limitando as escolhas e atuação do Estado a determinados setores, de modo que alguns direitos serão atendidos em desfavor de outros. Partindo-se desse pressuposto surge, então, a compreensão de um sistema que o autor Scaff (2018) definiu como “vasos comunicantes”, no qual os recursos arrecadados estão à disposição dos governantes para que eles decidam, por meio da lei orçamentária, quais são as principais prioridades no emprego dos gastos públicos.

A partir dessa análise, o que se vê na sociedade brasileira é que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está vinculada a um sistema econômico que muitas vezes impossibilita o efetivo exercício das políticas públicas sociais. Limites impostos pela denominada reserva do possível e previsão orçamentária são cada vez mais aplicados frente a concretização das políticas públicas sociais, em especial no campo da saúde pública.

O conceito de reserva do possível passou a demonstrar que a disponibilidade dos recursos financeiros do Estado para efetivação da prestação material dos direitos sociais estaria situada no campo discricionário das decisões políticas, organizadas no orçamento público. Ainda sobre a matéria, Barcellos (2011, p. 277) esclarece:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (...) a reserva do possível significa que, para além das discussões sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – ,é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

No Brasil, a teoria da reserva do possível surge como uma das principais barreiras para efetivação dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988, somado a isso a falta de planejamento do orçamento público também reflete na carência da prestação desses direitos sociais fundamentais.

Tais argumentos estão associados ao fato de que as necessidades sociais devem estar adequadas com a reserva orçamentária do país e sua disponibilidade financeira, de modo que “a reserva do possível é considerada como uma limitação fática, concreta a realização de algum direito ou de algum desejo” (SACFF, 2018, p. 296). E é sob este aspecto que a matéria assume maior complexidade, quando a disponibilidade financeira torna-se óbice à aplicação da norma constitucional.

A teoria da reserva do possível visa à efetivação dos direitos sociais frente à razoabilidade da universalidade das prestações exigidas, sem desconhecer os fatores financeiros disponíveis. Para que haja a efetividade das políticas públicas no campo da saúde de forma universal e integral, serão necessárias condições financeiras favoráveis para a satisfação das prestações materiais desse direito, bem como, um modelo de financiamento composto por uma gestão clara e bem estruturada.

Ademais, é importante destacar que o Estado não pode se exonerar das suas obrigações previstas constitucionalmente, somente alegando a sua reserva do possível, é necessário que se exponha objetivamente por meio de clara comprovação que não existem recursos financeiros para realização de tal direito. “A salvaguarda da vida é prioritária em relação à reserva do possível, ainda que tendo por consequência eventual comprometimento de outras demandas ou eventuais ajustes orçamentários, o que somente poderá ser aferido definitivamente diante do caso concreto” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 19).

Em síntese, não se pode deixar que o argumento da impossibilidade financeira se banalize, vindo a torna-se constante empecilho para concretização de uma mudança na atual realidade brasileira. É necessário que a atuação da administração pública seja transparente quando da tomada de suas decisões.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Cabe destacar que a intervenção judicial na aplicação efetiva de políticas públicas de saúde, tem o poder de introduzir na administração pública o sentimento de encarar tais direitos com a devida seriedade e urgência que merecem, a fim de garanti-los a um maior conjunto de pessoas, de modo que seja alcançado certo grau de justiça social. Desse modo, haverá a aplicação da lei em conformidade com aquilo que está previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988.

5 O PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Com o passar dos anos, os Tribunais Superiores brasileiros têm apresentando uma maior influência decisiva no campo da concretização das políticas públicas. Desde o advento da Constituição Federal de 1988, a procura da sociedade por justiça tem aumentado de maneira significativa.

Isso se dá, de acordo com Barroso (2018), em primeiro lugar, pela conscientização e reconhecimento do cidadão em relação aos seus próprios direitos. E em seguida, pelo fato de haver no texto constitucional o advento de novos direitos, que ampliaram a legitimação ativa para tutela de interesses, por meio da representação ou até mesmo da substituição processual. Diante desse cenário, os juízes e tribunais passaram a representar um papel notável na sociedade brasileira.

A grande ascensão do poder judiciário nos últimos anos veio a ser comumente denominada pelo fenômeno de Judicialização, significando que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 03).

Os debates envolvendo a prestação de serviços de saúde, especialmente o fornecimento de medicamentos de alto custo, fizeram e ainda fazem parte de diversas audiências públicas perante o Supremo Tribunal Federal, demonstrando o protagonismo do Poder Judiciário.

Nesse contexto, cabe ressaltar que uma vez acionado, o poder judiciário não tem a escolha de se posicionar ou não sobre a matéria, devendo sempre decidir a questão. Contudo, a maneira como irá exercer essa atribuição é que vai determinar a presença ou não de um ativismo judicial, que difere da judicialização. A noção de ativismo judicial está ligada a uma participação mais abrangente e intensa do Judiciário na realização dos preceitos

constitucionais, com maior profundidade e interferência no campo de atuação dos poderes legislativo e executivo (BARROSO, 2018).

Nas palavras do doutrinador, a judicialização é entendida como:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (...) o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados) (BARROSO, 2018, p. 235).

Insta salientar que a expansão da intervenção judicial, principalmente no campo das políticas públicas, vem sofrendo algumas críticas com o passar dos anos. Alega-se a usurpação das funções legislativa ou executiva, quando o poder judiciário impõe alguma ação para esses poderes, sobrepondo-se aos agentes políticos eleitos pelo povo e encarregados dessa função típica.

Aponta-se, também, que o juiz ao avaliar uma demanda individual (micro-justiça), acaba por ignorar outras questões e necessidades relevantes em matéria de gerenciamento dos recursos limitados existentes para outra grande parcela da população (macro-justiça).

De acordo com Barcellos (2006) em um estudo sobre o controle jurídico no espaço democrático, destaca-se as principais oposições trazidas por aqueles que defendem não ser cabível a atuação do poder judiciário em matéria de políticas públicas. A autora aduz que se alega como, por exemplo, o fato de o judiciário não possuir elementos necessários e suficientes para averiguar a situação como um todo, de maneira mais aprofundada:

Com efeito, o juiz não detém informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem acudir ou mesmo sobre os reflexos não antecipados que uma determinada decisão pode desencadear. Ele não tem o tempo necessário para fazer uma investigação completa sobre o assunto, nem os meios para tanto. Nem lhe cabe, afinal, levar a cabo um planejamento global da atuação dos poderes públicos (BARCELLOS, 2006, p. 23).

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Por outro lado, feitas as considerações acima, a supracitada autora destaca que, na verdade, não existe uma macrojustiça sem existir a microjustiça. O atendimento de questões individuais levadas à justiça acaba por concretizar situações imprescindíveis para dignidade humana de toda uma sociedade, de modo que as múltiplas justiças individuais produzirão os elementos necessários da macrojustiça.

Com efeito, Sarlet; Figueiredo (2008, p. 16), também discorrem nessa linha:

Se, por um lado, é inquestionável que o direito à saúde é direito de todos, não se pode, por outro, agasalhar a tese de que se cuida de um direito coletivo e que, por ser direito coletivo, não poderia ser objeto de dedução individualizada em Juízo, especialmente para além das hipóteses previamente previstas na legislação infraconstitucional. Com efeito, tanto é equivocada a tese de que os direitos sociais são em primeira linha direitos coletivos, quanto é de ser afastada a tese de que não cabem demandas individuais. Em primeiro lugar, o fato de todos os direitos fundamentais (e não apenas os sociais) terem uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) em momento algum lhes retira a condição de serem, em primeira linha, direitos fundamentais de cada pessoa, ainda mais quando a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada. Pela mesma razão, não se poderia afastar a possibilidade da tutela individual, o que não significa dizer que existem problemas a serem enfrentados e que em muitos casos (mas não em todos!) a tutela judicial mais adequada e efetiva deve ocorrer de modo coletivo. Os direitos sociais – o que sempre tivemos o cuidado de enfatizar – são sempre também individuais e, portanto, direitos de todos e de cada um, o que assume particular relevância no campo da saúde.

Com relação aos defensores do denominado controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, afirmam que tal ação é fundamental quando ao Estado cabe a função de atingir metas e prioridades estabelecidas no âmbito do orçamento e execução orçamentária, e não se atingem os resultados esperados dessas políticas públicas. Nesta situação, o juiz poderá decidir especificamente o fornecimento do serviço desejado à população.

Nesse contexto, quando há uma falha na prestação do serviço, ou até mesmo quando ele não é oferecido de maneira integral, o controle exercido pelo poder judiciário merece um maior destaque de reflexão. Pois embora atualmente seja investida uma parcela do orçamento para o setor de saúde pública, o fato é que grande parte da população sofre frequentemente com a má prestação desse serviço.

Havendo um direito fundamental violado, a intervenção do Poder Judiciário será indispensável para a salvaguarda da afetividade das normas constitucionais. Quando se fala na concretização desses direitos pelos tribunais, logo se conclui que existe uma ineficiência na promoção das garantias sociais, bem como uma ausência de ação por parte dos demais poderes públicos.

E, diante desse cenário, cabe destacar que a atuação do juiz deverá estar sempre pautada na lei, ancorados nos princípios da legalidade e no devido processo legal, devendo fazer prevalecer a Constituição Federal especialmente naquilo que se refere aos direitos fundamentais.

Entretanto, a atuação do poder judiciário não pode adentrar em todas as questões que entender pertinentes a fim de que não se torne uma instância autoritária. Não cabe ao judiciário criar políticas públicas de forma arbitrária, mas tornar efetivas as políticas públicas já existentes e estabelecidas pelo poder constituinte.

É certo que os fenômenos da judicialização e ativismo judicial, estão cada vez mais frequentes no espaço jurídico brasileiro. Contudo, o judiciário deve sempre agir dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, verificando no caso concreto se a matéria já foi tratada pelo legislador, de modo que sua atuação seja moderada, controlada e ocorra de maneira excepcional.

Dessa forma, o Estado-Juiz atua de maneira a corrigir os embaraços criados pela administração pública, concedendo esse direito a quem não teve acesso. A atuação do poder judiciário no exame dessa matéria tem o condão de fomentar o aprimoramento das políticas públicas, em defesa da melhoria desse serviço para toda a coletividade.

6 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE

Em um Estado democrático de direito, deve-se sempre perquirir a estabilidade das relações jurídicas, caracterizada pela confiança que o cidadão deposita nas instâncias superiores e órgãos estatais, os quais possuem o fim de garantir os direitos e interesses de toda sociedade.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica determina a proteção dos direitos fundamentais, em oposição a medidas que tenham por finalidade extinguir ou reduzir direitos já adquiridos pelo cidadão, garantindo uma maior confiança entre o sujeito titular de direitos e a ordem constitucional. Assim, a segurança jurídica impõe a proteção contra o retrocesso social (SARLET, 2006).

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A característica indissociável do Estado democrático de direito é a sua constante busca pela transformação da realidade social, não só por meio da proteção dos direitos fundamentais, mas também pelo efetivo compromisso na realização e implementação desses direitos. Ou seja, sua atuação está consubstanciada em um “não fazer”, caracterizado pela proteção contra qualquer ato que possa violar os direitos fundamentais, bem como em um “fazer”, comprometido em realizar os direitos fundamentais por meio de prestações positivas do Estado.

Contudo, a atual realidade brasileira revela-se como sendo um período composto por incertezas e inseguranças, onde o progressivo desfinanciamento da saúde pública e de outros direitos é cada vez mais latente. Dessa maneira, a busca pela efetividade dos direitos sociais através da justiça, torna-se uma necessária estrutura para manter esses direitos por parte do Estado.

A atual crise sanitária vivenciada no Brasil e no mundo, provocada pela pandemia do novo Coronavírus (vírus Sars-Cov-2), tem demonstrado de forma clara a precariedade do sistema de saúde pública no Brasil. De acordo com o portal da Fiocruz (2021), a disponibilidade de leitos de UTI para pessoas acometidas pelo vírus deverá ser aplicada de forma dinâmica, de acordo com o aumento ou diminuição de casos detectados.

Entretanto, especificamente no campo de atuação do Estado do Piauí, por meio de análise da Ação Civil Pública nº 0801023-42.2021.8.18.0031, de 10/03/2021, proposta pelo Ministério Público do Estado do Piauí, através da 1ª Promotoria de Justiça de Parnaíba (PI), ficou demonstrado que:

O número de leitos públicos de UTIs no Piauí foi reduzido no período de agosto de 2020 a março de 2021, passando de 335 (trezentos e trinta e cinco) leitos para 252 (duzentos e cinquenta e dois) leitos, ou seja, uma queda de aproximadamente 25%, mesmo diante da escalonada dos casos de infecção pelo coronavírus (TJ PI. Ação Civil Pública. Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031. p. 09-10. Data da publicação 10/03/2021).

Por meio dessa ação foi requerida, em sede de tutela de urgência, a ampliação dos leitos de UTI covid-19 no Estado do Piauí, a qual foi deferida pela MM juíza, Dr^a Anna Victoria Muylaert Saraiva Salgado, Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de Parnaíba. Em sua decisão ficou destacado que:

Ressalte-se, que o número de leitos de UTI existentes no Estado do Piauí, assim como demais estados da Federação, não tem atendido à demanda da população local, fato constatado no cotidiano da atividade jurisdicional, com

o aumento de demandas pleiteando a concessão de medidas liminares para o tratamento dos doentes, com reiterados descumprimentos justamente, pela ausência de estrutura mínima para atendimento. Há de se destacar que não podem os Entes Públicos desvencilhar-se de suas responsabilidades constitucionais, sob alegação de imprevisibilidade financeira ou mesmo fática, pois, conforme já dito, completamos mais de 01 (um) ano de pandemia. Tempo este suficiente para os Gestores (em todos os âmbitos) articularem-se com políticas sanitárias e capazes de manter o sistema único da saúde como ferramenta mestra de combate ao novo Coronavírus. (TJ PI. Ação Civil Pública. Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031. p. 04. Data da publicação 12/03/2021).

Diante de tal pleito, destaca-se principalmente a omissão do poder público em fornecer à população aquilo que se reputa essencial nesse período de grave crise sanitária da saúde pública. O requerente sustenta que a diminuição de leitos, em um momento de ascensão do número de internações por Covid-19, provocaria enorme prejuízo à população. Dessa maneira, o que se buscou por meio dessa Ação Civil Pública, foi o retorno ao patamar anterior do número de leitos de UTI que havia sido diminuído pelo poder público Estadual e Municipal.

Ainda sobre o tema da diminuição de leitos de UTI COVID-19, em Medida Cautelar na Ação Cível Originária nº 3.478 – Piauí, a Relatora: Ministra Rosa Weber, destaca:

Em condições tais, de recrudescimento da pandemia no território nacional, não é constitucionalmente aceitável qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, como por exemplo, no ponto que aqui importa, a que resulta em um decréscimo no número de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. [...] uma vez identificada omissão estatal ou gerenciamento errático em situação de emergência, como aparentemente ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcadas constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196) (STF - ACO: 3478 PI 0048888-76.2021.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/03/2021, Data de Publicação: 05/03/2021).

A Ministra esclarece que questões vitais como a saúde pública, não aprovam retrocessos injustificados, ainda mais na atual conjuntura de crise sanitária provocada pelo novo coronavírus – COVID-19. A defesa do direito fundamental à saúde estabelece uma

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

interpretação que dedique máxima eficácia aos ditames constitucionais, sendo proibido qualquer tipo de retrocesso.

Ademais, as políticas públicas de saúde, além de não retroceder, devem apresentar uma progressividade no tempo. Nesse sentido, Élide Pinto (2017, p. 82) esclarece:

A vinculação orçamentária para a área da saúde, seja na forma de tributos com destinação específica (como o são as contribuições sociais), seja na forma de gasto mínimo gerido por meio de fundo de saúde (artigo 77, §3º do ADCT), atribuiu sentido operacional ao dever até então impreciso de assegurar “progressividade” à política pública de saúde.

Portanto, demonstra-se a grande influência que o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da progressividade exercem sobre direito fundamental à saúde, visando garantir a estabilidade dos serviços implementados, bem como sua constante evolução. Garantindo-se, assim, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, por meio de um ordenamento constitucional comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, pretendeu-se avaliar de que forma o judiciário atua nas demandas envolvendo a tutela dos direitos fundamentais, em especial do direito fundamental à saúde. A partir do estudo doutrinário evidenciou-se que o fenômeno da “judicialização da saúde” representa uma maior atuação do poder judiciário quando existe omissão dos poderes públicos no cumprimento de suas obrigações constitucionais.

De início, o estudo trouxe uma perspectiva histórica sobre o tema, abordando a evolução do modelo de Estado Liberal ao Estado Social. Desse modo, até se chegar ao modelo de constituição que privilegia os direitos sociais, houve diversas transformações ao longo do tempo, partindo de um constitucionalismo antigo, passando pelo constitucionalismo liberal e transformando-se em um constitucionalismo social, que ampliou a atuação do Estado na proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, foi possível observar que a Constituição de 1988 representou um marco significativo no que diz respeito ao direito à saúde, trazendo consigo princípios e normas que evidenciam a importância do tema. Contudo, apesar do grande conteúdo de legislação voltada à saúde, o problema da falta de efetividade desse direito persiste no contexto brasileiro, sendo necessário em diversas situações a intervenção do poder judiciário para concretizá-lo.

Isso posto, é importante considerar a grande influência que o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da progressividade exercem sobre direito fundamental à saúde, visando garantir a estabilidade dos serviços implementados, bem como sua constante evolução. Garantindo-se, assim, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, por meio de um ordenamento constitucional comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais.

Ademais, ficou assente que a implementação do direito fundamental à saúde depende de um amparo específico garantido através de políticas públicas. Por meio da análise do texto constitucional, observa-se que a eficácia desses programas deve acontecer de forma progressiva, de modo que a sua concretização irá implicar em custo financeiro para o Estado.

A partir dessa análise, o que se verificou é que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está vinculada a um sistema econômico que muitas vezes impossibilita o efetivo exercício das políticas públicas sociais. Limites impostos pela denominada reserva do possível e previsão orçamentária são cada vez mais aplicados frente a concretização das políticas públicas, em especial no campo da saúde. Somado a isso, a falta de planejamento do orçamento público também reflete na carência da prestação desse direito.

Ficou demonstrado que o Estado não pode se exonerar das suas obrigações previstas constitucionalmente, somente alegando a sua reserva do possível, sendo necessário que se exponha objetivamente por meio de clara comprovação que não existem recursos financeiros para realização de tal direito.

As políticas públicas na área da saúde têm demonstrado serem insuficientes e pouco eficazes para atender as necessidades de toda população, ensejando, por consequência, uma busca cada vez mais constante da população ao poder judiciário para que possam ver os seus direitos garantidos.

Nesse sentido, havendo um direito fundamental violado, a intervenção do poder judiciário será indispensável para a salvaguarda da afetividade das normas constitucionais. Quando se fala na concretização desses direitos pelos tribunais, logo se conclui que existe uma ineficiência na promoção das garantias sociais, bem como uma ausência de ação por parte dos demais poderes públicos.

O direito à saúde é dotado de uma carga de fundamentalidade máxima, razão pela qual deve ser alvo prioritário dos gastos públicos, devendo ser garantidas as condições mínimas de vida, abaixo do qual esse benefício social não pode ficar.

Conclui-se, portanto, sem querer esgotar o tema aqui abordado em virtude da sua abrangência, amplitude e complexidade, que a intervenção judicial na aplicação efetiva de

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

políticas públicas de saúde, tem o poder de introduzir na administração pública o sentimento de encarar tais direitos com a devida seriedade e urgência que merecem, a fim de garanti-los a um maior conjunto de pessoas, de modo que seja alcançado certo grau de justiça social.

Desse modo, quando há uma omissão ou descaso na efetivação do direito fundamental à saúde por parte do poder público, será plenamente viável a atuação do Poder Judiciário para impor o fornecimento do mínimo existencial acima de qualquer outra coisa, em decorrência dos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana e da saúde. Cabendo-lhe, também, questões que vão além do mínimo existencial e que devem ser efetivadas de maneira a evitar o retrocesso.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde**. Brasília, DF: CONASEMS, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. – 3º ed. Revista e atualizada. - Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado. nº 3 (jul.-set./2006), p. 17-54. Disponível em: https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%ABlicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais._O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico. Acesso em: 01 de abril de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 01 de abril de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. - 32º ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Ação Civil Pública, Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031, publicada em 12/03/2021. Disponível em: <https://tjpi.pje.jus.br/1g/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 17 março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.478 Piauí. Relator(a) : Min. Rosa Weber. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/rosa-ordena-restabelecimento-leitos-uti.pdf>. Acesso em: 17 de março de 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6º ed. rev., atual. ampl. Bahia: Juspodivm, 2012.

FIOCRUZ. **Medidas de controle e organização dos sistemas e serviços de saúde**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/medidas-de-controle-e-organizacao-dos-sistemas-e-servicos-de-saude>. Acesso em 17 de março de 2021.

PINTO, Élidea Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional**. – 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6º.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 13 de março 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível** - formato PDF. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 6, nº 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-d-e-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf>. Acesso em: 17 de março de 2021.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37º ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. **Direito à Saúde: Evolução Histórica, Atuação Estatal, e Aplicação da teoria de Karl Popper**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 9, n. 2, p. 4 - 22, 8 jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12251>>. Acesso em: 16 de março de 2021.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 edição. 2013

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, Jul./set. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 01 de março de 2021.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE FLORIANO-PI: O CASO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL NOS ANOS DE 2015 e 2016 ¹

Adriano Barbosa Soares²

Maria Sueli Rodrigues de Sousa³

RESUMO: Este artigo enfoca a discussão sobre a violência doméstica e familiar no Município de Floriano – PI pelo empírico da 1ª Vara Criminal do município de Floriano-PI e o desafio das políticas públicas com a finalidade de garantir os direitos das mulheres. A partir da pesquisa realizada, identificou-se o perfil das mulheres vítimas de violência e do homem agressor. Os resultados obtidos com a pesquisa revelam que as mulheres que são partes nos processos, em sua maioria, são pessoas de baixa renda, com pouco grau de instrução e economicamente dependentes. Os homens, por sua vez, também fazem parte da camada mais pobre da população, possuem pouco nível de instrução e são responsáveis pelo sustento da família e a violência ocorre naqueles bairros mais pobres. A discussão e a necessidade de mudanças desde a concepção de ser homem, ser mulher, aos papéis desempenhados e às correlatas relações de poder por restringirem a atuação das mulheres e autonomia própria. O Estado precisa agir mais eficazmente, propor políticas públicas de prevenção e combate à violência contra a mulher, devendo essas medidas possuírem um caráter libertador, além da expansão, interiorização e o funcionamento dos serviços de atendimento à mulher vítima de violência.

Palavras-chave: Mulher; Violência; Políticas Públicas.

¹ Recebido em 15/07/2021

Aprovado em 29/06/2022

² Pós-graduado em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal do Piauí – UFPI, Floriano – PI, Brasil.

³ Professora do programa de Pós-graduação em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB.

INTRODUÇÃO

Nos registros históricos difundidos como cultura, há uma insistência em apresentar a mulher sob o rótulo de subordinada frente a uma sociedade com poder hegemônico masculino. Tal fato é de vital importância, uma vez que, esse estigma, construído social e culturalmente, encontra-se arraigado na sociedade nos dias atuais e produz muitos danos à sociedade.

A violência doméstica contra a mulher ainda faz parte de uma realidade cruel que vem assolando as mulheres, violando seus direitos, nas mais variadas idades, condição social e etnias.

Mesmo com a equiparação entre o homem e a mulher proclamada de modo tão enfático pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, inciso I e art. 226, §5º) e o surgimento da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006, a ideologia patriarcal ainda subsiste. A desigualdade sociocultural é uma das razões da discriminação feminina e, principalmente, pelo fato de os homens se sentirem como superiores e mais poderosos (VIANA; ANDRADE, 2012).

Surge a partir dessa linha de pensamento, a ideia de que o homem aprende a lógica da dominação masculina e a mulher absorve essa relação inconscientemente. Essa repetição é vista como algo inerente ao ser humano. Ela é repetida sem perceber, ou seja, a sociedade a legitima pela constante repetição (BOURDIEU, 2003).

Dessa forma, destaca-se o poder simbólico (BOURDIEU, 1989, p. 7-8) como “este poder invisível no qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.

A construção dos papéis de gênero é baseada numa relação de dominação existente do homem sobre a mulher, como algo cultural que vem sendo passado de geração a geração, o que coloca a mulher na posição de ser inferior e como submissa ao homem.

A violência contra a mulher é um problema de ordem pública a ser enfrentado pela sociedade brasileira, o que enseja a criação de políticas públicas por parte do Estado e seus diversos atores.

De acordo com a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, desenvolvida pela Secretaria de Políticas para as Mulheres, para o enfrentamento da violência faz-se necessária à implementação de políticas amplas e articuladas, que procurem dar conta da complexidade da violência contra as mulheres em todas as suas dimensões, sendo

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE FLORIANO-PI: O CASO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL NOS ANOS DE 2015 e 2016

imprescindível a atuação conjunta das mais diversas áreas envolvidas com a questão (saúde, segurança pública, justiça, educação, assistência social, entre outros).

Para isso, é válido esclarecer que existem 04 eixos estruturantes: - prevenção: ações educativas e culturais que interfiram nos padrões sexistas; - combate: ações punitivas a aplicação da Lei Maria da Penha; - assistência: rede de atendimento e capacitação de agentes públicos; - garantia de direitos: cumprimento da legislação nacional, internacional e iniciativas para o empoderamento das mulheres (BRASIL, 2011).

No Brasil, no ano de 2018, foram registradas 92.323 (noventa e dois mil, trezentos e vinte e três) denúncias pela Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180), 25,3% a mais do que no ano anterior 63.116 (sessenta e três mil e cento e dezesseis) casos classificados como violência doméstica.⁴

Desse modo, o estudo tem como objetivo de discutir como se manifesta a violência contra a mulher no município de Floriano – PI por meio dos casos levados ao poder judiciário na 1ª Vara criminal. Para isso, foi descrito o perfil e a distribuição da violência contra mulheres segundo características sociodemográficas da vítima e do autor da agressão e feito a discussão sobre as políticas públicas implementadas para o enfrentamento a esse tipo de violência.

MATERIAIS E MÉTODOS

O presente estudo tem natureza transversal, descritiva e de abordagem quantitativa e qualitativa (PRESTES, 2011), realizado por meio de análise documental (BARDIN, 1991), na 1ª Vara da localizada no Fórum Desembargador Adalberto Correia Lima, localizada no Município de Floriano – PI, que atualmente é destinada a atender as demandas que versem sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A população deste estudo foi constituída de 172 (cento e setenta e dois) sujeitos, que são partes nos processos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, em que foram oferecidas denúncias entre os anos de 2015 e 2016.

Foram incluídos na pesquisa todas as pessoas que são partes nas ações penais oriundas de violência doméstica, que estavam presentes nos relatórios gerados pelo Sistema Themis-WEB, entre os anos de 2015 e 2016, e não houve exclusão, uma vez que todos os sujeitos presentes nos relatórios emitidos foram incluídos nos dados da pesquisa.

⁴ Disponível em:

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/01/08/interna-brasil,729519/feminicidios-e-tentativas-de-assassinato-disparam-no-brasil-em-2018.shtml>. Acesso em: Janeiro de 2019.

As fontes documentais escolhidas foram processos criminais, na 1ª Vara da Comarca de Floriano – PI, compreendendo o período dos anos de 2015 e 2016. A pesquisa foi autorizada pelo Juiz Titular da 1ª Vara de Floriano e, uma vez autorizada, o Chefe de secretaria forneceu as informações necessárias para a realização da mesma, que foi feita no período de dezembro de 2018.

No que diz respeito ao acesso aos processos, foi de suma importância a utilização do Sistema Themis – Web, ferramenta que possibilitou a análise precisa dos dados, através de documentos eletrônicos, uma vez que são gerados relatórios que tratam, justamente, das ações que envolvem a Lei Maria da Penha, tornando quase desnecessário o manuseio de processos físicos e um não comprometimento nos serviços rotineiros da secretaria.

Procurou-se pautar um lapso temporal que fosse o mais atual possível, devido a tentativa de evitar que os processados ora pesquisados já estivessem arquivados.

Além disso, a intimidade das pessoas pesquisadas foi mantida, os nomes e informações que possam identificá-las, foram completamente omitidos.

A análise dos dados ocorreu por meio do programa estatístico SPSS Versão 20.0 (Statistical Package for the Social Sciences), compreendendo a distribuição de frequências absolutas e relativas, o teste de Mann-Whitney foi utilizado para verificar a diferença de adesão entre as variáveis categóricas como análise de conteúdo.

A análise de conteúdo representa o instrumento de pesquisa empregado para determinar a presença de algumas palavras ou conceitos dentro de um texto ou conjunto de textos e, a partir da análise dos dados (qualitativa e/ou quantitativa) e das relações entre eles, com a finalidade de fazer inferências sobre as mensagens contidas no texto (BARDIN, 1991).

É importante destacar que os processos analisados são públicos e como não houve entrevistas, nem a identificação das pessoas que são partes nos processos vistoriados, não foi necessária a aprovação pelo Comitê de Ética em Pesquisa. Ademais, foram observadas as demais disposições constantes na Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2012), que trata acerca das pesquisas envolvendo seres humanos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Apresentados os métodos adotados na realização da pesquisa que se desenvolveu na 1ª Vara Criminal da Comarca de Floriano – PI, será feita a exposição dos resultados obtidos. Esses resultados serão apresentados em forma de tabelas e figuras.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE FLORIANO-PI: O CASO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL NOS ANOS DE 2015 e 2016

A Tabela 1 apresenta a caracterização sociodemográfica das mulheres que denunciaram o seu agressor. No que diz respeito as duas faixas etárias com maior frequência na 1ª Vara de Floriano – PI, conclui-se que prevaleceram as mulheres de 30 a 39 anos de idade (32%), na data do registro da violência. No entanto, é válido destacar que cada uma das faixas etárias estudadas, contidas no intervalo de 15 a 60 anos, estão representadas por uma concentração percentual expressiva diante do quadro geral, o que nos leva a entender que a violência contra a mulher não atinge uma faixa etária específica. Note-se, ainda, casos de violência contra a mulher adolescente (7%), bem como idosa (14%).

Quanto ao estado civil das mulheres, 41% eram solteiras; 23% conviventes e 18% casadas. Tal percentual se repetiu, com leves alterações, em relação ao estado civil dos homens, no qual 49% eram solteiros, 20% conviventes e 19% casados (Tabela 2). Vale ressaltar, todavia, que essa delicada alteração no estado civil de ambos não implica em erros na pesquisa, uma vez que a violência doméstica pode ser praticada por cônjuge, companheiro, pai, filho, tio, irmão, etc., ou seja, os casos que são relatados nem sempre se tratam de relação conjugal (MEDEIROS, 2015).

Em relação ao grau de escolaridade, a tabela demonstra que 20% das mulheres com processo sequer concluíram o ensino fundamental e somente 5% possuem ensino superior. Vale destacar ainda, que em 40% das mulheres não há informação do seu grau de instrução, uma vez que nos procedimentos investigatórios não foi feita a qualificação completa das mesmas. Foi identificado ainda que em muitos casos, não foram juntados os documentos das mulheres vítimas, deixando muito a desejar na sua descrição.

No mesmo sentido, os estudos realizados por Claudia Silva em 2010, na cidade de Dourados, Rio Grande do Sul – RS, revelou que 74% das mulheres possuem baixa escolaridade.

Isto se dar devido a maioria das mulheres que acionam o poder judiciário serem pobres, com baixo nível de instrução e que moram em bairros mais pobres (ALIMENA, 2010; IZUMINO, 1997). Em relação as mulheres de classes mais altas, com grau de escolaridade elevado e financeiramente independentes, em geral, não procuram o judiciário. Ou seja, essas mulheres têm a possibilidade de sair de casa e procurar ajuda em outros aparatos (não o penal), ao lado da psicologia, grupos de apoio, entre outros (ALENCAR; MELO, 2011).

No que tange à profissão exercida pelas mulheres vítimas, o estudo mostra que 71% delas têm ocupação. No entanto, em sua grande maioria são donas do lar, ou seja, se dedicam apenas à atividade doméstica, o que muitas das vezes, indica a ausência de independência

econômica. Fator este que deixa mais evidente a superioridade do homem. Destaque-se, ainda, as mulheres que afirmaram não possuir nenhuma profissão, o que demonstra a sua total dependência em relação ao agressor.

Importante destacar que a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher dispõe que deve haver uma atuação integrada das mais variadas esferas públicas para o seu combate. A Política Nacional prevê ações no sentido que desconstruam as desigualdades e combatam as discriminações de gênero e a violência contra as mulheres; interfiram nos padrões sexistas/machistas ainda presentes na sociedade brasileira; promovam o empoderamento das mulheres; e garantam um atendimento qualificado e humanizado às mulheres em situação de violência (BRASIL, 2011).

No entanto, como se observa pela análise dos dados que não vêm sendo aplicadas no Município de Floriano. Não há centros de referência, casas de abrigo, nem mesmo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Não são efetivadas políticas de empoderamento da mulher, de colocação no mercado de trabalho, nem incentivos para a educação.

As mulheres podem se socorrer com a Defensoria Pública, a Delegacia e o Ministério Público. A Defensoria Pública é vista como uma válvula de escape para as mulheres vítimas de violência, uma vez que a Defensoria, mesmo com poucos recursos e não acumulando apenas a competência de demandas da Lei Maria da Penha, disponibiliza às mulheres atendimento diferenciado com uma psicóloga e assistente social.

Tabela 1. Caracterização sociodemográfica das mulheres que denunciaram violência em Floriano, Piauí, 2015-2016.

Variáveis	N	%
Faixa etária		
15-19 anos	6	7,0
20-29 anos	18	21,0
30-39 anos	28	32,0
40-49 anos	13	15,0
50-59 anos	10	11,0
60 anos ou mais	12	14,0
Estado civil		
Casada	16	18,0

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE FLORIANO-PI: O CASO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL NOS ANOS DE 2015 e 2016

Solteira	36	41,0
Separada	7	8,0
Viúva	6	7,0
União estável	20	23,0
Não informado	2	2,0
Escolaridade		
Não alfabetizada	4	5,0
Ens. Fund. Incompleto	17	20,0
Ens. Fund. Completo	5	6,0
Ens. Médio Incompleto	3	3,0
Ens. Médio Completo	16	18,0
Ens. Superior Incompleto	3	3,0
Ens. Superior Completo	4	5,0
Não Informado	35	40,0
Ocupação		
Sim	62	71,0
Não	11	13,0
Aposentada	6	7,0
Não informado	8	9,0
Total	87	100,0

Fonte: O Autor (2018).

Na Tabela 2 observa-se a caracterização do autor da agressão, bem como o tipo de crime praticado. A relação familiar entre mulher e acusado na data do registro da violência em 43% dos casos, eram ex-companheiros ou ex-cônjuges. Já em 24% eram companheiros ou cônjuges.

A totalidade de crimes com incidência na 1ª Vara da Comarca de Floriano – PI, dentre os quais se destacam a ameaça (35%); ameaça e lesão corporal (31%) e lesão corporal (19%).

Dados semelhantes foram obtidos na pesquisa promovida pelo Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Teresina – PI (2013), em 31,58% dos casos, a ameaça foi o crime de maior incidência. A respeito do crime de ameaça pode notar que em alguns casos, foi proferida sentença de absolvição, uma vez que não restou demonstrada a ocorrência do crime.

Em relação à idade dos homens, as faixas etárias com maior frequência na 1ª Vara de Florianópolis – PI, prevalece que 65% têm entre 30 a 49 anos de idade na data do fato. Destaca-se que as concentrações percentuais das faixas etárias tanto dos homens quanto das mulheres são correspondentes, com algumas alterações, para mais ou para menos.

Segundo o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), do Ministério da Justiça, a maioria dos homens (69,7%) possui entre 18 e 34 anos (DEPEN, 2012). Ademais, de acordo com o estudo realizado pelo Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Teresina – PI (2013), onde 68,74% dos agressores possuem de 18 a 49 anos de idade na data do registro da violência.

Percebe-se, ainda, que em relação ao estado civil dos homens, 49% eram solteiros, 20% conviventes e 19% casados. No que concerne ao grau de escolaridade dos homens, 35% não chegaram a completar o ensino fundamental, 14% concluíram o ensino médio e apenas 2% possuem ensino superior completo. É importante ressaltar que 29% dos homens não há informação do grau de estudo.

Quanto à ocupação, 84% possuem profissão. Isso reflete a dominação econômica que existe em relação à mulher. Em muitos dos casos, as mulheres continuam na relação por conta da dependência econômica existente. O Plano Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher prevê que deve ser dado amplo ingresso ao mercado de trabalho para as mulheres, no entanto está muito longe do ideal (BRASIL, 2011).

Em relação ao uso de drogas, grande parte das mulheres mencionam que o homem-agressor não faz uso. Estudo desenvolvido com mulheres acerca da prevalência de tipos de violência e de comportamentos de controle praticados por parceiros íntimos, mostrou um percentual significativo de 87% de agressores não fazem uso de drogas. O uso de drogas pode contribuir para episódios de agressão em função dos efeitos de redução do controle do comportamento e aumento de sensações persecutórias.

Tabela 2. Caracterização do autor da agressão, Florianópolis, Piauí, 2015-2016.

Variáveis	N	%
Autor da agressão		
Companheiro/cônjuge	21	24,0
Ex-companheiro/cônjuge/namorado	37	43,0
Amigo	1	1,0
Outro familiar	28	32,0
Crime praticado pelo agressor		

**VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE FLORIANO-PI: O CASO
DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL NOS ANOS DE 2015 e 2016**

Ameaça	30	35,0
Lesão corporal	16	19,0
Ameaça e lesão corporal	26	31,0
Tentativa de homicídio	4	5,0
Homicídio	1	1,0
Extorsão	6	7,0
Dano	1	1,0
Contravenção penal	1	1,0
Faixa etária		
15-19 anos	1	1,0
20-29 anos	22	26,0
30-39 anos	33	39,0
40-49 anos	19	22,0
50-59 anos	6	7,0
60 anos ou mais	4	5,0
Estado civil		
Casado	16	19,0
Solteiro	41	49,0
Separado	4	5,0
Viúvo	2	1,0
União estável	17	20,0
Não informado	5	6,0
Escolaridade		
Não alfabetizado	4	5,0
Ens. Fund. Incompleto	30	35,0
Ens. Fund. Completo	4	5,0
Ens. Médio Incompleto	4	5,0
Ens. Médio Completo	12	14,0
Ens. Superior Incompleto	4	5,0
Ens. Superior Completo	5	2,0
Não Informado	25	29,0
Ocupação		
Sim	71	84,0

Não	1	1,2
Aposentado	4	4,7
Não informado	9	10,6
Usuário de álcool ou drogas*		
Sim	23	27,0
Não	62	73,0
Total	85	100,0

*Informado pela vítima.

Fonte: O Autor (2018).

Para uma melhor percepção da violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade de Floriano, foi realizado o levantamento por bairros, destacando aqueles em que a incidência é maior, proporcionando uma melhor visualização da distribuição da violência, tal como demonstram as Figuras 1 e 2 a seguir, entre os anos de 2015 e 2016.

Percebe-se que no ano de 2015, os bairros com maiores índices de violência foram o Bom Lugar e o Meladão. Já em 2016, a violência continuou com maior incidência no Meladão, e no Bom Lugar diminuiu. No entanto, em relação aos demais bairros houve um crescimento, como na Taboca, Irapuá II, Centro, Caixa D' Água e Sambaíba Velha.

Tal fato pode estar ligado ao aumento no número de denúncias por parte das vítimas. Segundo a delegada Marília de Brito⁵, a violência contra a mulher sempre existiu, a diferença é que as mulheres têm denunciado cada vez mais. As mulheres vítimas de violência, passaram a procurar a delegacia no primeiro sinal de violência.

No que diz respeito aos bairros habitados por essas mulheres e homens, tem-se o entendimento de que a grande maioria se trata de bairros pobres, não só por parte da percepção que possuem da cidade em que moro, mas também da correlação com os dados do senso demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizado em 2010.

Ademais, um diferencial que existe em relação ao Bairro Meladão é de que lá se encontram conjuntos habitacionais e que grande parte da população se deslocou para aquele bairro, além de ficar longe do centro da cidade. Os bairros com maiores índices necessitam de implementação de ações que visem diminuir a violência contra a mulher.

Verifica-se que a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher prevê algumas ações que devem ser realizadas, relacionadas a um de seus eixos: a prevenção.

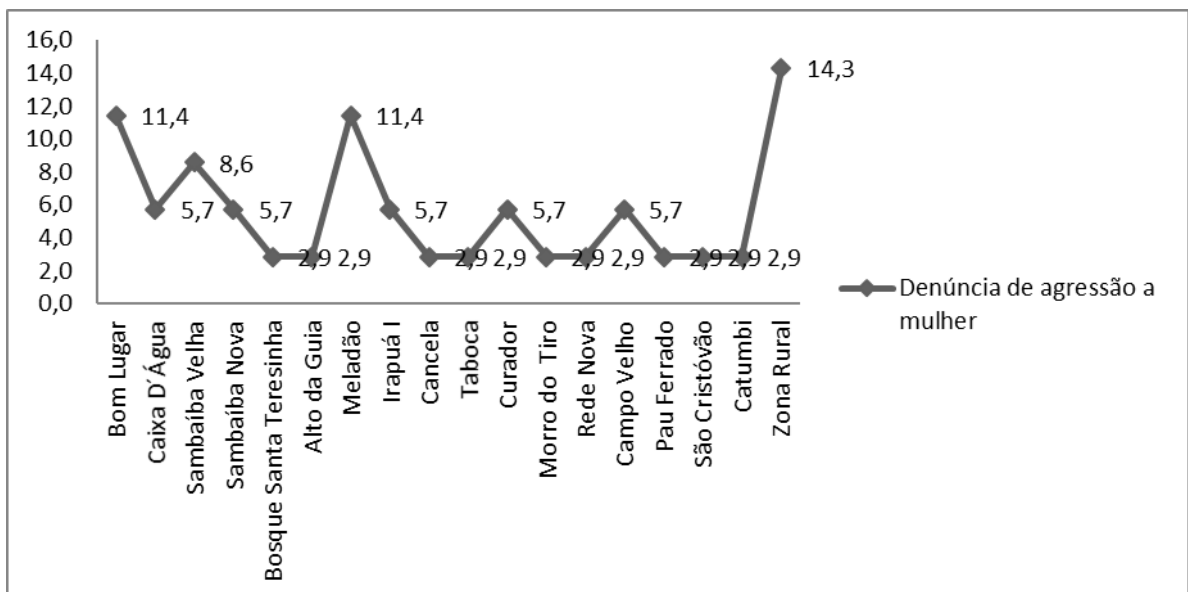
⁵ Disponível em:

<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2016/01/mulheres-denunciam-mais-e-perfil-de-casos-de-violencia-muda-diz-delegada.html>. Acesso em: Dezembro de 2018.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE FLORIANO-PI: O CASO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL NOS ANOS DE 2015 e 2016

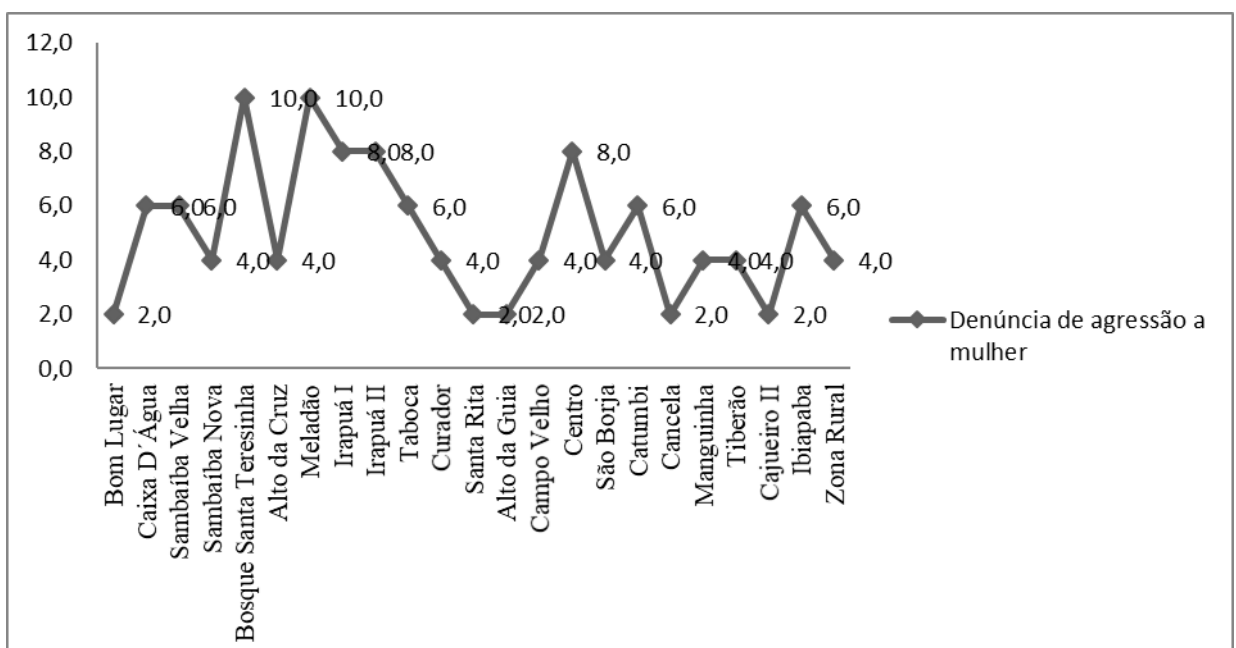
Neste ponto, a prevenção é uma forma de implementar ações que desconstruam os mitos e estereótipos de gênero e que modifiquem os padrões sexistas, perpetuadores das desigualdades de poder entre homens e mulheres e da violência contra as mulheres. Esse eixo não visa somente incluir ações educativas, mas também ações culturais que espalhem atitudes igualitárias e valores éticos de irrestrito respeito às diversidades de gênero, raça/etnia, geracionais e de valorização da paz (BRASIL, 2011).

Figura 1. Distribuição de denúncia de agressão a mulher por bairros, Floriano, Piauí, 2015.



Fonte: O Autor (2018).

Figura 2. Distribuição de denúncia de agressão a mulher por bairros, Floriano, Piauí, 2016.



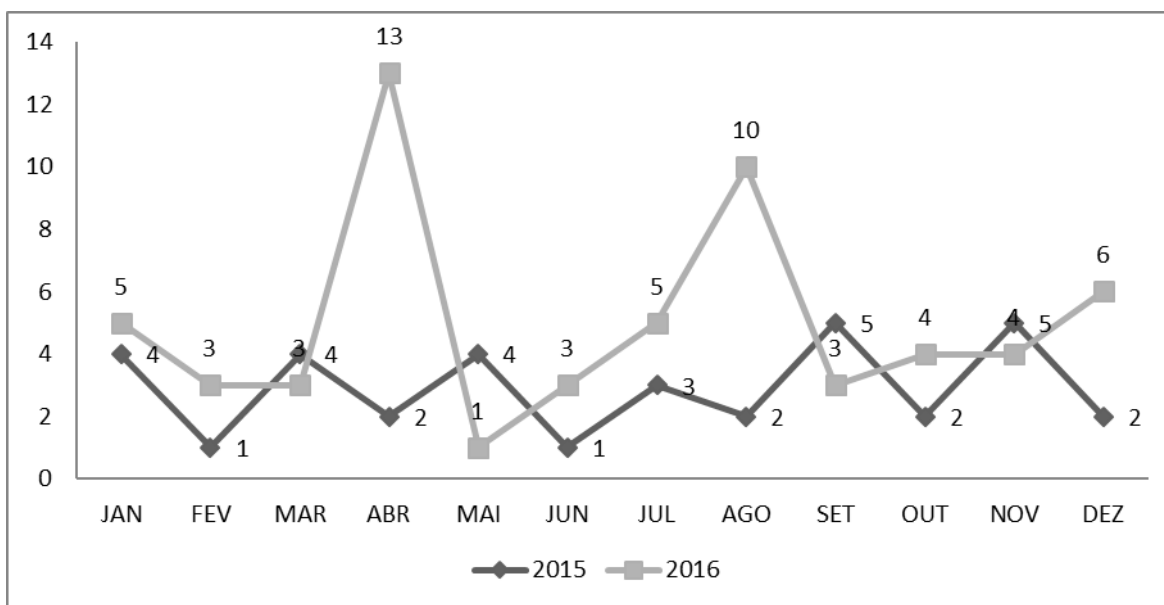
Fonte: O Autor (2018).

Na Figura 3 serão analisados os casos de violência doméstica registrados entre os anos de 2015 e 2016, destacando o total de denúncias oferecidas a cada mês. O total de processos analisados foi 95.

O resultado revela que os meses de junho e agosto de 2016 tiveram um aumento do número de denúncias oferecidas, comparado ao mesmo período de 2015. Nos outros meses houve uma constante nos resultados. Considerando o índice geral, nota-se que houve um aumento significativo no número de denúncias ofertadas entre o período analisado.

De acordo com a pesquisa divulgada pelo DataSenado em 2015, com a exceção do ano de 2009, a violência doméstica e familiar contra a mulher, os dados se mantiveram estatisticamente equivalentes no decorrer dos anos, ou seja, houve uma estabilização no número das denúncias ofertadas. Pela pesquisa realizada na 1ª Vara de Florianópolis, pode notar que a violência vem aumentando gradativamente ao longo dos anos.

Figura 3. Distribuição de denúncia de agressão a mulher por meses, Florianópolis, Piauí, 2015-2016.



Fonte: O Autor (2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo permitiu concluir que as mulheres que são partes nos processos, em sua maioria, são pessoas de baixa renda, com pouco grau de instrução e economicamente dependentes. Os homens, por sua vez, também fazem parte da camada mais pobre da

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE FLORIANO-PI: O CASO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL NOS ANOS DE 2015 e 2016

população, possuem pouco nível de instrução e são responsáveis pelo sustento da família. A violência ocorre naqueles bairros mais pobres.

Apesar da violência está concentrada nesta camada da população, ela não é exclusiva apenas das classes menos favorecidas. No entanto, fica evidente que na maioria dos casos, a procura pela tutela do poder judiciário é o único meio encontrado por essas mulheres para, tentar de alguma forma, cessar a violência.

É possível inferir que as mulheres estão sim utilizando a Lei, mas não com o propósito que ela tem que é de punir os agressores. Elas estão buscando uma forma de conseguir cessar a violência que sofrem em seus lares, no entanto, ainda não mudaram a condição de subordinação e dominação a que foram sempre submetidas.

Vê-se, portanto, a necessidade de modificar as percepções que foram construídas no meio social envolvendo as mulheres, restringindo suas ações e autonomia própria. O Estado precisa agir mais eficazmente, propor políticas públicas de prevenção e combate à violência contra a mulher, devendo essas medidas possuírem um caráter libertador. A comunidade também deve abraçar as mudanças empreendidas a fim de retirar o rótulo de que a mulher é um ser inferior e subordinado ao homem.

É certo que ainda existem muitos desafios a serem enfrentados, no entanto é necessária uma expansão, interiorização e o funcionamento dos serviços em rede, além da criação do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher constituído com uma equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29 da Lei 11.340/06), da casa de abrigo, bem como o serviço de educação e responsabilidade do agressor.

Em um próximo estudo, pretende-se a partir do debate intenso entre autoridades e população, realizar um estudo com os desafios e caminhos futuros da política de prevenção de violência contra a mulher.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, D. N.; MELLO, M. M. P. A Lei Maria da Penha e sua aplicação na cidade de Recife: uma análise crítica do perfil do “agressor” nos casos que chegam ao Juizado da mulher. **Sociais e Humanas**, v. 24, n. 02, p. 09-21, 2011.

ALIMENA, C. M. **A tentativa do (im)possível: feminismos se criminologias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Edições 70. Lisboa: LDA, 1991.

BRASIL. Conselho Nacional de Pesquisa. Resolução nº 466/12 sobre pesquisa envolvendo seres humanos. 2012.

_____. **LEI MARIA DA PENHA**. Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006, Presidência da República.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2010/indic_sociais2010.pdf. Acesso em: dezembro de 2018. (Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, número 26).

_____. Presidência da República. Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília: SPM-PR, 2011. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica-nacional>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

_____. **O poder simbólico**. Coleção Memória e sociedade. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CAMPOS, C. H. Violência de gênero e o novo sujeito do feminismo criminológico. In: **Fazendo Gênero 9 - Diásparas, Diversidades, Deslocamentos**, Florianópolis, 2010.

CORREGEDORIA Geral da Justiça do Estado do Piauí. **Relatório de Estudo**. A Violência Doméstica em Teresina: Um enfoque da violência no contexto do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Cidade de Teresina-PI". Teresina-PI. Outubro/2013.

DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Censo penitenciário 2012**. Brasília, 2012.

IZUMINO, W. P. **Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gêneros**. São Paulo: Annablume, 1998.

PESQUISA DataSenado. **Pesquisa de opinião pública nacional: violência doméstica e familiar contra a mulher**. (2015). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2015/08/10/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>. Acesso em: dezembro de 2018.

PRESTES, M. L. M. **A pesquisa e a construção do conhecimento científico: do planejamento aos textos, da escola a academia**. 4. ed. São Paulo: Rêspel, 2011.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE FLORIANO-PI: O CASO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL NOS ANOS DE 2015 e 2016

VIANA; ANDRADE, 1997, Apud DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HUMANIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: POR UMA EXECUÇÃO PENAL MAIS JUSTA E RESSOCIALIZADORA¹

Carlos Alberto Bezerra Chagas²

RESUMO: A crise do sistema penitenciário brasileiro não é recente, sendo por todos conhecida. Os estabelecimentos prisionais nacionais são desprovidos de recursos materiais e humanos aptos à efetivação da finalidade ressocializadora da execução penal. Esta, na prática, tem sido tratada como uma mera fase procedimental necessária para tornar concreta a pena ou medida de segurança aplicada. O excesso de execução é claro e gritante, vez que, mais do que a liberdade, retira-se do preso ou internado a dignidade humana. É necessário que a execução da pena seja desenvolvida à luz dos princípios constitucionais penais, pois somente assim será possível reintegrar o apenado e o internado ao convívio social.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Princípios Constitucionais. Ressocialização.

¹ Recebido em 14/08/2021

Aprovado em 07/06/2022

² Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Possui cursos de especialização em Direito Penal Econômico, Direito Penal e Processo Penal e em Direito Notarial e Registral. Juiz de Direito no Piauí. Professor Universitário; E-mail: karlusce@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário nacional, desde longa data, tem se revelado ineficaz aos fins da execução penal, não oferecendo condições para a reintegração social do condenado e do internado, sobretudo, porque tem se desenvolvido à margem dos princípios constitucionais da legalidade, humanidade e individualização da pena.

O presente trabalho tem, portanto, o objetivo de demonstrar a necessidade do cumprimento da pena e da medida de segurança à luz dos valores fundamentais presentes na Constituição Federal, atinentes à execução penal, como forma de garantir a esperada ressocialização.

A importância do estudo decorre da constatação de que o processo de execução penal, na prática, desconsidera o apenado enquanto sujeito de direitos, tratando-o como mero objeto do procedimento, resultando na sua indesejável dessocialização.

Relatórios de entidades voltadas ao acompanhamento e fiscalização do sistema carcerário nacional, como Conselho Nacional do Ministério Público e Departamento Penitenciário Nacional, demonstram o crescimento da população carcerária e os diversos problemas presenciados nos estabelecimentos prisionais do país, evidenciando que garantias e direitos dos reclusos têm sido, diuturnamente, desrespeitados.

Em um primeiro momento, examina-se o conceito, a natureza jurídica e as finalidades da execução penal, onde se percebe que são três os sistemas de execução existentes e que ela é dotada de objetivos claros e bem definidos.

São apresentados os princípios da legalidade, humanidade e individualização da pena, que, dentre aqueles elencados pela doutrina, considera-se os mais relevantes para a execução penal, especialmente para sua finalidade de ressocialização.

O trabalho expõe, também, o quadro do sistema penitenciário brasileiro, sua incapacidade de cumprir com a finalidade da prevenção especial positiva da pena, segundo a qual a execução deve buscar reintegrar o autor do injusto penal ao harmônico convívio social.

O artigo é concluído com o exame crítico do texto, onde se busca analisar as consequências da marginalização, na execução penal, dos princípios abordados, bem assim os efeitos que, por outro lado, podem decorrer caso venham a ser observados.

2 EXECUÇÃO PENAL

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HUMANIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: POR UMA EXECUÇÃO PENAL MAIS JUSTA E RESSOCIALIZADORA

Após o devido processo legal, restando comprovadas a materialidade e a autoria de uma infração penal, cabe ao Estado-Juiz a imposição da sanção cominada no tipo penal, sobressaindo-se a privativa de liberdade como a mais grave.

De fato, após transitar em julgado a sentença penal condenatória, onde restou afirmada a responsabilidade do acusado pela prática de um crime ou de uma contravenção, a atividade jurisdicional volta-se à efetivação da pretensão punitiva do Estado, mediante a execução do título judicial formado, que, por razões lógicas, difere daquela promovida no juízo cível.

Se no cível, a execução depende de provocação da parte legítima, na seara penal, a concretização do título judicial é determinada *ex officio* pelo magistrado, desenvolvendo-se conforme as normas dispostas na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a execução penal no Brasil. No campo penal, como bem afirma Vicente Greco Filho (2012, p. 66), “a execução se realiza por força da própria sentença, que já tem cargo executivo. Executa-se por ordem do juiz, *per officium iudicis*.”

Trata-se de lei nacional aplicável a todo e qualquer processo de execução penal promovido no território brasileiro, marcada pelo princípio da legalidade, o qual, consoante deixa claro a sua exposição de motivos, domina o corpo e o espírito do projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.

A Lei de Execução Penal, na verdade, traz em seu corpo um conjunto de princípios e regras jurídicas voltados a delimitar o processo de concretização da sanção criminal, dispondo sobre seu objeto, classificação do condenado e do internado, assistência, deveres, direitos e disciplina, órgãos da execução penal, estabelecimentos penais e execução das penas em espécie.

Inegável, portanto, que a Lei n. 7.210/84 consiste em amplo e bem elaborado diploma legal, destinado a efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, como bem deixa claro seu primeiro dispositivo.

Nada obstante a realidade do sistema prisional brasileiro, a Lei de Execução Penal nacional é tida por muitos como uma das mais avançadas do mundo, editada com objetivo de dar maior segurança jurídica no cumprimento da sanção criminal, sob pálio, principalmente, dos princípios da legalidade, humanidade e individualização da pena.

No campo normativo, não se deve olvidar da Resolução n. 113, de 20 de abril de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, e que visa, dentre outros fins, uniformizar

procedimentos relativos à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, no âmbito dos tribunais.

Conforme o seu art. 1º, a sentença penal condenatória será executada nos termos da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, da lei de organização judiciária local e da referida resolução, devendo compor o processo de execução, além da guia, no que couber, as peças e informações indicadas no referido dispositivo. Determinação praticamente idêntica à contida no art. 14, relativa à execução da medida de segurança.

Ademais, nos termos dos arts. 3º e 16, da Resolução - CNJ n. 113/2010, o juiz competente para a execução da pena ou da medida de segurança ordenará a formação do processo de execução, a partir das peças referidas no artigo 1º.

Não há dúvida, portanto, que a referida resolução representa relevante ato normativo que, além de uniformizar o procedimento, traça regras claras e objetivas que auxiliam o magistrado na condução do processo de execução penal, indicando, por exemplo, quais as peças devem instruir os autos, os requisitos das guias de recolhimento e do atestado de pena a cumprir.

Além disso, a Resolução – CNJ n. 113/2010 deixa claro a necessidade de formação de novo processo, autônomo e próprio à efetivação da pena, afastando, portanto, o entendimento de se tratar de mera fase procedimental.

Esta característica resta evidente pela possibilidade, inclusive, da execução se desenvolver perante juízo territorialmente diverso (art. 2º), como ocorre na grande maioria dos casos, em que o juízo de conhecimento se situa em comarca diversa daquela da execução penal.

Por esta razão, entendemos por bem conceituar a execução penal como sendo o processo, próprio e autônomo, destinado a efetivar as disposições da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, tornando efetiva a pretensão executória do Estado e voltado à ressocialização do condenado ou à cura do internado.

Deve ser lembrado, todavia, a existência de corrente doutrinária segundo a qual a execução penal consiste em mera fase processual. Neste sentido, Guilherme de Sousa Nucci (2018, p. 16) define a execução penal como “fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal.”

A bem da verdade, deve ser dito que o debate sobre a natureza jurídica da execução penal remonta a longa data, tendo Ada Pellegrini Grinover (1978, p. 53/54), já antes da entrada em vigor da Lei n. 7.210/84, escrito:

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HUMANIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: POR UMA EXECUÇÃO PENAL MAIS JUSTA E RESSOCIALIZADORA

Para permanecer apenas na doutrina processual italiana, que tão profundamente influiu sobre a nossa, podemos mencionar, em primeiro lugar, os autores que, acentuando a importância do art. 577 do Código de Processo Penal, configuram a atividade executiva como sendo de natureza tipicamente administrativa.

Levando em consideração a natureza da função jurisdicional e seu escopo de atuação no ordenamento jurídico, outra autorizada corrente doutrinária sustenta a natureza jurisdicional da execução da pena. Na mesma conclusão, por distintas razões, chegam outros autores, que salientam que os atos coercitivos dos órgãos administrativos são legais e eficazes na medida em que dimanam de ato jurisdicional, que os pressupõe.

Já em uma posição intermediária alinha-se outra corrente doutrinária que não reconhece à execução penal caráter propriamente jurisdicional, mas sim “processual”: tratar-se-ia, substancialmente, do último “momento” do iter processual que tem seu ponto culminante na prolação da sentença.

Salo de Carvalho (2008, p. 162) lembra que, “na doutrina, a natureza jurídica da execução penal é indicada por três sistemas: os sistemas administrativos, os sistemas jurisdicionais e os ‘sistemas mistos’.”

Nos sistemas administrativos, a pena é aplicada pelo Poder Judiciário, mas a sua execução é tarefa atribuída ao Executivo, que a promove sem a intervenção daquele. No sistema jurisdicional, o Poder Judiciário não esgota sua atividade com a aplicação da pena por ocasião da sentença, mas controla todas as etapas de execução penal. Por fim, nos sistemas mistos, a atividade jurisdicional se associa à do Poder Executivo, de modo que a execução da pena ocorre por meio de um processo jurídico-administrativo.

Analisando a Lei n. 7.210/84, especialmente o seu Título III, na parte que cuida dos órgãos da execução penal, parece-nos clara a natureza jurisdicional da execução penal. Com efeito, nos termos do art. 65 do referido diploma legal, a execução penal compete ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

A participação do Poder Executivo no processo de efetivação da sanção criminal não afasta esta natureza, uma vez que cabe ao juízo da execução e, não à Administração Penitenciária, determinar as providências necessárias ao efetivo cumprimento da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, mediante a prática dos atos indicados no art. 66 da Lei de Execução Penal, tais como decidir sobre soma ou unificação de penas, progressão

ou regressão de regimes, cumprimento da pena ou medida de segurança em outra comarca, não havendo previsão de prática destes pela Administração Penitenciária.

Por outro lado, a circunstância de, na execução penal, o juiz não necessitar de provocação para agir, podendo, além de impulsionar o andamento processual, instaurar e resolver *ex officio* incidentes, não lhe retira a natureza jurisdicional.

O que caracteriza a jurisdição é a imutabilidade, após o trânsito em julgado, com que as suas decisões são proferidas, não a inércia típica do processo comum. A execução penal é processo especial e possui características próprias, inexistentes nos demais, justificadas pelo seu objeto específico e excepcional, que é a restrição da liberdade, para preservação da ordem tuteladora dos bens jurídicos mais relevantes.

A atuação do Poder Executivo na execução penal se restringe ao fornecimento dos meios materiais necessários à realização da atividade jurisdicional desenvolvida, como, por exemplo, a disponibilização de agentes prisionais para vigilância do apenado, que se encontra recluso por força de uma decisão judicial, a construção e manutenção dos estabelecimentos prisionais, para cumprimento das sanções infligidas.

Como bem afirma Alexis Couto de Brito (2019, p. 41/42):

Atualmente, a exemplo da Alemanha e de grande parte dos países europeus, Itália e França reconhecem a jurisdicionalidade da execução da pena.

A execução penal brasileira é eminentemente judicial. O processo é conduzido pelo Judiciário, dentro dos ditames do devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais referentes a um processo penal, como a ampla defesa, o contraditório, presunção de inocência etc. Também é de competência do juiz a resolução dos incidentes e demais questões que sobrevenham à execução da pena. Nem mesmo a direção dos estabelecimentos penais por uma autoridade administrativa elide o caráter jurisdicional das decisões sobre os rumos da execução. O juiz, a todo momento, é chamado a exercer plenamente sua função jurisdicional.

Não há dúvidas de que a fixação, a manutenção e a extinção da pena não são passíveis de ocorrerem por força de decisão da Administração Penitenciária, mas tão somente mediante provimento oriundo do Poder Judiciário, observada, no caso concreto, a competência legal.

Assim, a execução penal desenvolve-se sobre a tutela do Poder Judiciário, com vistas a alcançar suas finalidades. Estas constam explícita e implicitamente nas disposições da Lei n. 7.210/84, de modo que conhecê-las é imprescindível para um justo e ressocializador processo de execução da pena.

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HUMANIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: POR UMA EXECUÇÃO PENAL MAIS JUSTA E RESSOCIALIZADORA

2.2 FINALIDADES

No atual estágio das ciências penais, é inegável que a sanção criminal se volta a finalidades utilitárias, não se prestando, tão somente, à retribuição do mal causado pelo delito.

Nesse sentido, é conhecida a doutrina de Claus Roxin, segundo a qual a pena serve a fins exclusivamente racionais e deve possibilitar a vida em comum sem perigos. Para ROXIN (1986, p.40), “a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade”. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora.”

DUEK MARQUES (2016, p. 11-12), afirma que “a sanção, como mero castigo ou como vingança, não pode servir de fundamento para legitimar o sistema penal em um Estado democrático de direito.” Neste sentido, cita Mariano Ruiz Funes, para quem:

As penas devem inspirar-se em uma ideia de justiça, que corrija o intenso desejo expiatório e anule a vingança. A justiça, ao conferir proporção razoável entre o delito, culpabilidade e pena, estabelece a melhor retificação de todo anseio vingativo. A vingança visa ao passado. A justiça deve visar ao futuro.

No ordenamento jurídico brasileiro, a exposição de motivos da Lei n. 7.210/84 é expressa e clara ao afirmar que a execução penal possui finalidades de duas ordens. Diz, portanto, que visa-se “a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.”

A referida lei, em seu art. 1º, declara que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, demonstrando que a efetivação da condenação ou absolvição imprópria busca mais que a punição do autor do fato delituoso.

Não se pode, portanto, esperar do processo de execução penal unicamente a imposição de um castigo àquele que cometeu o injusto penal, embora esta retribuição também seja um dos seus objetivos. Isto porque, a dupla finalidade do processo fica evidente logo no seu começo, quando menciona os objetivos da execução penal.

A sua finalidade inicial é fazer cumprir o comando da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, tornando concreta a pena ou a medida de segurança infligida ao agente. Deste modo, almeja submeter o condenado à sanção considerada pelo juízo de conhecimento

como sendo necessária e suficiente para reprovação do crime, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Para parte considerável das pessoas, esta deveria ser a única finalidade da pena, pois estas não conseguem enxergar que a recuperação do delinquente resultará em benefícios para toda a sociedade e não apenas para ele. Como lembra Rogério Greco (2017, p. 621):

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

Felizmente, a execução penal possui outra finalidade, que a torna mais justa e humanitária, uma vez que afasta a concepção puramente retributiva da pena e deixa clara a proclamação de objetivos a serem alcançados com o processo executivo.

Deste modo, a execução da pena busca também a ressocialização do apenado e do internado, de modo a permitir a sua harmônica reinserção no convívio social, como defendido por Roxin. A execução, neste aspecto, volta-se ao melhoramento do agente, visando que este, ao sair, não torne a delinquir. De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 214):

Esta visão pedagógica da pena, não ignorada pelo direito romano, orienta, na época medieval, todo o direito penal canônico, encontrando-se também na base do projeto penal de Thomas More, que, às portas da Idade Moderna, elabora, em caráter realisticamente utópico, a primeira concepção da privação da liberdade pessoal como pena voltada à reeducação, e, sob este prisma, indeterminada na sua duração, comutável em pena de morte sempre que o réu se mostre irrecuperável¹¹⁸ e, ao mesmo tempo, utilizável como medida de prevenção e de ordem pública.

FERRAJOLI (2002, p. 2015), acrescenta que, para autores como Karl Roeder, Vincenzo Garelli, Francesco Filomusi Guelfi, Vincenzo Lanza e Francesco Canelutti, “a finalidade da pena é a reeducação e a recuperação moral do condenado, partindo do pressuposto de que o mesmo seja um sujeito imoral que deve redimir-se.”

Denota-se, neste ponto, que o art. 1º da Lei de Execução Penal adota expressamente a finalidade preventiva especial positiva da pena, segundo a qual a sanção se destina a evitar a prática de novas infrações penais através da reeducação do delinquente. Como afirma Jason Albergaria (1987, p. 9):

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HUMANIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: POR UMA EXECUÇÃO PENAL MAIS JUSTA E RESSOCIALIZADORA

A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso para evitar a reincidência. A moderna concepção da pena dá especial relevo aos fins da pena, sem desconsiderar a sua essência, a retribuição. [...] A pena adequada à culpabilidade deve deixar margem aos fins da pena.

A ressocialização revela-se, no nosso entender, como a principal finalidade da execução penal, devendo esta ser dotada de todos os meios e recursos necessários à integração social do condenado e do internado.

Neste sentido, a Lei n. 7.210/84 dispõe que o Estado deve assegurar ao preso e ao internado assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. No nosso entender, é este programa de assistência que, uma vez efetivamente implementado, permitirá a ressocialização do apenado e sua adaptação às regras de convivência social, quando do seu retorno à liberdade.

Além disso, impõe-se uma aplicação da Lei de Execução Penal à luz dos princípios constitucionais penais relativos à execução da pena, pois só assim é possível que a finalidade ressocializadora seja efetivada. Os princípios da legalidade, da humanidade e da individualização da pena, uma vez aplicados, permitirão que todos os direitos não atingidos pela privação da liberdade sejam respeitados, como previsto no art. 3º da Lei n. 7.210/84.

A efetiva aplicação dos seus referidos princípios de matriz constitucional, noutro aspecto, se apresenta como um obstáculo intransponível para o desrespeito aos direitos fundamentais do apenado, durante o cumprimento da sanção, evitando, desse modo, a sua dessocialização.

Sobre esta finalidade, Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 155), lembra que a pena privativa de liberdade busca a ressocialização do delinquente, atualmente, não mais sob a perspectiva terapêutica. Assim:

O debate sobre a prevenção especial, destaca Feijoo Sánchez, na atualidade está muito mais preocupado em evitar os *efeitos dessocializadores* da pena privativa de liberdade (v.g., com o contato com criminosos perigosos, o estigma da pena, a perda da oportunidade de trabalho, isolamento social etc.), do que propriamente com a *ressocialização* a qualquer preço do delinquente encarcerado. [...] Esta tendência é decisiva para a diversificação das espécies de pena e para a humanização do regime de cumprimento, em prol da garantia dos direitos fundamentais, especialmente o valor da dignidade humana.

Portanto, o conhecimento dos princípios constitucionais da legalidade, humanidade e individualização da pena é tarefa necessária para todo aquele que espera uma execução penal mais justa e humanitária.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Os princípios asseguram a coerência lógica do ordenamento jurídico, revelando-se como instrumento de integração, interpretação e aplicação das demais normas jurídicas. Dotados de alto grau de abstração, são eles, segundo Robert Alexy (2008, p. 90), “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. ”

Os princípios são deduzidos do Texto Constitucional, explícita ou implicitamente, destinando-se à proteção de direitos e garantias fundamentais, nada obstante também possam ser encontrados na legislação ordinária.

No campo penal, segundo Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 27), “com maior razão, a primazia dos princípios precisa ser respeitada, vez que se lida, diretamente, com a liberdade individual e, indiretamente, com vários outros direitos fundamentais (vida, intimidade, propriedade, integridade física etc.).

No que se refere à execução penal, considerando-se a sua natureza jurisdicional, resta inegável a relevância da incidência dos princípios constitucionais, como forma de assegurar, de maneira efetiva, os direitos e garantias fundamentais, do apenado e do internado.

Neste sentido, Renato Marcão (2012, p. 30), lembra que “afirmar a natureza jurisdicional da execução penal implica admitir sua sujeição aos princípios e garantias constitucionais incidentes.”

Aplicáveis à execução penal, podem ser deduzidos diretamente da Constituição Federal de 1988 os princípios da legalidade, humanidade, individualização da pena e da proporcionalidade.

3.1 LEGALIDADE

De acordo com o art. 1º da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o qual se relaciona, intimamente, com o princípio da legalidade, posto que, nesse regime de governo, todos estão subordinados à lei.

O princípio da legalidade remonta suas origens à Magna Carta Inglesa de 1215, imposta pelos barões ao Rei João Sem-Terra. Considerada as bases das liberdades do povo inglês, a Magna Carta dispôs, dentre outros, que nenhum homem livre será detido ou sujeito à

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HUMANIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: POR UMA EXECUÇÃO PENAL MAIS JUSTA E RESSOCIALIZADORA

prisão senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

Para Nilo Batista (2007, p. 66), “o primeiro corpo de leis penais a incluir o princípio foi a codificação de D. José II da Áustria, de 1787 (*Josephina*).”

No sistema penal brasileiro, este princípio decorre, explicitamente, do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, bem assim do art. 1º do Código Penal de 1940, segundo os quais “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Da mesma forma, a legalidade encontra-se prevista no art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, incorporada ao ordenamento jurídico nacional com força supralegal.

Acertadamente, a doutrina considera a legalidade o mais importante princípio do Direito Penal, pois eleva a lei à condição de fonte exclusiva na proibição ou imposição de condutas sob a ameaça de sanção criminal, se fazendo presente em todos os códigos penais brasileiro desde o império. Para Nilo Batista (2007, p. 67):

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, e também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da "previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado", que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do "sentimento de segurança jurídica" que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei.

O princípio da legalidade se irradia por toda execução penal, de modo que, tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Executivo, devem balizar seus atos a partir dele, impondo-se o cumprimento da pena ou da medida de segurança conforme os limites fixados na sentença, e de acordo com os atos previstos na legislação vigente, respeitando-se, sobretudo, os direitos e garantias do preso e do internado.

Durante a execução da pena, impõe-se ao juiz e à autoridade administrativa o apego irrestrito à legalidade, de modo que as suas atividades não dispõem de discricionariedade, pois seus atos se encontram predispostos na lei e, de tal maneira, devem praticá-los em conformidade com ela, como determina o art. 2º da Lei n. 7.210/84.

A submissão da execução penal ao princípio da legalidade resta clara na exposição de motivos da Lei n. 7.210/84, pois de acordo com o seu item 168:

Em harmonia com o sistema instituído pelo projeto, todos os atos e termos da execução se submetem aos rigores do princípio da legalidade. Um dos preceitos cardeais do texto ora posto à alta consideração de Vossa Excelência proclama que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (artigo 3º).

De fato, a legalidade se faz presente da cominação à execução da pena, impedindo nesta, por exemplo, a retroatividade de regimes prisionais mais severos ou de faltas e sanções disciplinares. Neste sentido, o art. 45 da Lei n. 7.210/84, dispõe que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.”

Qualquer regra que obste, torna mais exigente os pressupostos para obtenção de benefícios ou que, de algum modo, tornar mais gravosa a pretensão executória do Estado não pode retroagir, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Por isso mesmo, Alexis Couto de Brito (2019, p. 60) registra que:

É importante deixar claro que, quando se afirma que a legalidade deve ser obedecida na execução, um dos aspectos mais importantes diz respeito à restrição de direitos. Os direitos e benefícios da execução da pena que enumeram os requisitos para concessão somente poderão possuir algum tipo de restrição quando previstos em lei. Não pode o magistrado utilizar-se de sua suposta discricionariedade para restringir ou negar um benefício ou direito com base em entendimentos próprios sobre a finalidade do instituto ou sobre o merecimento do beneficiário, pois quando se tem em mente que a execução tem como sujeito principal e razão de ser a pessoa presa, é por esta que se devem pautar as conclusões do magistrado. Isto quer dizer que, não havendo expressamente em lei a previsão de um requisito, não pode o juiz exigi-lo, e que, em havendo, caso seja dúvida, deverá prevalecer a posição mais favorável ao preso.

A observância do princípio em mesa obsta o desvio ou excesso da execução, ou seja, o cumprimento de pena diversa ou maior que aquela fixada na sentença. Conforme o item 19 da exposição de motivos da lei de execução penal, “o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.”

Haverá desvio, quando forem negados benefícios cujos requisitos se apresentem preenchidos, assim como no cumprimento da sanção em estabelecimento inadequado ao regime prisional.

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HUMANIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: POR UMA EXECUÇÃO PENAL MAIS JUSTA E RESSOCIALIZADORA

A seu turno, o excesso ocorre quando o cumprimento da sanção criminal supera o tempo fixado no título executivo, tornando a pena ou medida de segurança, inequivocamente, ilegais. Esta circunstância poderá decorrer da negativa injustificada de remição, vez que, nesta hipótese, é direito subjetivo do preso diminuir o tempo de sua pena através do trabalho ou do estudo, tendo em vista o disposto no art. 126 da Lei n. 7.210/84.

Deste modo, o princípio da legalidade, de matriz constitucional (art. 5º, XXXIX, CF/88) e dotado, por consequência, de força vinculante para todos os três poderes, se revela como garantia do condenado e do internado contra excessos ou desvios da execução, devendo resultar, inclusive, na responsabilidade do agente público que dele se afastar.

3.2 HUMANIDADE

A República Federativa do Brasil adota, expressamente, como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, resultando daí o dever de todos de irrestrito respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem.

Nos termos da doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 47), “como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade.”

Na execução, o cumprimento da pena deve buscar a promoção da dignidade do condenado ou do internado, devendo, durante todo o seu desenvolvimento, se balizar pelo respeito aos seus direitos fundamentais e não podendo resultar em tratamentos desumanos.

Assim, Luigi Ferrajoli (2002, p. 318), assinala que o respeito à pessoa humana se mostra como argumento decisivo contra a falta de humanidade da pena, pois “cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um “meio” ou “coisa”, senão sempre como “fim” ou “pessoa”.”

Não por outra razão, o art. 3º da Lei n. 7.210/84 é expressa no sentido de que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”

Noutro turno, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU editou, em 17 de dezembro de 2015, a sua Resolução n. 70/175, enunciando regras mínimas para o tratamento de reclusos, conhecidas como Regras de Nelson Mandela. O dever de observância da dignidade humana decorre de sua Regra 1, segundo a qual:

Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

Na jurisprudência nacional, com fundamento no princípio da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do Habeas Corpus 98675/ES, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Eros Grau, concedeu prisão domiciliar a apenado acometido de enfermidades graves, apesar de sua situação não se enquadrar no art. 117 da Lei de Execução Penal, demonstrando, com isso, a necessidade de se proceder com aplicação deste diploma legal à luz do referido princípio.

Assim sendo, até o término do cumprimento da pena ou da medida de segurança, devem os Poderes Judiciário e Executivo, atores da execução penal, pautar todos os seus atos executórios pelo fiel respeito ao princípio da dignidade humana, buscando sempre a reintegração social do condenado e do internado, vendo-os como sujeitos de direitos e não como objeto da execução.

3.3 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A execução penal, também, deve se pautar pelo princípio da individualização da pena, positivado no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, o art. 5º da Lei n. 7.210/84 dispõe que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”

De fato, a ressocialização, finalidade precípua da execução penal, pressupõe que o condenado receba o tratamento correto e adequado, de acordo com a natureza do delito e com seus antecedentes e condições pessoais. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 32):

A individualização da pena é preceito constitucional (art. 5.º, XLVI, CF) e vale tanto para o momento em que o magistrado condena o réu, aplicando a pena concreta, quanto para a fase da execução da sanção. Por isso, conforme os antecedentes e a personalidade de cada sentenciado, orienta-se a maneira ideal de cumprimento da pena, desde a escolha do estabelecimento penal até o mais indicado pavilhão ou bloco de um presídio para que seja inserido.

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HUMANIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: POR UMA EXECUÇÃO PENAL MAIS JUSTA E RESSOCIALIZADORA

Embora deva também ser observado por ocasião da cominação e da aplicação da sanção, o princípio em questão reforça sua importância no momento do cumprimento da pena, pois é aqui que o Estado concretiza seu *jus puniendi*.

A sua pretensão executória, no entanto, não pode concretizada de maneira igual para todos, olvidando-se das circunstâncias pessoais de cada um, devendo ser cumprida em estabelecimentos distintos, respeitando a natureza do delito, a idade e o sexo do condenado.

Por força deste princípio, a pena deve ser cumprida de maneira individualizada, pois a reintegração social do apenado é incompatível com o cumprimento padrão da sanção, vez que o transforma em mero objeto da execução penal.

Neste sentido, assentou o Supremo Tribunal Federal que “conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado”. (HC 86928 / DF).”

4 QUADRO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Conforme o Sistema Prisional em Números, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, os presídios brasileiros, no segundo trimestre de 2019, quando a população carcerária do país era de 733.460 (setecentos e trinta e três mil, quatrocentos e sessenta) presos, contava com uma taxa de ocupação de 166,26%, sendo a região Centro-Oeste detentora da taxa de ocupação de 202,92%.

De acordo com o levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN) de 2019, divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em abril do corrente ano, a população prisional do Brasil saltou para 755.274 (setecentas e cinquenta e cinco mil, duzentas e setenta e quatro) pessoas privadas de liberdade em todos os regimes, o que revela, portanto, o aumento da já assustadora taxa de ocupação.

Os números acima indicados, mais do que a superlotação carcerária, revelam a inegável falência do sistema penitenciário brasileiro, decorrente da ausência de uma política pública definida, consequente, dentre outros fatores, da pressão popular contrária ao aparelhamento dos presídios.

De fato, o clamor da sociedade por mais segurança e a sua notória contrariedade à existência de melhores condições, tornam os estabelecimentos prisionais nacionais

superlotados, insalubres e inadequados à reintegração social pretendida pela Lei de Execução Penal.

A proliferação de doenças é outro traço marcante dos presídios brasileiros, sendo constante a aquisição pelos presos de doenças respiratórias e venéreas, como tuberculose e AIDS, por exemplo, nada obstante o dever de assistência à saúde previsto no art. 11, II, da Lei n. 7.210/84.

O encarceramento em massa, além de não resolver o problema da segurança pública, contribui de maneira significativa para o agravamento da crise, revelando-se necessária e urgente a adoção de política pública voltada ao sistema penitenciário nacional, com vistas a obstar a dessocialização provocada pelos estabelecimentos prisionais do país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independentemente da natureza jurídica da execução penal, resta inequívoco que todos os seus atos devem ser pautados pelos princípios constitucionais relativos à matéria, uma vez que o preso e o internado, durante o cumprimento da sanção, conservam todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

A aplicação das disposições da Lei n. 7.210/84 à luz dos princípios constitucionais, sobretudo, os da legalidade, humanidade e individualização da pena, podem permitir o desenvolvimento de um processo de execução penal mais justo e mais eficaz à consecução da ressocialização.

O respeito e a efetivação das garantias fundamentais do apenado são fundamentais à legitimidade do processo de concretização do jus puniendi e, simultaneamente, ao resguardo da proporcionalidade entre a pena infligida e o injusto penal praticado.

Somente com o respeito à legalidade, à dignidade humana da pessoa privada de sua liberdade, assim como mediante a individualização da sanção penal, durante o seu cumprimento, é que se pode esperar que o condenado e o internado efetivamente sejam reintegrados ao convívio social.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. Comentários à Lei de Execução Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradutor: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HUMANIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: POR UMA EXECUÇÃO PENAL MAIS JUSTA E RESSOCIALIZADORA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1: 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 113, de 20 de abril de 2010. Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/136>. Acesso em: 26 jun. 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Sistema prisional em números. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN). Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em 28 jun. 2020.

_____. Exposição de motivos da lei de execução penal. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-expositiva-odemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRITO, Alexis Couto de. Execução penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. rev. Vários colaboradores. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Vicente Greco. Manual de processo penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo de execução e direito de defesa. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 15. n. 59. jul./set. 1978. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181144/000366091.pdf?sequen>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena – 3ª ed. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Organização das Nações Unidas. Resolução n. 70/175, de 17 de dezembro de 2015. Regras mínimas para o tratamento de reclusos (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. 3. ed. Lisboa: Vega, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STF. Habeas Corpus 98675/ES. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 21.08.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. Habeas Corpus 86928/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 13.06.2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2329502>. Acesso em: 28 jun. 2020.

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS ¹

Ingrid Emmily Pontes Carvalho²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o estudo dos dispositivos legais que garantem o direito de acesso à justiça e a efetividade da prestação dessa tutela pelo poder judiciário no que tange aos surdos. O direito de acesso à justiça, apesar de ser abordado por várias normas no ordenamento jurídico brasileiro, ainda carece de efetivação plena. Em relação aos surdos, esse óbice se dá principalmente em razão da barreira comunicacional existente entre surdos e ouvintes, haja vista que a língua principal dos surdos não é a língua portuguesa, mas sim a língua brasileira de sinais. Desse modo, os surdos enfrentam dificuldades de acessibilidade aos serviços do judiciário, sendo necessária uma maior preparação para o atendimento desses indivíduos. A metodologia utilizada na construção do presente estudo apoderou-se de uma abordagem qualitativa, com revisão sistemática da literatura, centralizada na análise de normas jurídicas, doutrinas, artigos científicos e periódicos relacionados à problemática apresentada. Após análise bibliográfica, restou clara a importância de adaptação e capacitação do judiciário para atendimento das pessoas surdas, a fim de proporcionar o acesso à justiça e, por conseguinte, a oportunidade dos surdos de pleitearem os demais direitos presentes na legislação constitucional e infraconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Inclusão. Surdez.

¹ Recebido em 11/11/2021

Aprovado em 27/06/2022

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. E-mail: ingriidponte@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental de acesso à justiça é garantido pela Constituição Federal de 1988, devendo ser concretizado à luz do princípio da igualdade. Para terem acesso pleno a esse direito, as pessoas surdas necessitam de um tratamento diferenciado no que tange à comunicação. Para tanto, a utilização da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) é fundamental, sendo a comunicação possibilitada através do conhecimento dessa língua e da valorização de intérpretes e tradutores no âmbito do Poder Judiciário.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o comportamento do judiciário com relação à pessoa surda, para, ao final, obter respostas, se há ou não a verdadeira possibilidade do acesso do surdo à justiça, ou se é uma garantia meramente formal.

Para atingir seu objetivo, o trabalho será dividido em dois tópicos. O primeiro deles irá abordar as principais leis que buscam conferir um tratamento isonômico aos surdos no Brasil, com enfoque nos princípios da dignidade humana e da isonomia. O segundo abordará especificamente as normas e os princípios referentes à garantia de acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro e a efetividade da tutela jurisdicional aos surdos.

2 A EVOLUÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A dignidade da pessoa humana, centro axiológico da República Federativa do Brasil, prevista na própria Constituição Federal, busca salvaguardar os direitos fundamentais e garantir uma existência digna a todas as pessoas. Na mesma esteira, tem-se o princípio da isonomia, com papel extremamente relevante para conferir a devida proteção aos direitos fundamentais. Tal princípio pugna pelo tratamento justo e igualitário a todos os cidadãos, de maneira que eles tenham não somente o direito de viver, mas o de possuírem uma vida digna, a despeito das diferenças existentes entre si.

Deste modo, o próprio ordenamento jurídico reconhece que há pessoas em condição de vulnerabilidade, de desvantagem em relação às demais, as quais necessitam de igualdade de oportunidades, a fim de que sejam efetivamente incluídas na comunidade, participando de maneira plena e efetiva da vida social.

Nesse sentido, conforme Araújo; Maia (2017, p. 342):

[...] a própria Constituição, sem prejuízo de que a lei venha a fazê-lo em relação a outros grupos, já reconheceu alguns grupos de pessoas como merecedores de um especial tratamento do ordenamento jurídico, entendendo que havia alguma dificuldade de inclusão a ser compensada e, em muitos desses casos, já tratou de estabelecer algumas medidas destinadas

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

a compensar as desigualdades existentes. Esse é o caso do grupo das pessoas com deficiência.

Ou seja, o próprio legislador constituinte cuidou de conferir destaque a algumas pessoas, que se encontravam em condição de vulnerabilidade, de exclusão, para que fossem tomadas as providências necessárias no sentido de equilibrar as relações sociais, diminuindo as desigualdades ora existentes.

Sobrelevando sua importância, Rocha (1990, p.118 apud TORRES, 2012, p.7) afirma que a igualdade constitucional é

mais que uma expressão de direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.

A título de exemplificação da aplicação deste princípio, pode ser citada a situação das pessoas com deficiência perante o ordenamento jurídico brasileiro. Elas possuem, além dos direitos fundamentais garantidos a todos os cidadãos, outros direitos e garantias específicos, os quais foram positivados com o fim de alcançar um equilíbrio social, de forma a atenuar as desigualdades sociais e superar as diferenças, alcançando a inclusão social.

Discorrendo especificamente a respeito da pessoa com deficiência, tem-se o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que em seu artigo 2º assim dispõe:

Considera-se deficiência toda restrição física, intelectual ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividades remuneradas, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social, dificultando sua inclusão social, enquadrada em uma das seguintes categorias. (BRASIL, 2015, art. 2º)

O referido Estatuto constitui-se como um enorme passo em direção a um futuro mais inclusivo, pois foi concebido sob valores sociais e humanitários (MELLO, 2017), marcando o surgimento de novas oportunidades às pessoas com deficiências, as quais, durante muito tempo, foram consideradas inválidas.

As pessoas com deficiência possuem diversas outras leis no sentido de garantir a plena efetivação de seus direitos. A seguir, passa-se à análise das normas do ordenamento jurídico brasileiro que buscam garantir a isonomia à comunidade surda.

A priori, cumpre salientar a diferença entre os termos “surdo” e “deficiente auditivo”. Segundo Bisol e Valentini (2011 apud SILVA, 2019, n.p.), existem duas maneiras de analisar a diferenciação entre esses termos:

A primeira forma entende que surdo e deficiente auditivo são sinônimos utilizados para referir qualquer tipo de perda auditiva em grau leve, moderado, severo ou profundo, em um ou ambos os ouvidos. No segundo aspecto aponta-se uma diferença entre os termos: surdos são aqueles que não se consideram deficientes, **utilizam uma língua de sinais**, valorizam sua história, arte e literatura e propõem uma pedagogia própria para a educação das crianças surdas. (*grifo nosso*)

Pela segunda linha de raciocínio, a surdez é caracterizada muito mais por uma diferença linguística do que orgânica (DUARTE *et al.*, 2013). Assim, a palavra “surdo” não se limita a definir pessoas que não possuem capacidade auditiva, relacionando-se mais ainda a toda uma estrutura linguística e cultural.

Por outro lado, os chamados “deficientes auditivos” são aqueles que têm perda auditiva em algum grau, mas não se identificam com a cultura e a comunidade surda e não utilizam a língua de sinais como forma de comunicação própria.

2.1 A EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS CONFERIDAS À POPULAÇÃO SURDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição de 1988 já apontava para a garantia de diversos direitos à população surda. A partir desse destaque conferido pela Carta Magna, diversas normas foram sofrendo adaptações ao longo dos anos, adaptações estas que, embora à época parecerem insignificantes, foram ganhando forças para, juntas, atingirem as conquistas ora alcançadas.

A própria concepção de Surdez foi positivada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa concepção legal se encontra na Lei nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, que dispõe que “considera-se pessoa surda aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais – Libras” (BRASIL, 2005, Art. 1º).

Assim, como se observa, o legislador, ao definir o conceito de surdez, não se limitou a uma questão puramente biológica, abrangendo também questões culturais, comportamentais e linguísticas, enfatizando a utilização da LIBRAS como fator característico da população surda e forma de comunicação principal entre estes indivíduos.

Com o passar dos anos, o Brasil foi evoluindo em termos de legislação sobre o tema, estabelecendo diversas proteções no que tange aos direitos dos surdos, de modo que diversas normas surgiram com fito de garantir esses direitos.

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

A primeira normativa em apreço se trata da Lei nº 8.160, de 08 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva, da seguinte forma:

É obrigatória a colocação, de forma visível, do "Símbolo Internacional de Surdez" em todos os locais que possibilitem acesso, circulação e utilização por pessoas portadoras de deficiência auditiva, e em todos os serviços que forem postos à sua disposição ou que possibilitem o seu uso. (BRASIL, 1991, art. 1º)

A garantia trazida por essa Lei foi de extrema importância, tendo em vista que o uso do símbolo de surdez permite que os surdos identifiquem os locais que estão aptos para recebê-los, facilitando e melhorando seu acesso aos mais diversos locais e serviços, configurando-se como um importante passo à acessibilidade da comunidade surda.

Outra lei de grande destaque surgiu no governo de Fernando Henrique Cardoso, nove anos após a lei supracitada, e também se refere à acessibilidade das pessoas com deficiência; é a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece, dentre outras diretrizes, que é dever do poder público impulsionar a eliminação das barreiras de comunicação, determinando o seguinte:

O Poder Público promoverá a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecerá mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer. (BRASIL, 2000, art. 17)

Essas barreiras de comunicação configuram-se como principal empecilho para que o atendimento às pessoas surdas seja feito com segurança e qualidade. Para que haja um atendimento equitativo, é necessária uma preparação dos profissionais e organizações para melhor atendê-los, com a utilização do recurso de comunicação mais adequado (HOLDORF; ROBINSON, 2020).

Assim, a determinação de que o Poder Público busque eliminar essas barreiras demonstra a importância do uso da comunicação adequada, a fim de oportunizar aos surdos uma maior acessibilidade, garantindo-lhes uma igualdade material e o acesso aos direitos previstos na própria legislação, tais como: direito ao trabalho, à informação, à educação, dentre outros.

Essa lei oportunizou, ainda, o surgimento de uma nova lei, diretamente ligada a este tema: a chamada “Lei de LIBRAS” (Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002), que reconheceu a LIBRAS como primeira língua da comunidade surda.

Sobre a Lei de Libras, Duarte *et al.* (2013, p.1728) assevera:

A aprovação dessa lei garante o acesso e o ensino de Libras, a formação de instrutores e intérpretes e a presença de intérpretes nos locais públicos. O impacto dessa acessibilidade conduz a inserção da Libras para além das relações cotidianas entre as pessoas surdas e as ouvintes.

Dessa forma, ela trouxe um destaque especial em relação à Língua de Brasileira de Sinais, dando enfoque ao exercício da profissão dos intérpretes e instrutores, sendo considerada um marco histórico para a comunidade surda e uma das mais importantes leis de garantia aos surdos à inclusão e à interação com a comunidade ouvinte.

Ela ratificou o entendimento de que a LIBRAS não se trata de mímicas, e gestos aleatórios, nem mesmo de uma linguagem, mas sim de uma língua, um idioma, com sua própria estrutura gramatical, assim como a língua portuguesa, não sendo uma derivante desta, uma vez que possui organização autônoma (DUARTE *et al.*, 2013).

Contudo, apesar de sua grande relevância para a comunidade surda, a referida Lei deixou de tratar sobre alguns assuntos específicos, como por exemplo, a formação do professor e do intérprete e tradutor de Libras - Língua Portuguesa.

Para superar essa lacuna, foi publicado o Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, o qual, conforme Zych (2008, p.117), “institui a LIBRAS, como paradigma educacional da pessoa surda, universalmente reconhecida como imprescindível à evolução integral de seus construtos socioculturais”.

Dentre outras disposições, o referido Decreto versou sobre a formação do professor e do intérprete e tradutor, bem como instituiu a Libras como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação para a docência em diferentes níveis, em todos os cursos de licenciatura, no curso de Fonoaudiologia, e, como disciplina curricular optativa, nos demais cursos de educação superior, como também na formação profissional.

Além do mais, este mesmo Decreto estabeleceu o prazo de um ano (contado a partir da publicação do mesmo), para que as empresas concessionárias de serviços públicos e os órgãos da administração pública federal, direta e indireta, se adaptassem a essa nova diretriz, garantindo um tratamento diferenciado às pessoas surdas, estatuinto que tais instituições devem dispor de, pelo menos, cinco por cento de servidores, funcionários e empregados capacitados para o uso e interpretação da Libras.

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

De acordo com Zych (2008, p. 120), o referido Decreto

(...) constrói novas oportunidades para que o surdo possa integrar-se à luta pelo seu próprio desenvolvimento e pela valorização de sua condição sociocultural. Abre-se, portanto, um importante eixo de comunicação, com espaço para que a comunidade surda possa, além de explicitar seus talentos, agregar novos valores à própria existência, sob a construção da nova paradigmaticidade, considerando as representações sociais que se estabelecem.

Desse modo, sua relevância se deu em razão de expandir os horizontes das pessoas surdas, ampliando a utilização da LIBRAS por profissionais de diversas áreas, possibilitando-as a adentrar espaços que antes eram de difícil acesso.

Outro significativo avanço no ordenamento jurídico brasileiro foi a aprovação do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008. Seu principal propósito é promover às pessoas com deficiência seus direitos humanos e liberdades fundamentais, sem qualquer discriminação, visando à igualdade. Ela deixa claro que é um compromisso de todos respeitar os direitos desses indivíduos (GUEDES, 2012). Ela foi recepcionada no Brasil com caráter de emenda constitucional.

Em razão disso, o Conselho Nacional de Justiça formulou uma Recomendação aos Tribunais: a Recomendação nº 27, de 16 de dezembro de 2009. Através dela foi realizado o reconhecimento da acessibilidade na Convenção como um princípio e também como direito (BRASIL, 2009).

No que se refere à promoção da acessibilidade aos surdos, a referida recomendação, dispõe, dentre outras diretrizes, sobre as seguintes medidas a serem adotadas:

[...] d) habilitação de servidores em cursos oficiais de Linguagem Brasileira de Sinais, custeados pela Administração, formados por professores oriundos de instituições oficialmente reconhecidas no ensino de Linguagem Brasileira de Sinais para ministrar os cursos internos, a fim de assegurar que as secretarias e cartórios das Varas e Tribunais disponibilizem pessoal capacitado a atender surdos, prestando-lhes informações em Linguagem Brasileira de Sinais; e) nomeação de tradutor e intérprete de Linguagem Brasileira de Sinais, sempre que figurar no processo pessoa com deficiência auditiva, escolhido dentre aqueles devidamente habilitados e aprovados em curso oficial de tradução e interpretação de Linguagem Brasileira de Sinais ou detentores do certificado de proficiência em Linguagem Brasileira de

Sinais - PROLIBRAS, nos termos do art. 19º, do Decreto nº 5.626/2005, o qual deverá prestar compromisso e, em qualquer hipótese, será custeado pela administração dos órgãos do Judiciário. (BRASIL, 2009, n.p.)

Ademais, cabe enfatizar novamente a já mencionada Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que regulamentou os parâmetros da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, consolidando-se como um grande passo na emancipação política da comunidade surda, tendo em vista que garantiu a comunicação, a informação e a educação por meio da Língua Brasileira de Sinais (BRASIL, 2015).

Outra lei que merece destaque é a Lei nº 14.191, sancionada em agosto de 2021, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, inserindo a educação bilíngue de surdos como modalidade de ensino independente (a qual anteriormente fazia parte da educação especial). A educação bilíngue é aquela que utiliza a Língua Brasileira de Sinais como primeira língua, e o português escrito como segunda língua (BRASIL, 2021).

Seu texto demonstra uma preocupação em reafirmar a identidade surda, consolidando as conquistas já alcançadas, mormente no que tange à educação, oferecendo ensino de qualidade aos surdos, com acesso a um aprendizado técnico e científico.

O que tem se buscado por meio desses dispositivos legais é possibilitar que os surdos tenham acessibilidade plena aos mesmos direitos e garantias oferecidos aos demais cidadãos, e ainda outros, de forma a equilibrar as relações sociais, conquistando uma igualdade que não se limite ao plano material, mas que alcance também, e principalmente, a esfera material.

Isso pode ser constatado no próprio preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), que dispõe que é necessário reconhecer a importância da acessibilidade para que essas pessoas tenham acesso aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Contudo, ainda há muito que se fazer por parte do Poder Público, a fim de superar as dificuldades ainda existentes na sociedade, como por exemplo, a capacitação do judiciário para o atendimento de pessoas com surdez, de forma a dissipar as barreiras existentes quanto ao acesso dessas pessoas à justiça.

De acordo com Hora e Oliveira (2018, p. 13):

Mesmo diante de avanços do ponto de vista legal, no contexto neoliberal, instituições não cumprem a legislação, mantendo barreiras, impedindo o acesso pleno pelas pessoas Surdas aos serviços que necessitam, limitando mais sua emancipação política.

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

Importante sobrelevar que o acesso pleno à justiça configura-se como ponto de partida para que essas pessoas possam pleitear todos os demais direitos garantidos no ordenamento jurídico, como se verá adiante.

A respeito da dificuldade de acesso à justiça pelas pessoas surdas, Fonseca (2010, n.p.) reforça:

Aos surdos aplica-se, é claro, o artigo 5º da Constituição em todas as suas nuances, mas na medida em que se lhes negue o acesso à Jurisdição por meio da Libras, não se lhes garante um Juiz que seguramente conheça a demanda ou que seguramente entenda a sua defesa, sequer o contraditório e a ampla defesa por falta de comunicação entre o surdo e o seu advogado, muito menos uma atuação coerente do Ministério Público incapaz de ir em direção às demandas da comunidade surda brasileira a fim de defendê-la, quando necessário for.

Assim, para que essa garantia seja efetivada, não é suficiente a positivação de direitos, devendo ser oportunizada aos surdos a comunicação através de sua língua materna.

Conforme apontam Mendonça e Ebaid (2017, p. 55):

A efetivação do acesso à justiça pressupõe, antes de qualquer coisa, a construção de uma cidadania que tenha, como base, o reconhecimento de que toda e qualquer pessoa (sobretudo as que pertencem a grupos minoritários) é detentora do direito de ter acesso à justiça, direito esse que jamais pode ser fraudado pela omissão do Poder Público, já que se trata de direito fundamental, sem o qual se torna impossível a concretização dos demais direitos.

É mister que, além da existência dessas normas, sejam fornecidos, através de uma atuação positiva do Estado, meios que assegurem a proteção e a reivindicação desses direitos perante o sistema judiciário como um todo, por todos os indivíduos, sem distinções sociais, raciais, físicas ou econômicas.

3 A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

O conceito de acesso à justiça não pode ser expresso com precisão. Contudo, essa expressão já incorporou o esboço dos direitos sociais básicos da sociedade moderna, na qual se objetiva alcançar a igualdade. Assim, para que se efetive esse direito, o Estado tem de ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

No Brasil, o direito fundamental de acesso à justiça encontra previsão na Constituição Federal, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, art. 5º, XXXV).

Essa garantia fundamental dá lugar ao direito de ação. Porém, esse dispositivo abrange muito mais do que o simples ingresso a juízo ou o acesso formal ao Judiciário, “significa o acesso a uma ordem jurídica justa, dotada de valores e de direitos fundamentais” (GALANTE, 2015, p. 21).

Além dos meios processuais adequados para a consecução da justiça, deve-se considerar também os meios materiais e instrumentais, com consequente aperfeiçoamento da prestação fornecida pelo Estado.

Sobre o termo “acesso à justiça”, Cappelletti e Garth (1988, p.8) explicam:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema por meio do qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e (ou) resolver seus litígios, sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Desta feita, a finalidade precípua do direito de acesso à justiça é permitir que as pessoas reivindiquem seus direitos e vejam seus litígios resolvidos pelo Estado, que detém esse poder, tendo em vista que a autotutela, é, em regra, vedada no Brasil.

Portanto, “se o Estado avocou para si a tarefa de solucionar as lides, retirando o particular a possibilidade de ‘fazer justiça com as próprias mãos’, em contrapartida, deve fornecer um aparato adequado para o tratamento dos conflitos de interesses” (TEIXEIRA; COUTO, 2013, p.12).

Para Masson (2020), o acesso à justiça reforça o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que garante que o Poder Judiciário seja atuante e forte, impedindo atos autoritários por parte dos demais poderes.

Esse direito sobreleva a importância do papel do Judiciário, garantindo que os brasileiros possam reivindicar seus direitos e que as medidas necessárias sejam tomadas, além de permitir um certo controle do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Ele consiste no direito fundamental mais importante de todos, pois busca garantir os demais direitos, inclusive os fundamentais. Não havendo efetivação desse direito, os demais ficariam sem proteção, o que prejudicaria a sociedade como um todo.

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

Desta feita, todos os outros direitos dependem, de certa forma, do direito de acesso à justiça, para que sejam efetivados, tendo em vista que, só pelo fato de existir, já desestimula o desrespeito aos direitos em geral. Além disso, no caso concreto, havendo desrespeito aos demais direitos, é ele quem providencia a reparação dos danos existentes.

Para Mendes e Branco (2020), a previsão do artigo 5º da Constituição Federal, a respeito da necessária apreciação do Judiciário, consagra a tutela judicial efetiva, garantindo proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito. Ressalta, ainda, que essa tutela estende-se tanto a lesões concretas quanto potenciais, ou, ainda, ameaça a direito, abrangendo também medidas cautelares ou antecipatórias que visem à proteção do direito.

Ainda, Moraes assevera que

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue (MORAES, 2020, p. 196).

Assim, os cidadãos possuem o direito de terem suas pretensões analisadas pelo Estado, através do Judiciário, e este não pode se esquivar de solucionar o que lhe for solicitado. Para França e Silveira (2020), essa garantia consiste no principal meio para atingir a função primordial do Direito: a pacificação social.

Além disso, o direito de acesso à justiça não se limita à possibilidade de entrar em juízo contra alguém, pois abrange a participação processual de forma ampla, englobando a argumentação e a produção de provas, além da decisão final, de modo a resolver o litígio da forma mais adequada possível (TAVARES, 2020).

Assim, essa garantia não envolve apenas o direito de provocação em si, de dar início ao processo, mas também o seu acompanhamento, com todos os seus encadeamentos, como a apresentação das alegações, das provas, bem como da sustentação. Portanto, o que se objetiva não é um mero direito ao processo, mas o direito a um processo que seja justo.

Segundo Ruiz (2018, n.p.):

Para que se possa falar num acesso à justiça eficiente e, sobretudo, em efetividade do processo, como é da doutrina abalizada, pelo menos quatro pontos sensíveis devem ser removidos, e que são os seguintes, segundo uma doutrina da teoria geral do processo: (a) admissão ao processo (ingresso em juízo), (b) o modo de ser do processo, (c) a justiça das decisões, e (d) a efetividade das decisões, que são proferidas no processo pelos juízes.

Desse modo, não basta o ingresso em juízo para que, de fato, se configure o acesso pleno à justiça, pois essa garantia envolve também os seus desdobramentos. A parte que deu início ao processo precisa acompanhar o andamento do mesmo, a fim de que realmente se efetive seu direito de ação.

Nesse sentido, Pinho (2019) defende que os institutos processuais precisam passar por aprimoramentos para que haja um direcionamento a um processo justo. Isso porque existem vários obstáculos que impedem a efetividade desse direito, de ordens diversas, tais como questões econômicas, geográficas e burocracia.

Cabe ressaltar que o acesso à justiça não é uma finalidade somente do Poder Judiciário. Para além da garantia constitucional de que a lei não excluirá a ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015 cuidou de determinar que a lei não excluirá essa ameaça ou lesão da *apreciação jurisdicional* (BRASIL, 2015), apresentando uma garantia que extrapola os limites do Judiciário.

Esse dispositivo permite que haja outras formas de composição, que são pautadas na cooperação entre partes e que envolvem outros sujeitos. Assim, a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, podendo ser exercida através meios extrajudiciais.

3.1 O ACESSO DO SURDO À JUSTIÇA

O artigo 13 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assegura o acesso à justiça pelas pessoas com deficiência, versando que

1. Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.
2. A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário (ONU, 2007, art. 13).

Assim, foi determinado como dever do Poder Público assegurar esse direito de forma concreta às pessoas com deficiência, e não apenas através dos dispositivos legais, buscando as adaptações necessárias para que haja igualdade de condições com os demais indivíduos.

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

Também, o Estatuto da Pessoa com Deficiência cuidou de abordar o tema, dispondo, *in verbis*:

Devem ser oferecidos todos os recursos de tecnologia assistiva disponíveis para que a pessoa com deficiência tenha garantido o acesso à justiça, sempre que figure em um dos polos da ação ou atue como testemunha, participe da lide posta em juízo, advogado, defensor público, magistrado ou membro do Ministério Público.

Parágrafo único. A pessoa com deficiência tem garantido o acesso ao conteúdo de todos os atos processuais de seu interesse, inclusive no exercício da advocacia (BRASIL, 2015, art. 80).

Esse dispositivo defende que a assistência deve ser realizada através de todos os meios tecnológicos disponíveis, para facilitar não só o ingresso dessas pessoas ao juízo como polo ativo ou passivo da ação, mas também o desempenho de outros papéis, como o de advogado, testemunha ou magistrado.

A Resolução nº 230, aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2016, objetivou adequar as atividades dos órgãos do Poder Judiciário às disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Essa Resolução possui algumas determinações direcionadas especificamente aos Surdos, por exemplo: facilitar o uso da LIBRAS, dispor de servidores capacitados para se comunicar através da língua de sinais, e custear tradutor/intérprete no caso de um surdo ser parte do processo.

Ela foi revogada pela Resolução nº 401, de 16 de junho de 2021, do CNJ, que aborda “o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão” (BRASIL; 2021).

Dentre outras disposições, essa resolução determina:

Art. 4º Para promover a acessibilidade, o Poder Judiciário deverá, entre outras atividades, implementar:

- I – o uso da Língua Brasileira de Sinais (Libras), do Braille, da audiodescrição, da subtítuloação, da comunicação aumentativa e alternativa, e de todos os demais meios, modos e formatos acessíveis de comunicação;
- II – a nomeação de tradutor(a) e intérprete de Libras, sempre que figurar no processo pessoa com deficiência auditiva, escolhido dentre aqueles

devidamente habilitados e aprovados em curso oficial de tradução e interpretação de Libras ou detentores do certificado de proficiência em Libras;

III – a nomeação ou permissão de utilização de guia-intérprete, sempre que figurar no processo pessoa surdocega, o(a) qual deverá prestar compromisso;

IV – a oferta de atendimento ao público em Libras. (...) (BRASIL; 2021, art. 4º).

Ainda, cabe destacar a Resolução nº 218, de 23 de março de 2018, publicada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a qual versa, dentre outros pontos, sobre a capacitação de servidores da Justiça do Trabalho para atendimento aos surdos, através da Língua Brasileira de Sinais.

A despeito dessas garantias legais, ainda há muito que se fazer no sentido de torná-las realmente efetivas, tendo em vista que, na prática, os surdos ainda encontram muitas dificuldades no gozo dessa garantia. As barreiras comunicacionais muitas vezes os impedem, até mesmo, de conhecerem os seus direitos. Além disso, ainda há uma dependência de estratégias particulares por parte dos surdos para que haja comunicação efetiva na seara judicial.

Para conseguirem desenvolver a comunicação necessária, estes indivíduos acabam muitas vezes se sujeitando a serem acompanhados de familiares ou amigos ouvintes, que desempenham a função de “intérpretes” mesmo sem terem a devida competência para tanto, muitas vezes desconhecendo termos técnicos, ou até mesmo acabam contratando um profissional por conta própria para prestar esse serviço (AZEVEDO *et al.*, 2016).

Conforme afirma Oliveira (2017, p. 54):

Ainda que no trâmite processual o juiz designe um auxiliar/intérprete ou tradutor para auxiliar as pessoas com deficiência na audiência, isso, segundo os mandamentos do artigo 162, inciso III do CPC, é importante ressaltar que, para chegar até essa etapa processual, a pessoa com deficiência necessita de um primeiro acesso, pois é nesse primeiro momento que ela deve ter reservado todos os seus direitos, especialmente de comunicação e informação, caso contrário, a parte processual nem se quer virá a existir, ou seja, só chegará à justiça, quem tiver o acesso a ela, portanto, ter acesso aos recursos da justiça e outros mecanismos, garantem à pessoa com deficiência uma eficaz interação com o Poder Judiciário.

Assim, se esses indivíduos encontrarem barreira logo no primeiro momento, eles não terão acesso à tutela de seus direitos, tampouco se utilizarão das atividades desempenhadas

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

pelos intérpretes designados pelo juiz na audiência, haja vista que nem mesmo chegaram a essa fase processual, pois nem mesmo ingressou em juízo.

Nessa esteira, Fonseca (2010, n.p.) aduz que, “Embora a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS – tenha se tornado oficial, no Brasil, por força da Lei 10.436/02, o Judiciário ainda não se apercebeu da necessidade de se adaptar, como preconiza a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no seu art. 13”.

Ou seja, o fato da LIBRAS ter sido reconhecida como língua oficial do Brasil, ao lado da língua portuguesa, apesar de representar um grande avanço legal no que diz respeito à luta da comunidade surda, não torna, por si só, a comunicação e o acesso à justiça viável, tendo em vista que é necessária uma adaptação do Poder Público para isso, através da valorização da profissão dos intérpretes, do incentivo à capacitação dos servidores que atuam nos órgãos do poder judiciário, bem como do fomento a tecnologias que facilitem essa acessibilidade.

A respeito dos intérpretes de libras no contexto do judiciário, Santos (2016, p. 6) dispõe:

Se por um lado o Judiciário brasileiro não está preparado para atender as demandas da língua de sinais, dentre elas, a interpretação e a tradução, por outro lado há carência na formação dos intérpretes de Libras-Português na esfera jurídica. A atual realidade brasileira conta com pouquíssimos intérpretes de Libras-Português especialistas em determinadas áreas, sendo a formação específica na esfera jurídica uma das mais raras.

Sendo assim, é necessário um maior incentivo para que haja mais intérpretes de Libras capacitados para a atuação no âmbito do Poder Judiciário. Ainda, Oliveira (2017) menciona sobre a importância dos recursos de tecnologia assistiva, tais como vídeos em língua de sinais, que facilitem a interação por meio de recursos visuais, bem como legendas contrastantes em baixa velocidade.

Portanto, ainda que existam várias leis que garantam direitos aos surdos, mormente no que tange ao acesso à justiça, é indispensável uma atuação positiva do Poder Público no sentido de concretizar sua efetivação. Conforme visto, mesmo com tantas evoluções conquistadas por meio desses dispositivos legais, ainda não há uma eficácia plena, em razão de diversos obstáculos que ainda permeiam o acesso do surdo à justiça.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito do presente trabalho foi examinar, à luz do princípio da igualdade, a evolução das garantias legais conferidas à população surda ao longo do tempo, com enfoque

ao direito de acesso à justiça, e avaliar se esses dispositivos legais são aplicados na prática, ou seja, se a justiça brasileira está de fato preparada para garantir aos surdos o acesso à justiça de forma plena.

Valendo-se da análise de legislações e de estudo doutrinário, demonstrou-se a importância de aparelhamento do judiciário para garantir a inclusão a essas pessoas, no sentido de poderem se apropriar, de fato, do direito de acesso à justiça, e não apenas de maneira formal.

Não só a garantia de acesso à justiça é prejudicada pelas barreiras comunicacionais, como também todas as demais garantias conferidas pela legislação constitucional e infraconstitucional, posto que até mesmo para ingressarem com uma ação, é necessário esse primeiro contato.

Tendo em vista que a LIBRAS é a língua materna dos surdos, o reconhecimento da necessidade de comunicação através desse idioma é de suma importância. Com servidores capacitados para se comunicarem através da LIBRAS, valorização da profissão de intérprete e tradutores, buscando profissionais qualificados, e a utilização de tecnologias para aprimorar a acessibilidade, mais um passo pode ser dado em direção a um futuro mais inclusivo e à concretização do princípio da igualdade no que tange ao acesso à justiça.

Desta feita, sem intenção de esgotar o assunto, haja vista sua complexidade, conclui-se que é necessária uma atuação positiva do Estado, com ações voltadas à preparação dos servidores dos órgãos judiciários para obterem uma melhor comunicação com esses indivíduos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. **Pessoas com deficiência e efetivação dos direitos fundamentais**. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Jurisdição constitucional e liberdades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 339-350.

AZEVEDO, Estenio Ericson Botelho de *et al.* **Acesso à justiça por pessoas surdas: garantias legais e pesquisas acadêmicas**. Teoria Jurídica Contemporânea, Rio de Janeiro, janeiro/junho de 2020, p. 158-188. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/27997/19929>>. Acesso em: 23 de março de 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

BRASIL. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005.** Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 2015. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/96150/decreto-5626-05>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº. 186, de 9 de julho de 2008.** Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.160, de 8 de janeiro de 1991.** Dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 jan. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8160.htm#:~:text=Art.,que%20possibilitem%20o%20seu%20uso.>. Acesso em: 15 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm> Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de abril de 2002. Disponível em: <https://www.udesc.br/arquivos/udesc/documentos/Lei_n_10_436_de_24_de_abril_de_2002_15226896225947_7091.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União: Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.191, de 03 de agosto de 2021.** Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre a modalidade de educação bilíngue de surdo. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 04 agos. 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.191-de-3-de-agosto-de-2021-336083749>>. Acesso em: 17 de setembro de 2021.

BRASIL. **Recomendação nº 27, de 16 de dezembro de 2009.** Recomenda aos Tribunais relacionados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal de 1988 que adotem medidas para a remoção de barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e atitudinais de modo a promover o amplo e irrestrito acesso de pessoas com deficiência [...]. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 107, 25 jan. 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/873>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Resolução nº 230, de 22 de junho de 2016.** Orienta a adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares às determinações exaradas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência [...]. DJe/CNJ, nº 106, de 23 jun 2016, p. 6-13. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2301>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

BRASIL. **Resolução nº 401, de 16 de julho de 2021.** Dispõe sobre o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão. DJe/CNJ nº 156/2021, de 18 de junho de 2021, p. 47-59. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3987>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil). **Resolução nº 218, de 23 de março de 2018.** Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno administrativo do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2444, p. 19-21, 2 abr. 2018. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/128269>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

DUARTE, Soraya Bianca Reis *et al.* **Aspectos históricos e socioculturais da população surda.** História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.20, n.4, out.-dez. 2013, p.1713-1734. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v20n4/0104-5970-hcsm-20-04-01713.pdf>>. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **Libras no Judiciário: um débito social.** Inclusive - inclusão e cidadania, 2010. Disponível em: <<http://www.inclusive.org.br/arquivos/13321>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2021.

FRANÇA, Bruno Araújo; SILVEIRA, Matheus. **Inciso XXXV – Princípio constitucional do acesso à justiça.** Politize, 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/artigo-5/principio-constitucional-do-acesso-a-justica/>>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

GALANTE, Carlos Eduardo da Silva. **O acesso à justiça como princípio do Estado Democrático de Direito.** INESUL, 2015. Acesso em: <https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol_33_1431715429.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

GUEDES, Denyse Moreira. **A importância da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como norma em nossa Carta Magna**. Leopoldianum, v. 38, n. 10416, 2012, p.85-98. Disponível em: <<https://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/download/465/426/1201#:~:text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20constitui%20o%20primeiro,prote%C3%A7%C3%A3o%20das%20pessoas%20com%20defici%C3%Aancia>>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

HOLDORF, Mariana; ROBINSON, Wilson. **Barreiras de acessibilidade enfrentadas por pessoas surdas no setor de serviços: uma revisão integrativa da literatura**. Saber Humano, ISSN 2446-6298, v. 10, n. 17, p. 165-191, jul./dez. 2020. Disponível em: <<https://saberhumano.emnuvens.com.br/sh/article/download/456/458>>. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

HORA, Mariana Marques da; OLIVEIRA, Ana Nicolle Conceição de. **Pessoas surdas, direitos humanos e o acesso à justiça**. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM SERVIÇO SOCIAL, XVI., 2018, Vitória. **Anais [...]**. Vitória, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/22875/15341>>. Acesso em: 24 de março de 2021.

MELLO, Camilla T. S. **Os Efeitos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) em nosso Ordenamento Jurídico**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://smassistenciajuridica.jusbrasil.com.br/artigos/535620211/os-efeitos-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-n-13146-2015-em-nosso-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDONÇA, Letícia Braz; EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin. **A democratização do Poder Judiciário e o acesso à justiça**. Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 01, n. especial 2, jul/dez, 2017, p.50-56. Disponível em: <<http://www.unoeste.br/site/enepe/2017/suplementos/area/Socialis/01%20-%20Direito/A%20DEMOCRATIZA%C3%87%C3%83O%20DO%20PODER%20JUDICI%C3%81RIO%20E%20O%20ACESSO%20%C3%80%20JUSTI%C3%87A.pdf>>. Acesso em: 23 de agosto de 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Agrislaine Correa Cordeiro de. **Direito fundamental de acesso à justiça e pessoas com deficiência auditiva: uma análise no âmbito da defensoria pública no município de Criciúma/SC**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso - Bacharelado (Direito – UNESC, 2017, Criciúma). Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/6006>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007)**. In: BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Contemporaneidade**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set.-dez., 2019. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf>. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso à justiça**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Processo Civil, 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica>>. Acesso em: 21 de agosto de 2021

SANTOS, S. A. Questões emergentes sobre a interpretação de Libras-Português na esfera jurídica. **Revista Belas Infiéis**, Brasília, v. 5, n.1, p. 117-129, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/belasinfiéis/article/view/11372/10009>>. Acesso em: 27 de agosto de 2021.

SILVA, Hércules Matheus Santos. **Inclusão Social dos Deficientes Auditivos: Análise Acerca dos Aspectos Jurídicos e Sociais**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://herculesmatheus.jusbrasil.com.br/artigos/712801705/inclusao-social-dos-deficientes-auditivos-analise-acerca-dos-aspectos-juridicos-e-sociais>>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

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

TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti; COUTO, Monica Bonetti. **O acesso à justiça e seu enquadramento como direito fundamental: contexto atual e evolução**. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI/UNINOVE, XXII., 2013, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e5815151957be36a>>. Acesso em: 17 de março de 2021.

TORRES, Marcelo Monteiro. **Direito Fundamental à Diferença**. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS, vol. 1, n. 2, fev./maio 2012. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_02/vol1no2art2.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2021.

ZYCH, Anizia Costa. **Os aportes da educação de surdos, decorrentes do decreto federal nº 5626/05**. ANALECTA, Guarapuava, v.9, nº 2, p. 113-125, jul./dez. 2008. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/230451869.pdf>>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS ¹

Ana Caroliny de Sousa Fontenele²

Maxswell Brito Oliveira³

RESUMO: O presente trabalho consiste em um estudo acerca da prestação de alimentos que é de suma importância para a preservação e manutenção da vida digna da criança ou adolescente que ainda não é capaz de prover sua própria subsistência. Teve por objetivo analisar a responsabilidade avoenga dentro da obrigação alimentar e revelar os limites dessa obrigação, no que diz respeito à responsabilidade dos avós, bem como comprovar a impossibilidade da prisão civil dos mesmos em caso de inadimplemento. Para o desenvolvimento da presente pesquisa, em termos metodológicos, utilizou-se o método bibliográfico com levantamento de dados realizados através de livros de doutrina, revistas científicas, jurisprudências e na legislação pátria vigente. A priori, foram explanados os contornos jurídicos referentes a alimentos dentro das relações familiares, por conseguinte foi analisado a obrigação alimentar avoenga, com seus requisitos, características e peculiaridades. Em virtude de tais conceitos, foram apresentadas as possíveis repercussões jurídicas dessa obrigação, evidenciando-se a impossibilidade da prisão civil dos avós por descumprimento de obrigação alimentar, comprovando por intermédio de súmulas, julgados e correntes doutrinárias a solidificação desse posicionamento legal.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Responsabilidade Avoenga. Prisão Civil.

¹ Recebido em 10/08/2021

Aprovado em 09/06/2022

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. E-mail: carolfontenele2011@hotmail.com.

³ Auxiliar de Justiça do Tribunal de Justiça do Piauí. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí; Licenciado em Letras Português pela Universidade Federal do Piauí; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, em Direito Previdenciário e em Ensino de Língua Brasileira de Sinais. E-mail: mxbrt@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Dentro do Direito Civil, o ramo do Direito de Família apresenta-se como uma das vertentes mais dinâmicas, decorrente das céleres mudanças sociais e da modernização das relações familiares, fazendo-se imprescindível a discussão de inúmeras matérias relacionadas. O tema escolhido para ser abordado e estudado neste presente trabalho foi a figura dos alimentos.

A prestação de alimentos é de suma importância para a subsistência da criança ou adolescente que ainda não é capaz de prover-se independentemente, cabendo assim a quem for obrigado por força de lei prestá-los.

Evidenciam-se os alimentos avoengos, isto é, a obrigação alimentar decorrente dos avós. Embora a obrigação de prestar alimentos seja de responsabilidade principal dos genitores, na falta destes ou quando mesmo presentes não poderem arcar com tal prestação, a obrigação recai sobre os parentes mais próximos em grau e sucessivamente aos mais remotos na falta dos anteriores, seguindo uma ordem sucessiva de chamamento a essa responsabilidade. Os avós são os parentes mais próximos em grau, logo, recairá sobre esses a obrigação alimentar dos netos, de forma subsidiária e complementar, tudo em razão de lei, baseando-se na solidariedade familiar que surge a fim de assegurar o bem maior que é a vida de forma digna do alimentando.

É um tema bastante peculiar, ainda pouco discutido e de grande relevância por ter em seus polos duas figuras que merecem mútua atenção e cuidado por parte da família, sociedade e Estado, que são as crianças e adolescentes que vão pleitear os alimentos e do outro lado a os avós, que serão obrigados a assumir tal encargo no lugar dos genitores. Esses avós, na maioria das vezes, são pessoas já idosas e que sobrevivem de um simples benefício previdenciário, suficiente apenas para sua própria subsistência.

A partir disso, analisou-se nesta pesquisa a responsabilidade avoenga dentro da obrigação alimentar e revelou os limites dessa obrigação, no que diz respeito a responsabilidade dos avós, comprovando a impossibilidade da prisão civil dos mesmos em caso de inadimplemento.

METODOLOGIA

A fundamentação do presente trabalho foi baseada em levantamento bibliográfico feito em livros de doutrina e revistas científicas, jurisprudências e na legislação. O presente estudo encontra-se estruturado em três capítulos, sendo o primeiro destinado a situar o tema principal, que são os alimentos avoengos, dentro do contexto maior da obrigação alimentar

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS

em geral nas relações familiares. Nele encontra-se presente a conceituação doutrinária de alimentos, bem como sua fundamentação legal, natureza jurídica, principais características, sujeitos envolvidos na obrigação alimentar e os pressupostos básicos para configuração dessa obrigação.

Após os aspectos gerais iniciais, o capítulo dois aborda os requisitos referentes à obrigação alimentar avoenga, assim como caráter subsidiário e complementar que essa obrigação assume ao ter no polo devedor a figura dos avós, bem como a possibilidade de formação de litisconsortes e a execução dos alimentos avoengos.

Por conseguinte, em razão do exposto, o terceiro capítulo esclarece as possíveis consequências dessa obrigação e a impossibilidade da prisão civil dos avós por descumprimento de obrigação alimentar, através da diferenciação da responsabilidade alimentar, que se define pela responsabilização dos avós em relação aos netos, e do dever de sustento, que é inerente somente aos genitores, além de apresentar súmulas, julgados e correntes doutrinárias que solidificam atualmente essa impossibilidade.

1 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A família se consagra como base da sociedade e tal entidade é de suma importância não somente para os componentes consanguíneos, mas para a sociedade como um todo que recebe os indivíduos advindos dela.

Como é sabido, o ser humano no início de sua vida é incapaz de prover seu próprio sustento, necessitando assim de auxílio de terceiros para sua sobrevivência até que possa prover por si só. Diante desse contexto que desponta o princípio da solidariedade familiar e a figura dos alimentos, pois é a partir desse princípio que surge a responsabilidade recíproca de manutenção entre integrantes da família, o que vem a justificar a prestação de alimentos entre parentes. Em consonância com isso, preceitua Gonçalves:

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformando em norma, ou mandamento jurídico. (GONÇALVES, 2012, p.499)

Dentro de toda as mudanças históricas, a Constituição Federal de 1988 é visivelmente marcada por sua maior valorização aos princípios da igualdade, solidariedade e proteção à vida e dignidade humana, trazendo assim uma maior significação para a unidade familiar e consequentemente invocando o princípio da solidariedade, onde quem tem mais condição

econômica não deve deixar desamparado quem passa ou pode vir a passar por alguma necessidade, proporcionando uma vida minimamente digna pra quem não pode prover seu sustento por si próprio, em decorrência disso surge a obrigação alimentar.

Dentro da doutrina brasileira há consenso acerca do conceito de alimentos, entre os quais, pode-se citar o de Cahali (2013, p.15):

O ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal, segue o seu fraudário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal, mais ou menos prolongada, a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida. Daí a expressividade da palavra “alimentos” no seu significado vulgar: tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida; ou, no dizer de Pontes de Miranda, “o que serve à subsistência animal.” Em linguagem técnica, bastaria acrescentar, a esse conceito, a ideia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite. (CAHALI, 2013, p.15)

A partir disso, percebe-se a importância da prestação de alimentos como condição de subsistência do ser humano desde sempre, cabendo a quem é obrigado por força de lei prestá-los a quem deles necessita.

A existência da obrigação alimentar está intimamente ligada com os princípios da dignidade humana e solidariedade familiar, como entende e leciona a jurista Maria Helena Diniz: “O fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o da solidariedade social e familiar (CF, art. 3º), pois vem a ser um dever personalíssimo [...]” (DINIZ, 2009, p. 575). Quando o indivíduo não é capaz de produzir seu próprio sustento, surge a necessidade de amparo através de sua família, ou seja, através da solidariedade da família, que são obrigados por força de lei, devendo garantir ao alimentando sua dignidade, tendo pleno acesso ao básico.

Para que se defina o montante dos alimentos, o juiz deve levar em consideração tanto a necessidade do alimentando quanto às condições econômicas de quem o fornece. Os alimentos só devem ser concedidos a quem realmente comprove necessidade e dentro das possibilidades do alimentante.

Sobre o significado e abrangência de alimentos, disserta Monteiro:

Alimentos, na terminologia jurídica, tem sentido mais lato do que o vigente na linguagem comum, abrangendo não só a alimentação propriamente dita, como também tratamento de saúde, habitação, vestuário e diversões, como, ainda, a instrução e educação. (MONTEIRO, 2012, p.17)

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS

Assim, tem-se por alimento não somente o que a própria denominação indica, mas também cabe nessas prestações o correspondente ao lazer, moradia, saúde, vestuário, educação, dentre outras coisas que compõe a ideia de patrimônio mínimo necessário a uma vida digna e manutenção da condição social e moral do alimentando, como se verifica no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e o artigo 1920 do Código Civil, os quais citam todo os itens relacionados ao conceito de alimentos.

A fundamentação legal da obrigação alimentar encontra-se entre os artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil. Consonantemente com a doutrina, os artigos 1694 e 1695 do Código Civil determinam quem pode pedir e quem pode receber alimentos. A partir de tais artigos, tira-se a base legal da obrigação alimentar, observando alguns requisitos necessários para o configuração e alguns sujeitos dessa obrigação, conforme se verá a seguir.

A obrigação alimentar é um direito personalíssimo, ou seja, não pode ser repassado a outrem, através de qualquer acontecimento jurídico, e que para se fixar a obrigação é levado em consideração as circunstâncias pessoais de cada indivíduo relacionado. É um direito pessoal, intransferível.

Ademais, os alimentos são irrenunciáveis por se tratar de matéria de ordem pública, já que eles garantem a sobrevivência do alimentando e consequentemente resguardam o direito basilar previsto na Constituição Federal, o direito à vida.

Por lógica, um direito que tem como função precípua a subsistência de uma pessoa, como o direito a alimentos, não pode ser objeto de penhora. A impenhorabilidade vem expressa no artigo 1.707 do Código Civil. Há, porém, na doutrina a possibilidade de penhorabilidade de parte dos alimentos ou algo provindo deles que não seja necessária a sobrevivência de quem recebe os alimentos.

Ainda condizente ao artigo 1.707 do Código Civil, os alimentos são insuscetíveis de cessão e compensação. Não podem ser cedidos por ser um direito pessoal inerente ao alimentado. Assim como também não pode ser compensado, já que se trata de um meio de garantir a subsistência da pessoa em questão.

Ademais, embora a necessidade do alimentando já exista há muito tempo, não prescreve o direito de postulação desse direito. Portanto, o direito aos alimentos é imprescritível. Porém, prescreve em dois anos a partir da data de vencimento o direito de requerer o pagamento de pensões já estipuladas. Ou seja, a obrigação alimentar é imprescritível, todavia, as prestações já vencidas não são, conforme enuncia o § 2º, do artigo 206 do Código Civil.

É de suma relevância mencionar que se tratando de menor de 16 anos, não haverá prescrição, já que é uma hipótese de impedimento de prescrição (art.198, I, do Código Civil). O prazo de dois anos só correrá a partir de completo os 16, a menos que se trate de pensão de genitor para com filho, que só correrá o período prescricional a partir de completado os 18 anos do alimentando (art. 197, II, do CC). Assim, em suma, os alimentos podem ser pleiteados a qualquer tempo, desde que necessitado o requerente desses alimentos para subsistência.

Afim de garantir maior segurança às prestações alimentícias, já que estas garantem a subsistência de quem a recebe, o Código Civil tratou de asseverar que as mesmas serão atualizadas de acordo com o índice oficial estabelecido em seu artigo 1.710.

Por fim, a prestação alimentar deve ocorrer de forma periódica que implique em uma certa habitualidade, de modo que facilite a sustentação da subsistência do alimentado.

Em relação aos sujeitos do dever alimentar, ressalta-se, inicialmente que, o Estado, como mantenedor maior da sociedade, deve prestar auxílio para manutenção e sobrevivência com dignidade de toda sociedade. Porém é necessário o auxílio da instituição familiar, a fim de garantir a execução dessa obrigação alimentar em lei. Assim como aduz o já citado artigo 227 da Constituição Federal, a sociedade, o Estado e a família são responsáveis por manter uma vida digna para as crianças e adolescentes.

A fim de melhor esclarecer quem são as partes que atuam nessas prestações, o Código Civil traz em seu artigo 1.696: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.” (BRASIL, CC/2002, p.229)

Embora o dever direto de guarda e sustento da prole seja prioritariamente dos genitores, fica claro no supracitado artigo que em casos especiais, esse dever pode ser estendido.

Assim, serão chamados os parentes em grau imediato para assumirem o encargo de prestar alimentos quando ausentes os genitores ou quando um ou ambos estiverem impossibilitados de arcar com tal despesa. Nesse sentido, disserta Welter:

No direito brasileiro, os alimentos legítimos, impostos pela lei devido ao fato de existir entre alimentante e alimentado vínculo de família, são devidos somente pelos ascendentes (pais, avós, bisavós e outros), pelos descendentes (filho, neto, bisneto e outros), pelos irmãos e pelo cônjuge ou convivente, não podendo ultrapassar a linha colateral de segundo grau (irmãos),

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS

excluindo-se, portanto, os afins (sogros, genro, nora e cunhados) e os sobrinhos. (WELTER, 2004, p.31)

A doutrina, seguindo a lógica do Código Civil, elenca quatro categorias de pessoas que devem apoio em caso de necessidade de quem não pode prover por si só sua subsistência. Em ordem preferencial, encontram-se em primeiro lugar os pais e filhos, mutuamente. Em segundo lugar, na falta dos pais e filhos, os ascendentes, respeitando a ordem de proximidade, que é onde entra a obrigação alimentar avoenga que será analisada no presente trabalho. Em seguida, os descendentes, em ordem sucessória. E a quarta categoria seria a dos irmãos, sejam eles unilaterais ou bilaterais.

O alimentando não pode, em hipótese alguma, escolher por livre vontade quem deverá arcar com as prestações alimentícias, sendo assim necessário a observância da ordem sucessória imposta em lei, sendo sempre chamado a arcar com as despesas do próximo parente em grau imediato.

Cabe ressaltar também que a impossibilidade dos genitores ou parente anterior na linha de sucessão alimentar deve ser cabalmente comprovada, não bastando o simples não pagamento da pensão por motivo injustificado para chamar o próximo alimentante.

É necessário ainda evidenciar que o Código Civil afirma que a obrigação alimentar é transmissível para os herdeiros em caso de morte, sendo os alimentos assim cobrados do espólio, visando sempre a possibilidade de cada herdeiro. Depois da partilha os herdeiros ficam livres da obrigação de pagar os alimentos, retornando a questão a ordem sucessória baseada na solidariedade familiar já explicitada.

Embora a prestação de alimentos seja um direito e dever já consagrado em lei, para que se configure, deve-se obedecer alguns requisitos básicos, tais como a existência de um vínculo de parentesco entre os sujeitos, comprovada necessidade de quem pleiteia os alimentos, possibilidade financeira da pessoa obrigada a arcar com a prestação devida sem que prejudique seu próprio sustento e o uso da proporcionalidade na fixação desses alimentos, para que nenhuma das partes saia prejudicada. Esses pressupostos encontram-se na interpretação dos 1.694, §1º e 1.695 do Código Civil, bem como dispostos nas doutrinas.

Fica claro através destes pressupostos que a intenção do pleito da prestação alimentícia não é enriquecer o alimentando e nem a manutenção de um alto padrão de vida do mesmo, mas apenas oferecer uma vida digna à criança ou adolescente que não pode ainda manter-se por si só. Cabe ao juiz na hora da fixação dos alimentos fazer a proporcionalidade

entre os pressupostos, a fim de garantir a dignidade de ambos os lados e ninguém sair prejudicado.

2 A RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Naturalmente associa-se a obrigação de prestar alimentos aos menores à figura dos genitores, porém na falta destes, ou quando mesmo presentes não poderem arcar com tal prestação, a obrigação recai aos parentes mais próximos em grau e sucessivamente aos mais remotos na falta dos anteriores na ordem sucessiva de chamamento a essa responsabilidade. Nesse sentido preceitua o Código Civil no seu artigo 1696: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros” (BRASIL, CC/2002, p.229). A respeito do chamamento dos parentes, explana Cahali (2013, p. 450):

A obrigação de prestar alimentos fundada no jus sanguinis repousa sobre o vínculo de solidariedade humana que une os membros do agrupamento familiar e sobre a comunidade de interesses, impondo aos que pertencem ao mesmo grupo o dever recíproco de socorro. Os sujeitos da relação jurídico alimentar, portanto, não se colocam apenas na condição de pai e filho; estabelece-se, do mesmo modo, uma obrigação por alimentos entre os filhos, genitores, avós e ascendentes em grau ulterior (em linha reta inexistente qualquer limite de grau), caracterizada pela reciprocidade. O legislador não se limita à designação dos parentes que se vinculam à obrigação alimentar, mas determina do mesmo modo a ordem sucessiva do chamamento à responsabilidade, preferindo os mais próximos em grau, e só fazendo recair a obrigação nos mais remotos à falta ou impossibilidade daqueles de prestá-los. (CAHALI, 2013, p.450)

Os avós são os parentes mais próximos em grau e geralmente também os mais próximos afetivamente. Logo, como preceitua o artigo supramencionado, recai sobre os avós a obrigação alimentar dos netos, seja de forma integral ou complementar. Isso acontece em razão da solidariedade familiar que surge a fim de assegurar o bem maior, que no caso, é a vida de forma digna do alimentando.

A responsabilidade alimentar avoenga, porém, só vai nascer quando houver comprovada necessidade de prestação alimentícia e ainda a impossibilidade dessa prestação ser feita totalmente ou se é reduzida essa capacidade por parte dos pais, já que estes é que são detentores do poder familiar e consequentemente responsáveis pela manutenção dos filhos. Assim preceitua Dias (2016, p. 578):

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS

Os avós são chamados a atender a obrigação própria decorrente do vínculo de parentesco, tratando-se de obrigação sucessiva, subsidiária e complementar. Em face da irrepetibilidade dos alimentos, é necessária a prova da incapacidade, ou da reduzida capacidade do genitor de cumprir com a obrigação em relação à prole. (DIAS, 2016, p.578)

Fica assim claro a necessidade de comprovação ante a justiça da falta ou impossibilidade dos genitores em arcarem com sua obrigação alimentícia para com seus filhos, para que só a partir disso os avós possam ser chamados a arcarem com tal encargo. Medida mais que justa, já que os pais é que possuem o dever original de sustento de sua prole.

2.1 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA

O Código Civil elegeu a vocação hereditária parental como ordem de chamamento para prestar alimentos, e os avós como parentes mais próximos são os primeiros a serem chamados na ausência dos pais ou apenas para completar, excluindo os parentes mais remotos, assim como preceitua o artigo 1696 do Código Civil. Nesse contexto, comenta Diniz:

Quem necessitar de alimentos deverá pedi-los, primeiramente, ao pai ou à mãe. Na falta destes, por morte ou invalidez, ou não havendo condição de os genitores suportarem o encargo, tal incumbência passará aos avós paternos ou maternos. Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentados serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores. Na ausência dos avós, aos bisavós e assim sucessivamente. Ter-se-á, portanto, uma responsabilidade subsidiária, pois somente caberá ação de alimentos contra avós se o pai estiver ausente, impossibilitado de exercer atividade laborativa ou não tiver recursos econômicos. (DINIZ, 2010, p.612)

Assim, a obrigação alimentar avoenga vai obedecer os mesmos critérios arbitrados na responsabilidade alimentar dos pais, além da relação comprovada de parentesco, quais sejam a real e comprovada necessidade do alimentando, ou seja, quando o neto em questão que pleiteia os alimentos não possui capacidade de se manter de forma minimamente digna por si

próprio, a capacidade do alimentante em prestar alimentos, ou seja, se o avô possui condições de arcar com as prestações pleiteadas sem colocar em risco sua própria subsistência, e o equilíbrio entre os binômios, isto é, que seja levado em conta a proporcionalidade entre as necessidades de quem precisa e a capacidade financeira de quem vai arcar com o ônus da obrigação.

Quando se é fixado os alimentos, deve ser observada principalmente a proporcionalidade entre os requisitos e o princípio da dignidade humana, para que seja respeitada a dignidade de todos os envolvidos na obrigação, seja quem pleiteia, seja quem paga. Esses requisitos estão previstos de forma implícita nos artigos 1964 e 1695 do Código Civil.

Esses alimentos podem ser fixados em determinada quantia de dinheiro, ou *in natura*, que é, geralmente, quando o neto mora com os avós, que lhe fornecem diretamente alimentação, vestuário, lazer e suprem as demais necessidades básicas do alimentado.

Os alimentos são fixados de acordo com as necessidades e circunstâncias comprovadas em juízo naquele momento. Contudo, a decisão fica sujeita a revisões para melhor se adequar a situações que possam se alterar, como por exemplo, por ventura surja uma maior demanda da parte do alimentando ou uma alteração nas condições financeiras dos avós que estão cumprindo com tal obrigação alimentar.

2.2 CARÁTER SUBSIDIÁRIO E COMPLEMENTAR

O encargo alimentar só recairá aos avós de forma subsidiária quando comprovadamente estiverem em falta, seja por morte ou ausência, os genitores do alimentando, ou mesmo quando presentes não possuírem meios de sustentar a prole. Frisa-se aqui que a declaração de falta de meios cabíveis para o sustento dos filhos deve ser amplamente comprovada para que a partir daí seja os avós chamados para assumir tal encargo. Se ao menos um dos pais possuir condições de sustento suficientes, os avós se tornam partes ilegítimas na ação de alimentos. Dentro desse contexto, Madaleno diz que:

Obrigação subsidiária deve guardar coerência apenas como a verba indispensável para a subsistência dos netos, cuja quantificação não foi possível extrair dos pais. Os alimentos devidos pelos avós aos netos, como já visto, são de caráter subsidiário ou sucessivo e não simultâneo com os pais.
(MADALENO, 2017, p.980)

A obrigação tem caráter complementar quando o genitor mesmo pagando pensão não consegue arcar com o suficiente para a subsistência digna do filho, tendo o avô que ser

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS

chamado para complementar esse valor. Aqui também é de suma importância a prova de que o genitor não possui condições de contribuir com valor maior, para que só assim os avós sejam chamados a participar da prestação alimentícia. Assim dispõe Gonçalves (2012, p. 545):

Não se exclui a possibilidade de a ação ser proposta contra o pai e o avô, se evidenciado que aquele não tem condições de arcar sozinho com a obrigação alimentar. Os avós são, assim, chamados a complementar a pensão, que o pai, sozinho, não pode oferecer aos filhos (CC, art. 1.698). (GONÇALVES, 2012, p.545)

Quando chamados a complementar a prestação alimentícia, entende-se que essa obrigação tenha caráter transitório e excepcional, já que não seria justo com os avós, que por muitas vezes se mantém por meio de um benefício previdenciário com valor correspondente ao salário mínimo vigente, continuarem a prestar alimentos aos netos mesmo quando os pais já recuperaram ou alcançaram uma melhor condição financeira capaz garantir a manutenção dos alimentandos. Segundo Cahali (2013, p. 475):

Adverte-se que, quando ocorre de virem os avós a complementar o necessário à subsistência dos netos, o encargo que assumem é de ser entendido como excepcional e transitório, a título de mera suplementação, de sorte a que não fique estimulada a inércia ou acomodação dos pais, primeiros responsáveis. (CAHALI, 2013, p.475)

Fica claro aqui o caráter transitório da obrigação alimentar avoenga, para que não se acomodem os genitores em tal situação, buscando assim soluções para que suas condições financeiras se estabeleçam e a obrigação alimentar de sua prole retorne para os devedores principais.

2.3 A POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DOS AVÓS COMO LITISCONSORTES PASSIVOS NA AÇÃO DE ALIMENTOS CONTRA OS GENITORES

A fim de garantir celeridade e a efetividade do direito à prestação dos alimentos, que garantem uma vida digna ao alimentando, depois de cessadas todas as tentativas de prestação do crédito devido pelos genitores, os avós podem ser demandados conjuntamente com os pais.

Quando há essa certeza de que os genitores não suportam o encargo da prestação e tendo em vista o caráter urgente dos alimentos, pode-se propor ação de alimentos contra os pais e simultaneamente contra os avós, formando assim um litisconsórcio passivo sucessivo,

para que não se precise receber negativa da execução contra os genitores e somente depois ingressar contra os avós.

Sobre a ordem de chamamento no litisconsórcio, é igual ao chamamento da obrigação alimentar já explicitado anteriormente. A respeito disso, discorre Madaleno (2017, p.898):

Tudo se desloca para a questão de divisibilidade da obrigação alimentar, pois se existem vários devedores, como no caso dos avós paternos e maternos, ou diversos filhos se os credores são os pais, a exigência de demandar todos os devedores justamente deriva desta característica de interdependência das diferentes cotas alimentícias, pois só sendo todos os devedores judicialmente chamados é que poderá ser apurada a capacidade de contribuição de cada um deles, uma vez que não concorrem com idêntica cota, e sim na proporção de seus respectivos ingressos financeiros. Para que a fixação seja equitativa devem ser trazidos todos os devedores à lide, para que informem suas respectivas possibilidades e para que as correlatas necessidades do credor de alimentos sejam atendidas conforme os recursos pessoais de cada devedor, ainda que o litisconsórcio passivo retarde a celeridade dos alimentos. (MADALENO, 2017, p.898)

O litisconsórcio apesar de ser um instituto permitido em nosso sistema e facilitador da apuração da capacidade contributiva de cada possível devedor, não é de caráter obrigatório.

2.4 EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS AVOENGOS

A execução dos alimentos deve acontecer quando o devedor possui plenas condições para efetuar a prestação, mas não a faz por mera desídia. Portanto, a execução é uma forma de garantir judicialmente que o alimentante, sob pena de prisão, sane seu débito junto ao alimentando.

A ação de execução só pode ser proposta se anteriormente tiver sido estabelecida judicialmente uma prestação alimentar, pois a partir disso gera a obrigação do alimentante cumprir naturalmente com o que foi acordado. Não ocorrendo como o que foi proposto em juízo, cabe ao alimentando executá-lo.

O artigo 19 da Lei de Alimentos (nº 5.478/68) traz no seu enunciado que:

O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias. (BRASIL, Lei de Alimentos/1968, p.16)

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS

Isso quer dizer que o juiz pode optar por se utilizar de quaisquer medidas cabíveis a fim de garantir a execução da prestação alimentícia, inclusive recorrer a prisão civil do devedor. Segundo Dias (2016, p. 621):

Dispondo o credor de um título executivo – quer judicial, quer extrajudicial – pode buscar a execução pelo rito da prisão (CPC 528 § 3.º e 911) ou da expropriação (CPC 528 § 8.º), bem como buscar o desconto na folha de pagamento do devedor (CPC 529 e 912). A eleição do meio executório é prerrogativa do credor, não podendo o devedor pretender a transformação de um procedimento em outro. (DIAS, 2016, p.621)

É de suma importância esclarecer que o alimentando não pode executar a dívida do alimentante principal em face de outra pessoa, ou seja, os encargos só recaem a quem foi estabelecido judicialmente à prestação alimentar.

A execução, em regra, deve recair sobre o genitor inadimplente, porém, quando houver decisão de ordem judicial de prestação alimentar avoenga, estes também poderão ser alvos da execução caso não efetivem essa prestação por mera dissidia. Assim, o alimentando a fim de garantir sua subsistência e ver seu direito efetivado, pode procurar o judiciário e executar seus avós, que serão citados e deverão pagar sua dívida em até três dias, justificar a impossibilidade do não pagamento ou provar que já o fizeram, assim como preceitua o artigo 733 do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, nota-se que os avós respondem nos mesmos moldes do genitor executado, mesmo estes sendo os principais responsáveis pela subsistência da prole, enquanto que aqueles só respondem em caráter subsidiário ou complementar e transitório na falta ou impossibilidade dos pais. Apesar da ameaça de prisão ser o meio mais eficaz de conseguir a quitação da dívida, surge uma discursão sobre a inviabilidade dessa possibilidade quando figura no polo devedor os avós.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DOS AVÓS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.

A prisão civil por não pagamento de pensão alimentícia visa coagir o inadimplente a efetivar a prestação devida, a fim de garantir a subsistência do alimentando, tendo por objetivo a coação do inadimplente, para que assim a obrigação seja cumprida.

Porém, na execução dos alimentos percebe-se que os demais parentes respondem nos mesmos moldes dos genitores, que são os responsáveis originais e principais, logo, também

podem ser presos por inadimplemento da obrigação alimentar. Quando os avós figuram no polo devedor, surgem diversos questionamentos e discrepâncias doutrinárias e de julgamentos, em geral por tratar-se de indivíduos de idade avançada, que já subsistem apenas com o seu benefício por aposentadoria, ressaltando que somente respondem por essa obrigação alimentar de forma subsidiária e complementar na falta ou impossibilidade dos pais.

Se o alimentando não está recebendo a prestação alimentícia, cabe a ele executar o alimentante, onde este pode chegar a ser preso. Sobre a prisão civil, disserta Júnior (2010, p. 418):

Essa prisão civil não é meio de execução, mas apenas de coação, de maneira que não impede a penhora de bens do devedor e o prosseguimento dos atos executivos propriamente ditos. Por isso mesmo, o cumprimento da pena privativa de liberdade 'não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. (JUNIOR, 2010, p.418)

Nesse sentido, a prisão civil surgiu como um meio de garantir que a prestação alimentícia seja cumprida, colocando o direito à vida digna do alimentado acima da liberdade de quem possui o dever de cumprir essa obrigação. Ela possui caráter coercitivo e excepcional, que só deve ser utilizado de acordo com a necessidade do caso prático, como quando se tem a quantidade de três parcela já vencidas ou que se vençam no decorrer do processo, ou quando citado, o devedor se recusar a pagar ou não se justificar, e quando não for possível a utilização de outros meios de execução, tais como a penhora. Por não ter esse caráter punitivo, nem executório, o cumprimento dessa prisão não retira o dever do pagamento das prestações vencidas e vincendas, e quando pagas tais prestações, o juiz deverá suspender o cumprimento da prisão.

Ao juiz cabe avaliar o caso concreto e se utilizar de todas as medidas cabíveis para que a prestação seja cumprida, julgando se há a necessidade real de se decretar a prisão ou não, de acordo com o artigo 19 da Lei de Alimentos (nº 5.478/68).

O artigo 1696 do Código Civil deixa claro que essa obrigação alimentar é recíproca entre os genitores e seus filhos e que ela pode se estender a todos os descendentes, os mais próximos excluindo os mais distantes. Na falta ou incapacidade total ou parcial dos pais arcarem com tal obrigação, os parentes mais próximos são chamados, no caso, os avós são os primeiros nessa linha de chamamento, excluindo os mais remotos.

Frisa-se que os avós são chamados a cumprir tal obrigação alimentar apenas de forma subsidiária e complementar e de forma provisória, não cabendo a eles garantir ou manter um

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS

alto padrão de vida aos netos, mas apenas garantir a prestação básica para subsistência, sempre pesando a necessidade do alimentando e dentro das possibilidades aquisitivas dos avós.

Cabe aqui destacar a necessidade dos avós terem sido chamados judicialmente a serem os devedores principais da obrigação alimentar, não bastando a não quitação dos genitores por mera desídia.

Existindo essa sentença final de fixação de obrigação, e por algum motivo os avós não consigam adimplir tal obrigação, estes podem ser executados pelos netos, a fim de garantir a prestação devida. Apesar das particularidades já citadas no decorrer de todo o trabalho, os avós são executados nos mesmos moldes dos pais, já que a lei não faz diferenciação da execução dos genitores. Logo, desde que possuam o dever legal de prestar alimentos aos netos, e não o façam, é legal constitucionalmente a decretação da prisão dos avós nos moldes da execução.

Embora nossa legislação trate da execução de obrigação alimentar avoenga do mesmo modo que trata a execução dos genitores, como explicitado no tópico anterior, com o decorrer do tempo discussões doutrinárias foram fomentadas a respeito da real aplicabilidade do viés mais gravoso da execução, que é a prisão civil, quando se encontra no polo devedor a figura dos avós. A impossibilidade da prisão dos avós por débito alimentar ultrapassou as discussões doutrinárias e vem evoluindo e se consolidando também nos julgados.

A prisão civil continua se mostrando como o meio mais eficaz de coagir o devedor a pagar as prestações alimentícias, que são de suma importância para garantir a subsistência da criança ou adolescente. Porém, cabe sempre lembrar que os genitores são os principais obrigados a sustentar a sua prole. Apenas quando estes não se encontram presentes ou não possuem condições comprovadamente de arcar no todo ou em partes com essa obrigação é que são chamados os parentes mais próximos para assumi-la. Como já é sabido, os avós são os primeiros na ordem de chamamento na ausência ou impossibilidade dos pais, assumindo essa obrigação alimentar dos netos apenas de forma subsidiária e complementar, de forma excepcional e transitória, voltando para os pais essa obrigação assim que estes se estabeleçam financeiramente para assumir tal encargo que lhe é seu de fato. No ano de 2017, o Supremo Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 596, que trata acerca da obrigação alimentar e a responsabilização avoenga, ratificando o caráter subsidiário e complementar, em razão do descumprimento parcial ou total dos pais.

Consolidou-se a partir dessa nova súmula a ideia de subsidiariedade da obrigação alimentar avoenga que já era apresentado no corpo do artigo 1698 do Código Civil. A partir disso, destaca-se o primeiro ponto a favor da impossibilidade de prisão civil quando no polo devedor não estiver figurando o genitor, que é quem realmente possui a obrigação original. Os demais parentes, como os avós, que assumem essa obrigação em nome da solidariedade familiar, não merecem a mesma rigorosidade e devem possuir um tratamento diferente na hora da execução.

Outro ponto importante é que existem outros meios de se executar o devedor, e a prisão é o mais gravoso. Ao juiz cabe tomar as medidas necessárias e cabíveis de forma discricionária, avaliando no próprio caso concreto a necessidade ou não de decretação da prisão civil, de acordo com o artigo 19 da Lei de Alimentos (nº 5.478/68). Logo, o juiz pode decretar outros meios de se fazer cumprir essa obrigação, como através de bloqueio de contas e penhora, por exemplo, principalmente quando o devedor não for o próprio genitor. Além desse dispositivo, também pode-se citar o artigo 805 do Código de Processo Civil, que assevera: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado” (BRASIL, CPC/2015, p. 127). Logo, para os idosos, não caberia a prisão, por ser o modo mais gravoso.

Um terceiro ponto que se respalda em lei e principalmente moralmente, é que geralmente os avós são pessoas de idade mais avançada e de saúde mais debilitada. São pessoas que requerem um cuidado e trato diferenciado, a fim de que sua dignidade seja respeitada. O encarceramento abala a integridade física e psicológica do sujeito, podendo gerar danos irreversíveis, principalmente se tratando de pessoas com idade avançada, os quais só respondem por tal obrigação de forma temporária. Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça Paraná:

Todavia, não obstante o inadimplemento, deixo de decretar a prisão civil dos avós paternos por outras razões, que reputo mais nobres, a saber:

e) É do entendimento pacífico que a obrigação alimentar pelos avós aos netos é excepcional, subsidiária e complementar à dos genitores, implementando-se somente se comprovado pelo credor da verba que o devedor original não cumpre, por motivo relevante, sua obrigação; f) Não houve para o caso dos autos comprovação pronta e de plano de que os avós tenham efetivas condições de promover o pagamento integral do débito ou que tenham deixado de fazê-lo por diletantismo, tanto que promoveram o cumprimento parcial da obrigação; g) Os avós não podem suportar o efeito mais danoso e gravoso proveniente do não pagamento de alimentos PRISÃO

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS

CIVIL -, através de obrigação, como já informado, subsidiária, quando o mesmo tratamento não é dirigido contra quem presta alimentos pela via direta, por filiação; h) Apresenta-se muito mais justo, não obstante este julgador não tenha habilitação ou autorização legal para promover julgamentos de valores de cunho moral, a subsistência aos avós apenas para com os reflexos patrimoniais decorrentes do não pagamento integral da obrigação, dentre eles penhora eletrônica, arresto de bens, etc; (...).(TJPR, AI Nº 9413996, Relatora: Rosana Amara Girardi Fachin, 12ª Câmara Cível, J. 03/07/2013).

A relatora, embora deixe claro que não pode fazer julgamento de valores que invadam o âmbito da moralidade, reforça a ideia de que os avós não podem suportar a prisão, mantendo a execução, para garantir a subsistência de quem pede e necessita dos alimentos, apenas nos reflexos patrimoniais, se utilizando dos outros meios de execução. Nesse orientação, também vale citar Enunciado nº 599 que foi aprovado em 2015 na VII Jornada de Direito Civil pelo Conselho de Justiça Federal juntamente com Superior Tribunal de Justiça.

Assim, deve o magistrado sempre analisar bem as condições financeiras, porque muitas vezes o idoso vive apenas a base de um aposento que é suficiente somente para sua própria subsistência, além de analisar as condições de saúde e psicológicas do avô devedor, para que só assim possa aplicar o meio mais justo, proporcional e satisfatório às duas partes.

Ainda seguindo essa linha de raciocínio:

Assim, no caso, por exemplo, de estar o avô ou avó passando por problemas de saúde diversos ou não possuindo condição financeira para suprir sequer suas necessidades básicas, como alimentação e remédios, a decretação da prisão feriria sua dignidade e sua integridade física e psíquica, violando o Estatuto do Idoso e a própria Constituição. Além disso, iria de encontro à proporcionalidade que permeia a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentando. (Assessoria de Comunicação do IBDFAM, 2016).

O Estatuto do Idoso (nº 10.741/2003), que foi criado no intuito de proteger e assegurar os direitos dos idosos, se apresenta como mais um meio legal garantidor de que o Estado tenha uma maior cautela e cuidado no que se refere a pessoas acima de sessenta anos, a fim de preservar sua saúde e dignidade. Além disso, a Constituição Federal também é garantidora da proteção e amparo das pessoas idosas pelo Estado, sociedade e a família, de acordo com seu artigo 230. Soma-se ainda o princípio da dignidade humana, que diante das fragilidades do

idoso, deve ser levado ainda mais em conta, a fim de garantir a proporcionalidade entre as necessidades do alimentando dentro das possibilidades dos avós.

Uma decisão recente da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que concedeu Habeas Corpus para suspender a prisão de um casal de idosos que deixou de pagar pensão aos netos, influenciou e consolidou ainda mais a ideia de que os avós que assumem obrigação alimentícia não podem ter o mesmo tratamento de genitores inadimplentes, ou seja, não podem ser presos civilmente. O colegiado seguiu o voto da relatora ministra Nancy Andrighi, que assim proferiu:

Sopesando-se os prejuízos sofridos pelos menores e os prejuízos que seriam causados aos pacientes se porventura for mantido o decreto prisional e, conseqüentemente, o encarceramento do casal de idosos, conclui-se que a solução mais adequada à espécie é autorizar, tal qual havia sido deliberado em primeiro grau de jurisdição, a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, o que, a um só tempo, homenageia o princípio da menor onerosidade da execução e também o princípio da máxima utilidade da execução. (STJ, 2013, on-line)

Assim, fica claro que o STJ seguiu o caminho da impossibilidade de prisão civil dos avós, priorizando sempre os demais métodos de execução, já que estes respondem apenas de forma complementar e subsidiária, e que a prisão dos idosos poderiam lhes causar prejuízos.

Portanto, ainda que respaldado constitucionalmente, mostra-se impossível a prisão por descumprimento de prestação alimentar por parte dos avós, por se tratarem de pessoas cuja lei concede tratamento peculiar, devido às fragilidades físicas e psicológicas. Além disso, os avós apenas possuem obrigação subsidiária e complementar, sendo a obrigação principal dos genitores, logo não podem ser executados com a mesma rigorosidade dos devedores originais. As atuais decisões dos tribunais corroboram com essa ideia, aplicando nos casos práticos os demais meios executórios mais brandos, a fim de garantir sempre o uso da proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como constatado no presente trabalho, a obrigação alimentar é assegurada no ordenamento jurídico vigente. Além da previsão em legislação, também é baseada nos princípios da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana, pois, a partir da prestação de alimentos, os parentes obrigados por força de lei a assumirem tal encargo garantem a subsistência digna da criança ou adolescente que ainda não consegue manter-se sozinho.

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS

Os pais são os principais obrigados. É válido relembrar que os avós são chamados para tal encargo alimentar dos netos somente quando os genitores comprovadamente se encontrarem ausentes ou incapazes de assumir tal encargo, nunca por mera desídia. Para que essa obrigação se configure, ainda é necessário que sejam levados em contas certos requisitos, como a necessidade comprovada de quem pleiteia e possibilidade de pagamento de quem deve, tudo proporcionalmente calculado pelo juiz na hora fixação dos alimentos.

Quando os alimentos não são pagos, cabe aos alimentandos executarem em juízo os devedores, podendo estes até serem presos. A prisão civil por não pagamento de pensão alimentícia é respaldada em lei e é meio bastante efetivo na prática, já que coage o devedor a efetivar a prestação devida, a fim de garantir a subsistência do alimentando.

Porém, percebe-se que pela lei, os demais parentes respondem nos mesmos moldes dos genitores, que são os responsáveis originais e principais, logo, também podem ser presos por inadimplemento da obrigação alimentar. Figurando os avós no polo devedor, surgem diversos questionamentos por, na maior parte das vezes, se tratar de pessoas de idade avançada, que já subsistem apenas com um aposento, e, principalmente, só respondem por essa obrigação alimentar de forma subsidiária e complementar.

Por toda a pesquisa elaborada no decorrer do presente trabalho, buscou-se analisar a responsabilidade avoenga dentro da obrigação alimentar e mostrar até que ponto as consequências dessa obrigação podem atingir os avós, usando sempre a proporcionalidade entre a necessidade de quem pede e a possibilidade de quem deve a prestação alimentícia. Portanto, de acordo com as peculiaridades das partes envolvidas, chega-se à conclusão de que o dever de sustento é exclusivo dos pais, pois eles são detentores do poder familiar e os avós só são chamados na falta ou impossibilidade comprovada dos genitores, como um meio de garantir através da obrigação alimentar uma subsistência digna ao alimentando, o que é justo, já que as crianças e adolescentes não podem ainda manter-se sozinhos. Porém, ainda que respaldado constitucionalmente, mostra-se impossível a prisão por descumprimento de prestação alimentar por parte dos avós, pois ele só possui obrigação de caráter subsidiário e complementar e transitório, logo não podem ser executados com a mesma rigorosidade dos devedores originais. Além disso, se tratam de pessoas cuja lei concede tratamento peculiar, devido às fragilidades físicas e psicológicas. Restou comprovado essa ideia através das atuais decisões dos tribunais que corroboram com essa impossibilidade, aplicando nos casos práticos os demais meios executórios mais brandos, a fim de que nenhuma das partes dessa relação saia prejudicada.

REFERÊNCIAS

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **Prisão civil dos avós por dívida alimentar não é consenso na comunidade jurídica.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6055/Pris%C3%A3o+civil+dos+av%C3%B3s+por+d%C3%ADvida+alimentar+n%C3%A>> Acesso em: 10 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**, Estatuto da Criança e do Adolescente, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

_____. **Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm> Acesso em: 09 de junho de 2019.

_____. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973**, Código de Processo Civil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

_____. STJ. **Súmula nº 596** “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27596%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27596%27).sub.)> Acesso em: 05 de julho de 2019._____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AI Nº 70036826733**. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Sétima Câmara Cível, Julgamento em 10/11/2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/103354580/djrs-capital-1o-grau-03-11-2015-pg-177?ref=serp>> Acesso em: 10 de julho de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **ENUNCIADO 599**, Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/857>> Acesso em: 12 de julho de 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 38.824/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 24/10/2013 Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/75884344/stj-02-09-2014-pg-5774?ref=serp>> Acesso em: 12 de julho de 2019

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

**ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE AVOENGA NA OBRIGAÇÃO
ALIMENTAR E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DOS AVÓS**

DIAS, Maria Berenice. **Manuel de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5: Direito de Família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional, São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 2. Vol. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: Direito de família. 14 ed. São Paulo, 2017.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de Execução e Cumprimento de sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7 ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2017

MONTEIRO, Washington de Barros; Silva, Regina Beatriz Tavares da. **Direito Civil: Direito de Família**. 42. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WELTER, Belmiro. **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: IOB-Thomson, 2004.

AS PRERROGATIVAS JURÍDICAS AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS¹

Marcelo Neves Araujo

Antônio Ângelo Alencar Rodrigues

Maria da Conceição Lima Freire Neta

RESUMO: A presença das desigualdades sociais gerou impactos marcantes durante a evolução da civilização humana, necessitando, ao passar do tempo, de leis e demais amparos jurídicos com intuito de preservar o bem-estar social. É mister salientar que antes da criação do Estado e, até mesmo da sociedade, já existam teorias de grandes filósofos iluministas sobre a existência das desigualdades sociais e ressaltando a importância de um contrato social regido pela figura do Estado com imposições de regras e sanções para fins de resguardo da ordem, harmonia e igualdade social. Assim, o presente artigo tem como objetivo geral analisar as prerrogativas jurídicas ao combate das desigualdades sociais. Para alcançar tal objetivo adotou-se uma pesquisa de base bibliográfica, notadamente a partir de estudos de Masson (2018); Novellino (2018); Azambuja entre outros que contribuem para o entendimento do tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdades Sociais; Igualdade Social; Amparos Jurídicos; Bem-Estar Social; Estado.

¹ Recebido em 20/08/2021
Aprovado em 10/06/2022

INTRODUÇÃO

Ao falarmos em prerrogativas jurídicas ao combate das desigualdades sociais, se faz necessário falar sobre os Direitos Humanos e seu papel no campo de atuação no cenário político-social. Mas antes, será visto como a doutrina e a jurisprudência conceituam os direitos humanos.

Tanto na doutrina como na jurisprudência, é comum utilizarem os termos: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais como sinônimos, isso, seguindo o entendimento de Filho (2012) será utilizado esse entendimento na pesquisa.

Os Direitos Humanos, seguindo o entendimento de Filho, são:

Um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico (FILHO, 2012, p. 21).

Ele aponta que deve ser observado o momento histórico que esses direitos humanos foram criados ou positivados. Onde há uma limitação do poder estatal, para assim, ser assegurado o direito individual.

Mas há uma diferença bem sutil nos referidos termos apontados por ele, mesmo que usados como sinônimos:

Na verdade, a expressão direitos humanos é normalmente utilizada para se referir aos valores e direitos consagrados em tratados internacionais. Por sua vez, a expressão direitos fundamentais é empregada para fazer menção ao mesmo conjunto de direitos, quando inseridos na Constituição (FILHO, 2021, p. 19).

Partindo desse entendimento, os direitos fundamentais são àqueles indispensáveis e relacionados à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana, e estão positivados na Constituição Federal Brasileira, mais precisamente nos artigos 5º, 6º e 225º. Já os direitos humanos, são aqueles que os Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil faz parte defendem, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992, por exemplo.

Mas o que deve ser observado, é que os direitos humanos são essenciais, indispensáveis e irrenunciáveis, como narra Filho em sua diferenciação das expressões – direitos humanos e direitos fundamentais.

Com a conceituação e diferenciação das expressões sobre Direitos Humanos, se faz mister, narrar mesmo que de forma breve, o percurso dos direitos humanos na história.

AS PRERROGATIVAS JURÍDICAS AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Este artigo tem como foco os direitos de segunda geração, então para não se estender muito nessa busca do percurso histórico do objeto da pesquisa, será narrado a partir do período que ficou conhecido como modernidade. Será buscado a iniciativa de inserção desses direitos humanos nos sistemas político-sociais, chegando ao que é a Organização das Nações Unidas – ONU.

Durante a Idade Média e boa parte da Idade Moderna, era praticamente inexistente os direitos civis e políticos. A sociedade era dividida em classes e em homens livres e escravos. Pode perceber essa distinção de direitos no período que foi marcado pelo colonialismo

No colonialismo, ainda era marcante a ideia de que havia diferenças entre os seres humanos, onde os nativos ou negros eram vistos como inferiores. Estes eram tratados como mercadorias, ou como ferramentas de produção. Boris Fausto, traz uma breve explicação sobre esse momento na história:

Ao lado da empresa comercial e do regime de grande propriedade, acrescentemos um terceiro elemento: o trabalho compulsório. Também nesse aspecto, a regra será comum a toda a América Latina, ainda que com variação. Diferentes formas de trabalho compulsório predominaram na América espanhola, enquanto uma delas – a escravidão – foi dominante no Brasil. (FAUSTO, 2019, p.44).

A escravidão foi uma das situações mais degradantes no que diz respeito ao entendimento que temos hoje de Direitos Humanos. A dignidade da pessoa humana era totalmente menosprezada. No Brasil e em outros continentes, também foram espaços das mais terríveis violações desses princípios básicos dos direitos do homem. Pode ser citado o continente africano e as Américas.

Já no século XVIII, com a Revolução Francesa, houve um grande avanço em relação aos Direitos do Homem. Em 1789, ela foi responsável pela aprovação dos direitos do homem e do cidadão. Esse documento traria mudanças profundas em todo o mundo. Era bem abrangente e expressava no seu primeiro artigo que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (FILHO, 2012, p. 38).

O mundo no século XIX, passou por uma grande mudança cultural e social a partir da Revolução Francesa, sendo que “sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente por esse processo revolucionário francês” (HOBSBAWM, 2017, p. 97).

As duas grandes nações da época causaram grandes mudanças no mundo, a Inglaterra com a Revolução Industrial - trouxe uma mudança no campo econômico. E a França trouxe

novas ideias no campo dos direitos e das ideias, seguindo seu lema de liberdade, igualdade e fraternidade.

A Grã-Bretanha forneceu o modelo para as ferrovias e fábricas, o explosivo econômico que rompeu com as estruturas sócio-econômicas tradicionais do mundo não europeu; mas foi a França que fez suas resoluções e a elas deu suas idéias, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de praticamente todas as nações emergentes, [...] A França forneceu os códigos legais [...]. (HOBSBAWM, 2017, p. 97-98)

Esse processo revolucionário foi o estopim para outros movimentos e revoltas ao redor do mundo. O final do século XVIII, é visto como o período de crise em relação aos velhos regimes da Europa, como foi narrado acima, esse período foi marcado por mudanças estruturais nos sistemas econômicos, políticos e sociais. Suas repercussões, “ao contrário daquelas da revolução americana, ocasionaram os levantes que levaram à libertação da América Latina depois de 1808”. (HOBSBAWM, 2017, p. 100). A Revolução Francesa foi um marco em todos os países. Trouxe ideias profundas de mudanças de comportamento e modo de pensar, é o que foi visto nas colônias das grandes potências europeias do período.

Foi no século XX que os Direitos Humanos ganharam relevância global. Nesse momento, o mundo se tornava cada vez mais globalizado, e as relações internacionais necessitavam de diplomacia e de limitações do poder de uma nação sobre outra. Sahid Maluf, nos traz uma breve narração das consequências da falta de limitações do poder soberano, “a humanidade sentiu na pele as consequências da inexistência de limites, como foi a corrida imperialista que provocou a I e II Guerra Mundial (MALUF, 2016, p. 55). “Essa trágica experiência gerou os primeiros movimentos para o estabelecimento de uma ordem internacional que resultou, em 1919, na criação da fracassada da Sociedade das Nações” (MALUF, 2016, p. 55). Mas sua existência foi breve, em 1946, houve sua extinção.

Com a II Guerra Mundial, ficou evidente a necessidade de uma entidade com vocação universal, que tivesse autoridade e peso que o mundo necessitava para desenvolvimento, a independência dos povos e a defesa da paz mundial. Com esses principais objetivos, após o fim da Segunda Guerra, 50 nações, incluindo o Brasil, se reuniram e assinaram a Carta das Nações Unidas, fundando assim, a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 (MALUF, 2012, p. 55-56). A ONU foi criada com o intuito de promover e assegurar a proteção dos direitos universais inerentes ao homem, dentre outros, os direitos humanos.

Para as Nações Unidas, os Direitos Humanos se referem a todas as pessoas, independentemente de nacionalidade, etnia, religião, raça, sexo ou outras condições. A ideia

AS PRERROGATIVAS JURÍDICAS AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

consiste em defender direitos fundamentais e indispensáveis relacionados à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Essa breve análise histórica desses processos de mudanças estruturais da sociedade e de conquistas de direitos, se faz necessário para um maior entendimento dos Direitos Humanos. Esse resgate histórico bibliográfico, traz um maior entendimento de que esse percurso não foi da noite para o dia, mas sim, um longo e dolorido trajeto de conquistas e positividade dos direitos fundamentais do homem.

O presente estudo pretende fazer um diagnóstico bibliográfico conduzido pelos principais autores e especialistas na área. Para o alcance de tal finalidade, além de análise bibliográfica, será utilizado o método de pesquisa documental, tendo em vista que trata-se de um tema no qual envolve a área jurídica necessitando, dessa maneira, de análise de documentos oficiais e legislações jurídicas vigentes.

O artigo tem como objetivo geral analisar as prerrogativas jurídicas ao combate das desigualdades sociais, e como objetivos específicos: Identificar as finalidades do Estado; Analisar a importância dos direitos humanos ao alcance da igualdade social; Demonstrar os direitos fundamentais e sociais sobre o prisma constitucional ao combate da desigualdades sociais. Além da introdução, o texto contém três seções, as quais abordam sucessivamente: características e finalidades do estado; base protecional da igualdade social promovida pelos direitos humanos; prisma constitucional ao combate das desigualdades sociais. Na conclusão, apresenta-se uma análise crítica formulada acerca do tema ora examinado.

CARACTERÍSTICAS E FINALIDADES DO ESTADO

Como forma de maior compreensão do tema proposto, será realizada uma análise acerca de importantes pontos sobre o Estado. O termo Estado é fruto do substantivo *status* e do verbo *stare* que significa estar firme, relacionando-se a ideia de estabilidade. Nesse sentido, explana Gonzaga e Cicco:

O Estado seria uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção (GOZANGA, CICCIO, 2012, p.47).

Desse modo, o Estado, pela figura de um ser considerado como soberano, fica com o dever de evitar as desigualdades sociais pelo fato de ser o detentor da organização e controle social.

Partindo do ponto de vista da acepção sociológica, Oppenheimer (2013), entendia que o Estado era uma instituição social no qual havia um grupo tido como vitorioso e outro tido como vencido, naquele, tinha como tarefa evitar as desigualdades internas e rebeliões estrangeiras. Com posicionamento parecido, Marx e Engels (2017), entendiam o Estado como um resultado das diversas lutas de classes na sociedade, ou seja, uma parte com o poder organizado para opressão de outra.

O principal objetivo a ser atingido pelo Estado é a proteção ao bem comum. Os indivíduos vivendo em harmonia e solidariamente em sociedade, promovendo suas aptidões físicas, intelectuais e morais em conjunto com a segurança e o progresso, seria uma síntese do bem comum (AZAMBUJA, 1999). Expandindo esse entendimento, Sortais (1924), relatou que o Estado possuía dupla função, ou seja, protecional que é uma função de justiça que é o guardião, e uma missão tutelar que seria a assistência, uma espécie de utilidade pública com fins de civilização.

Combatendo as desigualdades sociais econômicas veio o surgimento do Estado Social que, ao contrário do Estado Liberal, teve uma forte intervenção na economia. Com a ocorrência das crises econômicas do século XX, teve como consequências a recessão e o desemprego. Diante disso, relatou Bastos:

A presença do Estado se fazia, pois, imprescindível para corrigir os profundos desequilíbrios a que foram levadas as sociedades ocidentais que não disciplinavam a sua economia por meio de um planejamento centralizado, como se dava nos países comunistas. O Estado passou, pois, a assumir um papel, de início, regulador da economia, o que era feito mediante a edição de normas disciplinadoras dos agentes econômicos (BASTOS, 2004, p.142).

Partindo do mesmo ponto, Novelino (2018), relatava que o Estado Liberal apresentava características que comprovam a desigualdade em relação a aplicação das normas como, por exemplo, a aplicação dos direitos fundamentais apenas de maneira formal para as classes inferiores. Já com o surgimento do Estado Social, propôs uma espécie de igualdade para os indivíduos, pois, com a crise econômica e a escassez de direitos sociais após a Primeira Guerra Mundial, o Estado teve que retirar sua postura abstencionista e passar a intervir nas relações econômicas. Duas de suas principais características foi o fato de garantir um

AS PRERROGATIVAS JURÍDICAS AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

bem-estar social, por exemplo, um salário mínimo social para a população carente e um convênio global de estabilidade econômica (NOVELINO, 2018).

Ao longo dos tempos, surgiram diversas organizações que promovem a ideia de igualdade social, dentre elas, conforme Gonzaga, Cicco (2012), a OIT (Organização Internacional do Trabalho) com o objetivo de promover a justiça social na esfera trabalhista.

Foi criada pela Conferência da Paz, logo depois da 1ª Guerra Mundial, estando no Brasil, desde 1950. Outra modalidade, seria as Organizações Mundiais que possuem como objetivo a participação conjunta dos Estados em todo planeta, por exemplo, a Organização das Nações Unidas (ONU), e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Naquela, pretendia garantir a paz e a harmonia entre os Estados, nessa, almejava a diminuição do sofrimento humano durante as guerras (GONZAGA, CICCIO, 2012).

Em relação às formas de governos existentes no Estado, podemos notar uma importante classificação tida como puras e impuras que refletem no posicionamento de um governo que promove ou não a igualdade social. Como puras, mediante reparos políticos e modernos realizados por Azambuja (1999) no pensamento de Aristóteles, seria o governo exercido por um governante com o objetivo de promover o bem geral, por exemplo, na monarquia. Já quando uma única pessoa governa e, ainda sim, despreza os interesses gerais dos governados para satisfazer interesse próprio, estamos diante de um exemplo de um governo corrupto que seria uma das espécies das formas impuras, a tirania. Outros exemplos de formas puras, seria a aristocracia, que é um governo é liderado por uma minoria com privilégios, promovendo benefícios para a sociedade.

Quando o poder é exercido por uma minoria em proveito próprio, estamos diante de outra forma impura, que seria a oligarquia. Por outro lado, se o poder tiver a possibilidade de ser exercido por todos os cidadãos, em busca do bem comum, temos a democracia. Em contrapartida, a última modalidade de forma impura, temos a demagogia, que tem como característica o fato de o governo estar presente nas mãos de uma multidão revoltada implantando um regime de violência e opressão (AZAMBUJA, 1999).

Dentro da figura do Estado há a presença de denominadas sociedades. São várias as divergências quanto à origem da sociedade, dentre elas, os posicionamentos da corrente natural e da contratualista. Como foco de nossa pesquisa, daremos ênfase a essa última por estar ligada aos motivos que geram a desigualdade social dentro de uma sociedade. Conforme estudos de Hobbes (2015), ele relatou que o homem vivia, primeiramente, em um "estado de

natureza” que era um estado onde reinava a desordem representando uma ameaça para os outros homens por ser egoísta e agressivo.

Segundo Hobbes (2015), relatava que o comportamento adotados pelos homens nesse ”estado de natureza” gerava uma guerra de todos contra todos, pois viviam com o medo de que outro tomasse seus bens. Encontramos ainda três causas principais que geram essas guerras entre os homens. A primeira delas era a competição, que levava os homens a serem violentos com objetivo de lucro. A segunda era a desconfiança, que gerava a ideia de promover a segurança. Por último, a glória que estava ligada à reputação. Todo esse ambiente de guerra acaba por motivar os homens a se agruparem pela busca da paz. Por esse motivo, vem a ideia de um contrato social que faz a transformação do ”estado de natureza” para a vida em sociedade, com normas imposta pela figura do Estado (HOBBS, 2015).

Em posicionamento contrário ao de Hobbes, Locke (2014), entendia que no ”estado de natureza” o homem não encontrava-se em constante guerras, mas sim em uma circunstância que o deixava enfraquecido, por esse motivo, não sentia a necessidade de agredir o próximo. Naquela época, o homem já possuía um estado pré-social e pré-político e, além disso, já tinha discernimento em suas atitudes e, bem como, usufruíam da propriedade. Interessante ponto nesse posicionamento de Locke, pois vai contra o entendimento de Hobbes que defendia que a propriedade só aparecia com a formação da sociedade, mas não antes, como alega Locke.

A sociedade surgiu, então, para promover os direitos e a paz entre seus indivíduos. Um dos principais objetivos a serem alcançados nessa sociedade, seria a conservação da propriedade e a proteção da comunidade contra futuras ameaças. O contrato social era obtido com aprovação de todos presentes naquela sociedade, com a intenção de resguardar seus direitos. Esse contrato social feito por essa sociedade, promovia uma ideia de força e igualdade entre seus membros e, a partir desse ponto, com a igualdade social instalada, que começavam as guerras entre os homens (LOCKER, 2014).

O homem no estado primitivo era um ser bom, de certo modo, de acordo com os pensamentos de Rousseau (2013), não ocorriam conflitos entre as espécies, indo a favor, no primeiro plano, ao posicionamento de Locker. Em contrapartida, diferentemente de Locker, a propriedade surge depois daquele ”estado natural” conjuntamente com a sociedade que veio para defender os cidadãos e bens de cada integrante sem afastar a liberdade natural. O pacto social feito por aquela comunidade, já que não podia implementar novas forças, tinham os indivíduos que uniram suas forças para controlarem as já existentes, pois somente com a

AS PRERROGATIVAS JURÍDICAS AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

agregação poderiam preservar sua essência impedindo a resistência. O que deve predominar nessa sociedade.

BASE PROTECIONAL DA IGUALDADE SOCIAL PROMOVIDA PELOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos previstos em nosso ordenamento jurídico dão base ao tema do estudo ora examinado. Como uma definição prévia de sua utilidade, mediante palavras de Gonzaga, Cicco:

Os direitos humanos são os direitos derivados da natureza humana, independente da idade, sexo, religião, ideias políticas ou filosóficas, país, etnia ou condição social. Decorrem da dignidade da pessoa humana e tem abrangência universal e supranacional, de modo que todas as pessoas e Estados devem respeitá-lo. Sua compreensão é acessível à inteligência humana, isto é, são racionais, independem de credo, cultura ou nível de educação (GONZAGA, CICCO, 2012, p.152).

Diante desses conceitos, podemos ter o entendimento que os direitos humanos são designados a todos independentemente a fatores internos e externos, que promovem o bem-estar social. Determinados artigos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, propagam o reconhecimento do combate às desigualdades sociais, dentre eles:

Artigo I- Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma com as outras com espírito de fraternidade.

Artigo VII- Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo XXV, 1- Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Artigo XIX,2- No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de

outrem, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

No artigo I bem como no VII, mostra a importância da igualdade que é dada de amparo a todos pela lei, sem que tenha qualquer forma de discriminatória por quaisquer fatores possíveis. Além das próprias leis dessa espécie de Declaração de Direito Humanos, em épocas remotas, tivemos outras modalidades parecidas a supracitadas que deram base para sua estruturação. Seria o exemplo da Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, com origem nos Estados Unidos, sendo influenciada pelo Iluminismo Europeu e de importante marco para a criação dos Direitos Humanos (GONZAGA, CICCIO, 2012). Essa Declaração de 1776, apresenta, implicitamente, alguns artigos que relatam a repreensão das desigualdades sociais, entre eles:

Artigo 1.º Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Artigo 3.º O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo da má administração.

Todas as vezes que um governo seja incapaz de preencher essa finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e imprescritível de reformar, mudar ou abolir da maneira que julgar mais própria a proporcionar o benefício público.

Artigo 4.º Nenhum homem e nenhum colégio ou associação de homens pode ter outros títulos homem nasça magistrado, legislador, ou juiz, é absurda e contrária à natureza. para obter vantagens ou prestígios, particulares, exclusivos e distintos dos da comunidade, a não ser em consideração de serviços prestados ao público, e este título, não serão nem transmissíveis aos descendentes nem hereditários, a ideia de que um

Com base nos artigos supracitados, percebemos a importância dessa declaração para a garantia da igualdade social. Implicitamente, ela ressalta a importância do papel do Estado no âmbito das relações sociais, por exemplo, quando cita quando o governo tem de ter a finalidade de promover o bem comum, caso não faça tal conduta, o próprio povo poderá

AS PRERROGATIVAS JURÍDICAS AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

mudar a forma do governo para, dessa maneira, combater as desigualdades dentro da sociedade.

PRISMA CONSTITUCIONAL AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Nesse tópico tem-se uma abordagem sobre aspectos supralegais relevantes ao entendimento constitucional do tema abordado. Ao longo do tempo, os direitos fundamentais passaram e passam por diversas transformações, entre elas, direitos fundamentais de primeira dimensão, segunda, terceira e por aí em diante. Como centro principal da pesquisa, serão abordados os direitos fundamentais de segunda geração.

Os direitos de segunda geração são, geralmente, ligados à ideia de direitos econômicos, sociais e culturais compreendendo o princípio da igualdade entre os indivíduos (igualdade material). Por ofertarem meios materiais imprescindíveis são titulados como direitos do bem-estar, pois precisam de uma atuação positiva do Estado, ou seja, necessita de implementação de políticas públicas estatais, por exemplo, saúde, educação, assistência social (MASSON,2018). Partindo no mesmo entendimento, Novelino (2018), acrescenta que as garantias institucionais promovidas por esses direitos fundamentais não se limitam a uma prestação direta subjetiva a um indivíduo, pelo contrário, é realizada de modo objetivo atingindo realidades sociais.

Os direitos fundamentais apresentam várias características entre elas, podemos destacar, a universalidade, ou seja, os direitos fundamentais devem estar presentes em todo lugar e para todos, em uma quantidade mínima para sua eficiência, independente de fatores jurídicos ou locais bastando apenas a titularização do ser humano. Dessa maneira, não seria apenas um grupo beneficiados por esses direitos, mas sim toda a coletividade vendando qualquer tipo de discriminação e garantindo uma igualdade social (MASSON,2018).

No art. 3º da Constituição Federal, apresenta os objetivos que visam a eficácia dos fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre eles, pretendem erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais, é o que está presente nos incisos I e III do disposto supracitado:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Diversamente dos fundamentos presentes no artigo.1º que são valores estruturantes, conforme entendimento de Novelino (2018), os objetivos são algo exterior a serem alcançados gradativamente. Construir uma sociedade justa e solidária e a redução das desigualdades sociais e regionais estão relacionadas ao princípio da igualdade no âmbito substancial (igualdade material), ou seja, a utilização de políticas afirmativas pelo Estado (NOVELINO,2018).

Em relação à classificação dos direitos fundamentais, duas espécies são essenciais para o entendimento das prerrogativas constitucionais que visam inibir as desigualdades. A primeira são os direitos e deveres individuais e coletivos que buscam a proteção de valores humanos, por exemplo, igualdade, liberdade, honra (NOVELINO,2018). Já a segunda classificação, está relacionada aos direitos sociais que pretendem melhorar as condições de vida dos indivíduos hipossuficientes garantindo, dessa maneira, a igualdade social (MASSON,2018).

No art.5º, da Constituição Federal, relata um dos principais direitos que cercam o princípio da igualdade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

No caput do artigo supracitado, está relatando um dos tipos de igualdade existentes, a igualdade na perspectiva formal, ou seja, tratar todos como iguais perante a lei sem qualquer tipo de distinção. Esse princípio é dirigido aos poderes públicos quanto a sua aplicação, fazendo que a lei seja aplicada de modo neutro sem aspectos seletivos e discriminatórios (MASSON,2018). Com posicionamento semelhante, Novelino (2018), relata que a força normativa advinda da Constituição e da própria vinculação do legislador com os direitos fundamentais, é uma interpretação restrita, pois, atualmente, prevalece o entendimento de que os legisladores, quando estão criando a lei, estão vinculados ao princípio da igualdade não limitando-se apenas a quem realiza sua aplicação.

Apesar de a concepção formal ter sido bastante eficiente no século XVIII, conforme Novelino (2018), mostrou-se insuficiente com a grande presença do Estado nas relações sociais, econômicas e culturais, pois não ficava claro o destinatário de um tratamento igual ou desigual. Com isso, surgiu a perspectiva material do princípio da isonomia que procurava tratar os iguais igualmente e os desiguais na medida de suas desigualdades, diante disso, acrescenta Masson:

AS PRERROGATIVAS JURÍDICAS AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Iniciou-se, então, um processo de questionamento dessa leitura oitocentista do princípio da isonomia, criando o cenário adequado para o robustecimento da perspectiva material (substancial), que considerasse as desigualdades reais existentes na vida fática, permitindo que situações desiguais fosse destinatárias de soluções distintas. Recuperava-se, com isso, a lógica aristotélica de que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade (MASSON, 2018, p.259).

O direito à igualdade apresenta duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. Na primeira, mediante ensinamentos de Novellino (2018), a igualdade encontra-se como um fator estruturante para o Estado impondo normas distintas aos poderes públicos, por exemplo, as normas de caráter negativo que faz uma proibição a atos discriminatórios (proibição de arbítrio). Há outro exemplo, conhecido como norma de caráter positivo, promovendo tratamento igual para os iguais e desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, com fatores que visam a redução das desigualdades sociais e regionais (igualdade de fato).

Já na segunda dimensão (subjetiva), realiza uma mesclagem de normas de caráter negativo, quando faz a proteção contra igualização ou diferenciações arbitrárias (direito de defesa), juntamente com as normas de caráter positivo, quando exige prestações materiais ou jurídicas para reduzir ou compensar as desigualdades de fato (direito à prestação), como acontece na norma que garantem vagas de reserva para deficientes em cargos públicos (NOVELINO, 2018). É o que está previsto no seguinte artigo da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

A violação às essas duas dimensões dos direitos fundamentais supracitados, podem ocorrer por uma ação ou omissão. A desobediência em sua acepção negativa (direito de defesa), ocorre quando há atualizações ou diferenciações arbitrárias, ou seja, utilizando métodos discriminatórios. Já quando há uma violação na acepção positiva, fica evidente sua indocilidade na omissão em realizar medidas necessárias para redução das desigualdades sociais ou regionais pelos poderes públicos (NOVELINO, 2018). O Tribunal Constitucional Federal alemão, de acordo com Novellino (2018), utiliza uma espécie de escrutínio conforme a ocorrência de tratamento desigual. Quando ocorre em baixa intensidade, utiliza-se o princípio

da igualdade, juntamente, à proibição de arbítrio desencadeando um controle de evidência que reconhece uma razão objetiva. Já quando acontece em alta intensidade, adota-se o controle de proporcionalidade para atingir um fim legal.

O princípio da isonomia adota em sua essência as denominadas ações afirmativas, que promovem a inclusão social de grupos vulneráveis, periféricos ou hipossuficientes, com o objetivo de reduzir as distorções de bens e oportunidades (MASSON,2018). Amplia esse entendimento Novelino:

As ações afirmativas consistem em políticas públicas ou programas privados desenvolvidos, em regra, com caráter temporário, visando à redução de desigualdades decorrentes de discriminações (raça, etnia) ou de hipossuficiência econômica (classe social) ou física (deficiência), por meio da concessão de algum tipo de vantagem compensatória de tais condições. São, portanto, medidas destinadas a promover o princípio da igualdade material (igualdade de fato) (NOVELINO, 2018, p.334).

Para evitar que determinados grupos se beneficiem, injustamente, com a aplicação das ações afirmativas gerando o fenômeno conhecido como discriminação reversa, Masson (2018), explica que se deve usar os critérios da justificação razoável, racional e proporcional. Ela será razoável, quando estiver vinculada a um motivo coerente que estruture a distinção; quando for racional, delimitar, objetivamente, o segmento social a ser atingido; será proporcional quando promover um equilíbrio as situações desiguais (MASSON,2018).

Um grande exemplo de ações afirmativas presente no Brasil, são os sistemas de cotas (reservas de vagas) que protegem a minoria hipossuficiente. São vários os números de argumentos contra esse sistema de cotas, pois acreditam que há uma grande chance de promover a discriminação reversa. Porém, elas apresentam argumentos favoráveis divididos em grupo, por exemplo, o grupo de justiça compensatória que visa a justiça com base em relatos históricos do passado com as falhas cometidas pelos particulares ou governo. Por outro lado, o grupo de justiça distributiva almeja promover as oportunidades para os que não são beneficiados pelo ideal igualitário (NOVELINO,2018).

Como peculiaridade final, em regra, conforme explica Masson (2018), as diversas ações afirmativas existentes devem possuir um caráter precário e temporário, pelo fato de os recursos que são utilizados para combater as desigualdades sociais não produzem um desvio de finalidade e, conseqüentemente, ocasionar um efeito negativo com a criação de uma discriminação inversa, ou seja, quando o núcleo do problema que gerou desigualdade em

AS PRERROGATIVAS JURÍDICAS AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

certo ambiente for eliminado, as ações afirmativas devem ser reduzidas e , logo depois, extintas.

A crise do Estado Liberal com a vinda do capitalismo fez com que o Estado assumisse um papel ativo perante os interesses da sociedade. Na época, conforme entendimento de Masson (2018), os trabalhadores apresentavam condições de trabalho insalubres e precárias, fazendo os mesmos se organizarem para diminuir as desigualdades, já que a ideia de igualdade tinha essência tirânica. Um grande exemplo dos direitos sociais encontra-se no art.6º, Constituição Federal com o seguinte enunciado:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Com a insuficiência das igualdades formais promovidas pelos direitos fundamentais de primeira geração, desencadeou a vinda dos direitos sociais que visavam o bem-estar de todos os seus indivíduos com maior eficácia da igualdade formal. Nesse sentido, explica Masson a finalidade almejada pelos direitos sociais:

Nesta perspectiva foram sendo arquitetados os direitos sociais, com o claro e inequívoco intuito de incrementar a qualidade de vida dos indivíduos, especialmente os hipossuficientes, assegurando-lhes o instrumental necessário para desfrutar das benesses que outrora já estavam constitucionalmente asseguradas (MASSON, 2018, p.323).

A execução da eficácia dos direitos sociais acarretam um grande gasto o estado, por conta disso, mediante entendimento de Masson (2018), ao final do século XX, na Alemanha, foi criada a cláusula da reserva do possível pelo fato de um aluno que exigia que o país aumentasse o número de vagas para cursos superiores, pois baseava-se em uma lei local que relatava que o povo alemão tinha direito a escolher de forma arbitrária sua profissão bem como o centro de formação, todavia, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que o seu pedido estava sujeito a reserva do possível, pois não era razoável para indivíduo exigir. Com isso, o Brasil espelhou-se nesta cláusula entendendo ser um limitador jurídico-fático utilizado pelos Poderes Públicos quando as demandas estiverem baseadas em desarrazoáveis prestações impostas pelos indivíduos. Podemos, então, alegar que, por motivos de utilização da reserva do possível, o estado não estaria prejudicando e nem deixando de exercer seu papel de combater as desigualdades sociais, sendo uma exceção ao princípio da igualdade.

A reserva do possível está condicionada a três aspectos fundamentais: disponibilidade fática; disponibilidade jurídica e razoabilidade de prestações. É fundamental o entendimento prévio de cada um deles ao tema estudado. A disponibilidade fática, conforme explica Novelino (2018), está relacionada aos recursos materiais que estão à disposição do estado, pois o grande número de demandas sociais, acarretam uma onerosidade absurda aos Poderes Públicos. Partindo de um posicionamento semelhante, Masson (2018), que a disponibilidade fática não deve ser analisada apenas por uma demanda específica, mas sim por todas as demais existentes com interesses semelhantes, pois poderá prejudicar a igualdade, com isso, relata Masson:

Ao desconsiderar essa alternativa, acaba por comprometer a igualdade (uma demanda seria atendida, outras tantas, apesar de idênticas, não) ou, até mesmo, a estabilidade orçamentária (ao criar um precedente de atendimento que será repetido em diversas outras causas, nada obstante a carência de recursos) (MASSON, 2018, p.332).

Na disponibilidade jurídica há posicionamentos diversos. Para Novelino (2018) esse aspecto está ligado ao princípio da legalidade de despesa, pelo fato de necessitar de autorização orçamentária das despesas. Já Masson (2018), entende que essa segunda dimensão leva em consideração a escolha dos órgãos jurídicos competentes para executar as políticas públicas, bem como a ordem preferencial para tal medidas.

Nesse tipo de aspecto que entra em discussão a possibilidade de intervenção dos poder Judiciário na omissão dos órgão públicos (Legislativo e Executivo) na adoção das políticas públicas, pois STF já tem se posicionado que a intervenção do Judiciário não iria contra o princípio da separação do poderes, desde que seja por uma omissão dos demais poderes (MASSON, 2018). A partir desse último posicionamento, levantamos uma tese de que, caso determinado indivíduo tenha um direito social não atendido por falta de posicionamento dos órgãos públicos acarretando uma espécie de desigualdade, o poder Judiciário poderá entrar em cena e equilibrar novamente aquele problema social promovendo a igualdade novamente.

O último aspecto a ser observado seria a razoabilidade e proporcionalidade das prestações. De acordo com Novelino (2018), nesse tipo de aspecto leva em consideração dois elementos: a razoabilidade das prestações em face do Poder Público e a possibilidade financeira para a realização das demandas reclamadas ao estado.

A cláusula da reserva do possível, no âmbito do aspecto da razoabilidade e proporcionalidade, não poderá ser alegada para exonerar o estado de obrigações constitucionais, nesse sentido, devem ser solicitadas cabalmente pois, a simples alegação

AS PRERROGATIVAS JURÍDICAS AO COMBATE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

genérica de não obter meios orçamentários para execução daquele direito, não basta para sua concretização (MASSON, 2018). Nesse contexto, caso o estado tenha em mãos uma situação de desigualdade social, estará defeso em utilizar essa cláusula por mera alegação de insuficiência financeira, devendo apresentar argumentos mais fundamentados por se tratar de problemas sociais constitucionais.

Os direitos sociais apresentam uma importante expressão que norteia a sua aplicação, conhecido como mínimo existencial. Foi criada na Alemanha, conforme explica Masson (2018), tinha a intenção de agrupar determinados direitos fundamentais para garantia de uma vida que promovesse o bem-estar, porém, não há um consenso em relação quais direitos fundamentais poderiam ser alegados nessa expressão, apesar de algumas vertentes defenderem o direito alimentação, vestuário e abrigo. Nas palavras de Novellino, relata posicionamento similar:

A expressão mínimo existencial surgiu na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo de 1953, sendo posteriormente incorporada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional daquele país. Deduzidos a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, o termo designa um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna (NOVELINO, 2018, p.463).

O mínimo existencial seria uma espécie de limitador da cláusula da reserva do possível pois, em nosso entendimento, acreditamos que os direitos sociais que propagam o bem-estar social, por exemplo educação, saúde, alimentação, trabalho, a moradia e a assistência aos desamparados não devem ser objetos de invocações a serem alegados pela reserva do possível, pelo fato de serem direitos de fundamental estruturação da igualdade social. Se ocorrer qualquer fenômeno que limite ou negue os direitos básicos para a redução de desigualdade, estaria indo contra a própria Constituição Federal (art.3.º, III), ao invés de produzir uma tentativa de redução das pobreza bem como das desigualdades sociais, a utilização da cláusula da reserva do possível ocasionaria um efeito reverso, um efeito retrógrado pela não execução dos direitos sociais supracitados.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **INTRODUÇÃO À CIÊNCIA POLÍTICA**. 12. ed. São Paulo, GLOBO, 1999. 345 p.

ARAUJO, Marcelo Neves; RODRIGUES, Antônio Ângelo Alencar; NETA, Maria da Conceição Lima Freire

BASTO, Celso Ribeiro. **CURSO DE TEORIA DO ESTADO E CIÊNCIA POLÍTICA**. 3. ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1995, 161 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Dez. 2019.

FAUSTO, Boris. **HISTÓRIA DO BRASIL**. 14ª ed. São Paulo, editora Edusp, 2019.

FILHO, Napoleão Casado. **DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**. São Paulo, editora Saraiva, 2012.

GONZAGA, Alvaro; CICCIO, Cláudio. **TEORIA GERAL DO ESTADO E CIÊNCIA POLÍTICA**. 5. ed. São Paulo, REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012. 286 p.

HOBBSAWM, Eric J. **A ERA DAS REVOLUÇÕES: 1789-1848**. 38ª ed. Rio de Janeiro, editora Paz & terra, 2017.

HOBBS, Thomas. **LEVIATÃ**. São Paulo, EDIPRO, 2015, 544 p.

LOCKE, John. **SEGUNDO TRATADO SOBRE O GOVERNO CIVIL**. São Paulo, EDIPRO, 2014. 176 p.

MALUF, Sahid. **TEORIA GERAL DO ESTADO**. 32ª ed. São Paulo, editora Saraiva, 2016.

MARX, Karl; Engels, Friedrich. **Das Kommunistische Manifest**. [S.I.], Createspace Independent Publishing Platform, 2017. 48 p.

NATHALIA, Masson. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Bahia, Editora Juspodivm, 2018. 1300 p.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito CONSTITUCIONAL**. 13. ed. Bahia, Editora Juspodivm, 2018, 960 p.

OPPENHEIMER, Franz. **Der Staat**. [S.I.], Book of Demand Pod, 2013. 178 p.

ROSSEAU, Jean Jacques. **DO CONTRATO SOCIAL**. São Paulo, Martin Claret, 2013. 141 p.

SORTAIS, Gaston. **TRAITÉ de PHILOSOPHIE**. [S.I.], P.Lethielleux, 1924, 972 p.

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO¹

Lídia Barros Nercessian²

RESUMO: O presente trabalho aborda, por meio de referenciais histórico-bibliográficos, os aspectos da pena privativa da liberdade, as mulheres e mães nesse contexto e as medidas desencarcerantes adotadas legal e judicialmente na última década que revelam, por um lado, o reconhecimento da falibilidade dos presídios e, por outro, a existência de aprisionamentos ilegais no sistema penitenciário brasileiro. Foi dada ênfase aos trabalhos constantes da bibliografia que explorassem a vivência prática das mulheres encarceradas e os aspectos histórico-sociais de gênero relevantes para a construção da estrutura penitenciária feminina vigente. O levantamento bibliográfico demonstra que existe uma discrepância pujante entre o que é oficializado no ordenamento jurídico pátrio e a rotina de desumanização que a administração estatal desempenha no cotidiano carcerário.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento feminino. Prisão. Mães. Gestantes.

¹ Recebido em 05/08/2021

Aprovado em 27/06/2022

² Pós-graduada em Gestão Pública pela Verbo Jurídico; bacharela em Comunicação Social pela Universidade de São Paulo (USP); bacharela em Direito na Universidade Federal de Goiás (UFG); e Analista Judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

INTRODUÇÃO

Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, abordamos a questão da mulher no contexto da pena privativa de liberdade e das medidas desencarcerantes adotadas legal e jurisprudencialmente na última década.

Perpassamos as condições fáticas da prisão, as variadas dimensões do desprezo pela dignidade de mães e mulheres e o abandono social e familiar das detentas. Além disso, evidenciamos as facetas psicológicas e sociais da solidão do encarceramento feminino e do descaso estrutural estabelecido desde as formulações primitivas sobre o papel da mulher na sociedade.

Ao final, as medidas desencarcerantes adotadas pelo Estado na última década revelam o reconhecimento da indignidade das condições dos presídios, que não conseguem atender aos requisitos legais mínimos para encarcerar pessoas em geral e, em específico, mulheres, em especial as mães e gestantes. Por outro lado, deixam como rastro a permanência de aprisionamentos ilegais de mulheres mães e gestantes no sistema penitenciário brasileiro pela não observância das normas que contêm mandamentos de desencarceramento dessas mulheres.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi baseada em uma pesquisa bibliográfica documental para compreender desde o sentido da pena privativa de liberdade até a questão histórica do aprisionamento feminino e da realidade atual das mulheres encarceradas no Brasil, em especial as mães e gestantes. Por se tratar de um tema que vem sendo desenvolvido academicamente há pouco tempo, contou-se também com dissertações e teses acadêmicas, bem como artigos.

DESENVOLVIMENTO

A PERCEPÇÃO SOCIAL DO GÊNERO FEMININO EM RELAÇÃO AO FENÔMENO SOCIAL DO CRIME

A percepção das mulheres no papel de criminosas apresenta algumas particularidades em relação à percepção do homem no mesmo papel. Como se sabe, o percentual de mulheres e homens no mundo é bastante parecido, embora uma diferença sensível de maior quantidade de mulheres. No Brasil, os últimos dados apontam (Infopen, 2016) que elas representam menos de 7% do contingente carcerário, sendo que a pequena participação de mulheres no contingente carcerário é uma percepção geral observada desde o

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

início do encarceramento.

Frinhani e Souza (2005) procuram reafirmar que não há evidências científicas de que fatores de natureza biológica possam ser determinantes sobre a possibilidade de manifestação do comportamento criminoso entre mulheres. Nesse sentido, é importante mencionar que a própria definição do crime se baseia em um construto cultural.

Alguns estudos tentam relacionar o comportamento violento ao gênero masculino, abordagem que falha na desconsideração da composição sociocultural da definição de gênero. Frinhani e Souza (2005) questionam a percepção de que a diminuição da desigualdade entre os sexos poderia aumentar a participação das mulheres no fenômeno do crime. Nesse sentido destaca-se que a mulher, como todo ser humano, tem potencial para colocar em movimento atitudes que possam ser consideradas criminosas em um dado contexto fático e axiológico (FRINHANI; SOUZA, 2005).

Segundo as autoras, o que impede que as atividades criminosas do gênero feminino sejam percebidas é a predisposição em reconhecer o papel da mulher na sociedade conforme o molde patriarcal ocidental, bem como o desinteresse pela condição das mulheres de um modo geral. O resultado prático dessa desvinculação entre a figura da mulher e do crime é a escassez de estudos sobre a sua participação no fenômeno do crime. A criminologia como ciência falhou por muito tempo em identificar os mecanismos sociais que estruturalmente se tornam responsáveis pelo número menor de crimes praticados por mulheres (FRINHANI; SOUZA, 2005).

A imediata associação entre o gênero feminino e os baixos índices de participação no fenômeno criminológico não pode indicar de nenhuma forma a reafirmação das impressões patriarcais sobre o esperado comportamento feminino. O erro nesse caso está em abordar os dados com as pré-compreensões subjetivas travestidas de hipóteses (SILVA, 2015).

É preciso reconhecer um engessamento das opções de conduta para mulheres, que poderia levar à ideia de que mulheres são menos predispostas a determinadas condutas. Nesse sentido, Frinhani e Souza (2005) salientam que o próprio universo criminoso, habitado por indivíduos cuja subjetividade foi construída no mesmo arcabouço social que os repudia, reproduz em suas microestruturas e relações de poder a desconsideração pela mulher, o que representa um bloqueio do acesso feminino ao fenômeno (FRINHANI; SOUZA, 2005).

Além disso, a reprodução de outras impressões pré-determinadas modulam o julgamento social mesmo sobre as condutas socialmente repreensíveis que as mulheres chegam a praticar. Nessa senda, o envolvimento direto da mulher em crimes pode ser

acompanhado da interpretação de cumplicidade ou acessório para a conduta delitiva. Na mesma linha, a criminalidade profissional reproduz a estrutura de poder que impede o reconhecimento dos valores laborativos da mulher. Por consequência, mesmo as mulheres que participam de ações criminosas organizadas podem ser colocadas na condição de acessório, já que nelas não são percebidos os valores característicos de um trabalho efetivo (FRINHANI; SOUZA, 2005).

O CÁRCERE DE MÃES PROVIDORAS – CONSEQUÊNCIAS DO MODELO MONOPARENTAL DENTRO DOS MUROS DAS PRISÕES

Silva (2015) reflete sobre a condição da mulher no contexto da família monoparental – aquela em que o mantenedor financeiro e da vida doméstica de forma geral é apenas um dos pais – e os impactos da reclusão prisional na constituição da família, na vida dos filhos e, ainda, na sociedade. Isso porque não é apenas a perspectiva punitiva ou da reparação do dano ao bem jurídico perpetrado pela mulher infratora que deve entrar no conjunto de considerações sobre o apenamento, mas também os resultados para o crescimento e educação dos filhos desta mulher.

Como também analisam Mattar e Diniz (2012), essa situação individualizada se agrava dada a quantidade de casos que se encaixam exatamente nesses parâmetros: o abandono do pai quanto às obrigações afetivas e financeiras perante a mulher e os filhos; a necessidade encontrada pela genitora de prover sem acesso ao mercado de trabalho ou com acesso restrito às posições inferiores na vida laborativa; a escassez de recursos para proporcionar a manutenção adequada de uma vida digna para e si e para a família.

Mais um ciclo de influências da estrutura social patriarcal pode ser percebido ao analisar o abandono do pai de suas obrigações familiares – além de ser socialmente prevalente a concepção de que a presença masculina na relação familiar não pode ser tomada como garantida, o abandono pode deixar como consequência uma mulher que não consegue manter-se a si e a seus filhos diante das dificuldades para sua sobrevivência (Mattar, Diniz, 2012).

A presença da mulher no mercado de trabalho é cercada de bloqueios, desde o acesso à educação, perpassando o reconhecimento de habilidades para contratação e culminando nas diferenças salariais. Ora, as incertezas que pesam sobre a mãe que se depara com a necessidade de prover a família sozinha já são disfuncionalizantes. Some-se a isso então o aprisionamento. Justamente por causa disso, Silva (2015) argumenta que a instituição

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

jurídica da prisão, na forma como é configurada no ordenamento jurídico brasileiro, só pode ser compreendida como falida.

Também nessa seara, argumenta Silva (2015) que a privação de liberdade falha imediatamente quanto ao propósito educativo da pena se consideradas as especificidades às quais estão submetidas as mães solteiras: o afastamento dos filhos, o isolamento social e emocional e impossibilidade de manter vínculos com a família acarretam no distanciamento e repúdio das detentas. A existência de uma rede familiar de proteção que circule os filhos que inclua parentes responsáveis e valorize a continuidade do vínculo afetivo entre a mãe apenada e o filho fica comprometida pela própria resposta social dos parentes ao aprisionamento. Além disso, mesmo quando não ocorre afastamento de parentes, o processo jurídico retira da mãe o direito de convivência com a criança, restando para essas mulheres uma ruptura forçada com o mundo externo e com a sociedade.

O elo entre a apenada e o mundo fora do espaço prisional é sua família. O isolamento provocado pela reclusão afetiva é uma extensão da pena para a mulher. Como repisa Silva (2015), a associação entre o aprisionamento carcerário e o aumento da transgressão dos internos na eventual convivência posterior com a coletividade não é apenas uma impressão anedótica.

O que as mães experimentam quando afastadas de seus filhos pela reclusão é o abandono social, o oposto da reintegração pretendida. A perda do vínculo familiar é a destruição da estrutura cotidiana para a qual o sistema educativo penal deveria auxiliar o retorno. É perceptível que essa abordagem não só significa o aumento da resposta negativa emocional, mas também a criação de um sentimento de revolta contra as instituições jurídicas e sociais: o conjunto de regras de convivência coletiva deixa de ser um objetivo do tempo de pena e passa ser a razão pela qual toda vida social se desestrutura. Nesse sentido, prisão é apenas um instrumento de punição física, social e emocional que provoca a renúncia das apenadas às normas sociais. O mundo externo e o regramento jurídico passam a ocupar a posição de inimigo e opressor, justificadamente (SPINOLA, 2016).

A REALIDADE DO APRISIONAMENTO FEMININO NAS CADEIAS DO BRASIL – A AUSÊNCIA DE VOZ E O ABANDONO

Petra Pfaller, coordenadora nacional da Pastoral Carcerária, dá o seguinte depoimento sobre ser mulher no sistema carcerário brasileiro (2017)³:

³

Depoimento contido na reportagem “Número de detidas em presídios femininos no Brasil

A vulnerabilidade delas é muito maior do que para os homens. Na hora que conversamos com as mulheres, vemos que elas são muito mais afetadas. São mais abandonadas, recebem menos visitas. Imagine as avós, tias que cuidam dos filhos delas, por exemplo, que têm dificuldade de visita. Muitos presídios femininos são regionais, elas têm de viajar de longe muitas vezes.

Conforme dados apresentados pelo Infopen Mulheres (2016), que contém uma série de dados esclarecedores sobre a situação das mulheres no espaço prisional brasileiro entre o início dos anos 2000 e a data de publicação do relatório, a população carcerária feminina aumentou em 656%, passando de 6 mil aprisionadas para 42 mil.

O Brasil tem figurado como uma nação peculiar no que diz respeito à expansão carcerária. A intensidade dos aprisionamentos aumentou rapidamente depois da promulgação da Lei de Drogas. Conforme o relatório publicado pelo Infopen em 2016, 63% dos aprisionamentos de mulheres no Brasil decorre de crimes relacionados ao tráfico de drogas, inclusive associação ao tráfico e tráfico internacional de drogas.

Ainda, 45% dessas mulheres estão presas sem condenação e em parte em prisões mistas, desrespeitando a previsão da Lei de Execuções Penais que demanda a separação das instituições prisionais por gênero. Em 2014, o número de mulheres aprisionadas aguardando condenação era de 30%. Isso demonstra que na mesma medida que cresce o encarceramento feminino, também cresce o fator relacionado do acesso à justiça.

O relatório do Infopen ainda deixa claro que os números não consideram o número de mulheres aprisionadas em estabelecimentos administrativos de segurança pública como as delegacias de polícia que não ofereceram dados sobre sua população prisional. Desta feita, o número já alarmante de 45% de mulheres aguardando condenação é uma versão atenuada da realidade. O relatório também aponta que ainda existem 16% de estabelecimentos prisionais mistos e que nessas celas específicas direcionadas ao gênero feminino em presídios masculinos está a maior parte das presas provisórias.

Quanto à manutenção de direitos como o da visita íntima, o relatório mostrou que apenas 45% dos estabelecimentos prisionais específicos para mulheres possuem locais destinados aos encontros entre as privadas de liberdade e seus parceiros.

A presença marcadamente masculina e elitista nos cargos jurídicos e políticos, incluindo a adoção de normas rígidas e igualitárias de ingresso nas carreiras até a Constituição de 1988 também foram condicionantes do esquecimento prático pelo qual passaram as

crece oito vezes em 17 anos”, publicada pela Pastoral Carcerária

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

mulheres apenas durante a maior parte da história do encarceramento no país (ANGOTTI, 2012).

A ausência de voz da coletividade feminina aprisionada impediu que direitos humanos básicos fossem garantidos. Mesmo o levantamento de dados sobre as condições do cárcere feminino era considerado menos relevante; nem mesmo reconhecer as necessidades especiais do gênero era uma garantia (SILVA, 2015).

Como bem sintetiza Cerneka (2009), o próprio reconhecimento das presas do gênero feminino como entidades apartadas dos presos de gênero masculino aconteceu de maneira tardia. Isso significa que aos olhos da administração prisional, homens e mulheres, mesmo que separados logisticamente pelo cumprimento mecânico da Lei, não eram percebidos criticamente como seres humanos com necessidades distintas.

O próprio título inquietante do artigo de Cerneka, “homens que menstruam”, ilustra claramente o ponto que aqui se quer enfatizar: é mais fácil abordar o problema conforme o entendimento ofuscado dos administradores prisionais e tratar as mulheres como homens com necessidades especiais para que as diferenças abismais de gênero sejam reconhecidas.

Para além da reclusão e limitação de acesso à vida social, as presas nessas circunstâncias vivenciam a perda da dignidade humana em níveis que os presos do gênero masculino não podem experimentar.

Cerneka (2009) correlaciona os casos de abandono e usurpação incontestável à lei e à dignidade das mulheres em estabelecimentos prisionais a uma desconsideração baseada em desprezo pela situação. Como bem argumenta, o número de apenas no Brasil é muito inferior ao número de presos do gênero masculino. Além disso, a grande prevalência de crimes de menor potencial lesivo e o enquadramento em tráfico de drogas (segundo o Infopen Mulher, 63% das mulheres aprisionadas estão submetidas à condição do cárcere pela suspeita ou condenação ao crime de tráfico de drogas) demonstram que a solução logística, econômica e racional – parâmetros que não levam em consideração a dignidade humana dessas mulheres, mas tão somente a conveniência da administração estatal – seria o direcionamento das penas ao propósito educacional, ao cumprimento alternativo em penas restritivas de direitos e à adoção de diferentes formas de reparar a sociedade.

Como argumentam Martil e Azevedo (2017):

O Brasil ocupa o 4º lugar referente à maior população carcerária no mundo, perdendo somente para EUA, Rússia e China, todos países com população

numericamente maiores do que a brasileira. Neste contexto, os debates que cercam a temática da criminalidade ecoam diretamente no sistema penitenciário: de um lado o posicionamento para a construção de mais presídios para aumento de vagas em regime fechado, e do outro, a vertente que sustenta que o sistema judiciário brasileiro prende muito, porém prende mal, ao deparar-se comumente com a justificativa sobre a necessidade de aprisionamento para a manutenção da ordem pública, mantendo a seletividade penal como ferramenta de segregação de pobres, negros e em situação de extrema vulnerabilidade (MARTIL; AZEVEDO, p. 2, 2017).

Uma das pesquisas que se tornaram seminais por seu nível de envolvimento com a rotina do cárcere feminino foi o trabalho de campo desenvolvido por Débora Diniz (2015) no núcleo de saúde de uma penitenciária. Pela profundidade de seu trabalho, o nível de percepção da realidade fática que sua rotina possibilitou foi responsável pelo levantamento de diversas informações o qual a simples análise ocasional de uma inspeção não poderia proporcionar.

Uma das observações que a autora faz sobre a rotina do aprisionamento é sobre os agentes prisionais e demais funcionários responsáveis pela manutenção da administração. Apesar de a conduta geral dos responsáveis encarregados convergirem para uma estrutura de abandono e privação, Diniz (2015) explica que em sua experiência pôde perceber que alguns profissionais demonstravam certa consciência crítica do sistema penal e não ignoravam a precariedade da situação das presas. Ainda assim, o apego pelo procedimento substituí a possibilidade de agirem de forma diferente.

Como demonstra, enquanto alguns profissionais – entre guardas, médicos, agentes, administradores – mantinham uma postura de estrito cumprimento do dever, outros não possuíam a faculdade de provocar reformas nos procedimentos que perpetuam o abandono e condições degradantes. Nessa medida, o “esquecimento” das necessidades humanas é instrumentalizado e legitimado pela continuidade procedimental que se torna a conduta padronizada a seguir. Permanecer cumprindo regras que desumanizam e degradam passa a ser o desenvolvimento formal das funções administrativas (DINIZ, 2015) e da qual parece haver poucas possibilidades de escape pelos funcionários destas instituições.

Ao se fixar no núcleo de saúde da penitenciária, Diniz também pôde acompanhar elementos da vida das detentas somente observáveis com essa proximidade. Durante sua estadia, Diniz (2015) vivenciou presencialmente a influência do tráfico e da dependência química no caminho que leva as mulheres à prisão. Por essa mesma razão, decide por dividir

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

as encarceradas entre moradoras de rua e trabalhadoras, classes sociais que ela notou se distinguirem ao analisar o perfil e histórico das mulheres analisadas.

A autora sugere que as moradoras de rua formam um grupo composto por mulheres que vieram para a penitenciária pelo envolvimento com o crack e por todos os desdobramentos sociais que a dependência cria. Entre eles, a perda de documentos e informações pessoais de qualquer natureza. A essa classe de prisioneiras, Diniz chama de “indocumentadas”.

São mulheres que contam histórias sobre seu passado de toda ordem. Percebe-se nos relatos que essas mulheres consideram a construção do caminho até a prisão como um desenrolar inercial de suas condições de vida – o vício em crack, a condição de rua, a perda dos documentos, as operações policiais contra a população de rua, a sujeição a todo tipo de violência e abuso numa rotina sem abrigo e condicionada pela extrema marginalização. Uma sucessão de acontecimentos causada por situações iniciais de completo abandono e exclusão.

De certa forma, é como se a prisão fosse inevitável em algum momento – além de mais um lugar para conviver com as dificuldades do vício. Em um dos encontros, Diniz (2015) relata que uma presa escreveu um pedido de socorro em um pedaço de papel – o pedido demonstrava sua necessidade urgente por cocaína.

MÃES E GESTANTES NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A análise de dados do Infopen Mulheres permite identificar o grau de cumprimento de regras básicas relacionadas a mães e gestantes no sistema carcerário brasileiro, bem como perceber que a quantidade dessas mulheres não é irrisória, devendo merecer atenção de políticas públicas a elas relacionadas.

O relatório do Infopen Mulheres (p. 34, 2016) mostra o número de mulheres aprisionadas e gestantes no país e por unidade da Federação. Naquele ano, havia 536 mulheres gestantes e 350 em fase de lactação.

O documento traz ainda alguns dados sobre a efetivação das garantias específicas às mulheres gestantes em situação de cárcere no país. Apenas 16% dos estabelecimentos prisionais do país oferecem cela especial para gestantes (p. 34, 2016) e 14% dos prédios prisionais garantem o direito das gestantes e dos seus filhos ao berçário para atendimento médico de parturientes e seus recém-nascidos (p. 34, 2016). Ou seja, na prática, a efetivação é mínima e 86% dos estabelecimentos simplesmente não oferecem proteção à gravidez das

detentas, sujeitando seus filhos a riscos à saúde que seriam plenamente evitáveis por atendimentos regulares pelo Sistema Único de Saúde.

Quanto ao que pode ser discutido sobre a separação prática entre as mulheres aprisionadas e seus filhos, os dados do Infopen (p. 34, 2016) demonstram que não há nenhuma tentativa por parte da administração em manter o vínculo entre as mães e as crianças. Apenas miúdos 3% dos prédios prisionais nacionais garantem o acesso das presas à integração familiar por meio de creches.

O trabalho de Diniz (2015) permitiu que se observasse de perto um momento que caracteriza a punitividade multiplicada que as mulheres aprisionadas sofrem pela forma como está posto o sistema penal brasileiro – o que ela chama de “a entrega”. Trata-se do momento em que as mães que foram encarceradas durante a gestação precisam entregar seus bebês para o cuidado fora do presídio. Enquanto a ideia comum entre presas e funcionários é de que crianças não podem crescer na prisão, o trabalho deixa claro que o momento de separação é também um momento de inestimável perda e sofrimento.

As mães precisam então negociar o futuro de suas crianças. É um tempo de barganha com familiares e conhecidos na tentativa de ter algum grau de controle sobre a educação dos filhos através das pessoas que compõem a rede de proteção familiar e que permitem a subsistência de um vínculo entre mães e filhos. No entanto, nem todas as mães possuem esse tipo de apoio e a ruptura com os filhos é inevitável (DINIZ, 2015).

Nesse caso, a punição tácita é ainda pior. O que o legislador penal não prevê, como afirma Diniz (2015) – justamente pela incapacidade de se colocar no lugar do gênero feminino e notar as circunstâncias especiais às quais mulheres estão submetidas - é que a privação de liberdade e a execução da pena em um presídio produzem nas mulheres consequências muito mais drásticas do que as que se pretendia imputar na pena. Nesse sentido, subsistem várias penas ocultas no cárcere feminino.

Em sua pesquisa realizada em 2016, Spinola também teve contato com os relatos de diversas mulheres que estiveram convivendo com o cárcere por longas e variadas partes de suas vidas. Uma das entrevistadas chama a atenção por ter experimentado duas gestações no sistema penal. Como a série de relatos nos permite afirmar, a vivência das gestantes é, como nas outras circunstâncias, a de violação constante de direitos. No entanto, é válido observar que a condição especial da gestação no cárcere nos reflete uma mensagem muito clara quanto à percepção social dos seres humanos submetidos a condições aviltantes: o abandono.

Pese-se que o discurso punitivista majoritário não se satisfaz com a privação de liberdade dos infratores da lei. Como analisa Berti (2012), o crescimento do sentimento de

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

violência e de vingança – condicionados pelo sentimento coletivo e individual de insegurança e desconfiança do que se considera o “outro” – são subprodutos da sociedade de risco contemporânea, ou seja, um modelo de organização social em que a sensação permanente de risco, mesmo que não provado, provoca imediatismos, reações extremas nas políticas de segurança.

É nesse terreno de convulsão social que se identificam os suspeitos usuais e o Direito Penal do inimigo⁴ ressurge. Os infratores da Lei, aqueles cidadãos que cruzam a linha do que é definido socialmente como repudiável, passam a ser considerados inimigos permanentes, pessoas com menos direitos que outros perante a sociedade. É reproduzido um sentimento de insatisfação com as punições e a resposta social à acusação é a condenação imediata. E se espera que o indivíduo agora definido como inimigo perca toda sua humanidade e leve a vida mais indigna possível porque são ‘inimigos da sociedade’ (BERTI, 2012).

É possível notar que mesmo com esse discurso de individualização dos inimigos como aqueles que infringem a lei ou em relação aos grupos sociais marginalizados que já são preestabelecidos como infratores e inimigos da sociedade (BERTI, 2012), a coletividade não demonstra empatia pela humanidade dos bebês do sistema penal. Não é a mera percepção de quem seja o inimigo social a causa das mazelas e insegurança da comunidade, mas o desprezo pela dignidade humana até mesmo de crianças em gestação ou recém-nascidas.

Como demonstra Spinola (2016), o descaso com a saúde das gestantes é comum. Pelo preestabelecido sentimento que acusa a inferioridade dos seres que habitam o cárcere, os agentes estatais que deveriam garantir o acesso das mães ao atendimento do pré-natal, à segurança contra a transmissão de doenças contagiosas do espaço penal – como o HIV – não procuram efetivar essas proteções básicas para a integridade física e emocional da mãe e da criança. Se o desprezo social é pelas mulheres do cárcere, como isso poderia atingir os bebês? É a manifestação do apartamento entre os seres humanos.

⁴ Conforme Greco (2005), o direito penal do inimigo é uma construção jurídica, mas também um fator anti-democrático de modulação da Lei. Nesse sentido, a forma pela qual se instrumentaliza a democracia para fins antidemocráticos é a separação da sociedade em estratos que permitem a categorização de uma determinada classe da comunidade como a inimiga, portanto não digna de gozar dos mesmos direitos constitucionais e humanos. Não obstante, é a transposição da violência do Estado para um grupo que representa o “outro” na sociedade, uma classe inimiga que não compartilha da dignidade imanente da condição humana por serem estranhos.

Como aponta Diniz (2015), crianças nascidas no sistema penal já nascem condenadas. Os indivíduos sujeitos ao Sistema são reclassificados perante a sociedade e relegados a uma condição inferior de existência. E assim acontece com os filhos gestados e nascidos no Sistema. Desde a concepção, seus direitos são negados em concomitância com o de suas mães. O que o descaso efetivamente cria é o apenamento cruel e injusto de mulheres e crianças patrocinado pelo Estado.

Spinola (2016) afirma que o abandono dos cuidados pré-natais, a impossibilidade de as presas serem atendidas no padrão do Sistema Único de Saúde e falta de acompanhamento médico sobre as condições gestacionais, como também menciona Silva (2015), perpassa as dinâmicas de poder entre mulheres e agentes prisionais. A visita ao médico e os cuidados especiais estão condicionados ao arbítrio subjetivo dos carcereiros.

Esses profissionais que não possuem conhecimento médico são o filtro entre as mães e o acesso à saúde. Spinola (2016) nos relata que o mesmo acontece durante o parto, um momento que sua pesquisa demonstra ser de excepcional delicadeza. Uma de suas entrevistadas conta que os agentes penitenciários só tomam decisões quanto à urgência do parto quando percebem a criança saindo à luz. As crianças nascem nas celas, sem cuidados, sem higiene, por negligência coletiva da administração.

Nesse sentido, o Estado é abertamente conivente com os danos causados a recém-nascidos sob sua tutela. Em um dos casos, uma apenas registra a transmissão de HIV da mãe para o recém-nascido por negligência da administração quanto aos prontuários médicos. Por não fornecerem nenhuma informação sobre a parturiente e pela urgência do procedimento, os médicos envolvidos não tomaram as medidas necessárias para bloquear a transmissão (SPINOLA, 2016).

Durante a gestação, o sentimento entre as mães é o de medo. Spinola (2016) expõe que a fragilidade emocional que atinge as mulheres é resultado da consciência de que manter uma gravidez no Sistema Penal é humanamente inviável. O que se nota é o pavor das ameaças físicas e emocionais que permeiam o ambiente prisional. O espaço do encarceramento é de tensões coletivas. As mulheres planejam estratégias para a convivência e para sua sobrevivência nos termos que as condições do meio as permitem.

Mas a partir do momento em que possuem a responsabilidade de proteger a gestação, essas mulheres se deparam com um período de desespero constante. Afora a constante violação contra a integridade física de detentas, o isolamento emocional familiar e social e a violência institucional da administração manifestada pelos vínculos de poder entre presas e agentes prisionais, as mães precisam lidar com riscos biológicos gerados pela

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

superlotação das celas e escassez de materiais básicos para subsistência da higiene digna, com a insegurança perante outras detentas e medo da separação (SPINOLA, 2016).

Apesar das observações de Cerneka quanto à quantidade de presas (2009), Howard (2006) descreveu o que encontrou em visitas realizadas para sua pesquisa: condições de completo abandono e degradação. Mesmo com o número, em geral, reduzido de detentas, havia superlotação, os espaços não correspondiam às necessidades básicas de luz e sol. O autor revela que percebeu um problema ainda maior de superpopulação em cadeias femininas do que em estabelecimentos destinados aos homens, o que é incompreensível.

Sua pesquisa mostra que o planejamento em favor da divisão logisticamente mais benéfica era totalmente inexistente já que havia celas individuais e coletivas no mesmo bloco. Não só o descaso com o alojamento – algo que se percebe habitual no sistema carcerário brasileiro como um todo – Howard (2006) encontrou as piores violações de direitos quanto ao acesso à saúde. Além de ser uma garantia fundamental, não é preciso argumentar a importância de condições adequadas de saúde como uma dimensão de diversos outros direitos, como a vida, a dignidade da pessoa humana, etc (HOWARD, 2006).

O mero esforço de ser atendido por um médico pode demandar muito da administração prisional e por isso algumas detentas nem tentam buscar tratamento para enfermidades que não sejam notáveis. Essa notabilidade e urgência de um ferimento, infecção ou doença é o único parâmetro que pode eventualmente garantir uma visita ao profissional de saúde. Do contrário, ainda que com a proliferação do contágio de doenças sexualmente transmissíveis e a higiene precária das celas, o caminho que separa o cuidado com determinado mal-estar a uma apreciação médica perpassa a indisposição clara dos agentes, únicos responsáveis por determinar o grau de importância do atendimento (HOWARD, 2006).

AS RECENTES MEDIDAS DE DESENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES

O direito de amamentar filhos na prisão está previsto e garantido na Constituição (art. 5º, L) desde sua promulgação. A LEP passou a prever desde 1995 que os presídios femininos devem ter berçários “onde as condenadas possam amamentar seus filhos”. Até a virada do século, pouco se falava nas leis brasileiras das mulheres mães encarceradas, quase todas para prever somente direitos para o momento da amamentação. E daí em diante? O que se garantiria às mães em cárcere?

Em 2010, a edição do tratado internacional denominado “Regras de Bangkok” passou a estabelecer aos Estados signatários uma série de condições que devem ser

observadas nas prisões que abrigam mulheres. E como um princípio de medida desencarcerante, tímida, estabeleceu de forma genérica que a pena privativa de liberdade deve ser substituída por outra(s) alternativa(s) sempre que possível.

AS REGRAS DE BANGKOK APROVADAS EM 2010

Consideradas um marco normativo mundial sobre o encarceramento feminino, as Regras de Bangkok demonstraram, lamentavelmente, no Brasil a sua pouca força normativa a começar pela demora em ser traduzido: sua versão oficial traduzida para o português foi lançada no dia 8 de março de 2016; ou seja, quase seis anos depois de aprovadas, em julho de 2010. A iniciativa para a tradução do documento foi do então presidente do STF, Ricardo Lewandowski.

Quando do lançamento da versão em português do documento, Lewandowski fez questão de observar que embora o governo brasileiro tenha participado ativamente das negociações para a elaboração e aprovação das Regras de Bangkok, elas seguiam pouco divulgadas ou conhecidas no país; e que a publicação do documento é o primeiro passo para resgatar uma dívida histórica do país relativa à proteção desse grupo social.

Junto ao documento traduzido, foi apresentada uma decisão de relatoria do ministro Lewandowski que concedeu a liberdade em caráter de urgência citando expressamente as Regras de Bangkok. O ministro observou que a acusação de tráfico de entorpecentes não era suficiente para sustentar a prisão provisória da gestante, considerando as condições pessoais da acusada “e do próprio nascituro, a quem certamente não se pode estender os efeitos de eventual e futura pena” (CNJ, p. 76, 2016).

A decisão referida acima foi a primeira no âmbito do STF a aplicar as Regras de Bangkok. Datada de 1º de janeiro de 2015, durante o recesso (HC 126.107/SP), poderia abrir o caminho para outras decisões semelhantes.

Um levantamento feito por Fábio Silva de Oliveira em 2017, contudo, apontou no STJ registro de 15 decisões, todas monocráticas, que consideraram as Regras de Bangkok. Dessas 15 decisões, apenas 5 foram favoráveis e 10 desfavoráveis.

Por sua vez, Oliveira (2017) apontou no Supremo Tribunal Federal registro das Regras de Bangkok em 20 decisões, sendo 3 em acórdãos e 17 decisões monocráticas. Diferente do STJ, que indeferiu a maioria dos pedidos, o STF teve 16 decisões favoráveis e apenas 4 desfavoráveis. É possível concluir por essa amostra que o STJ tem se mostrado mais resistente à concessão da prisão domiciliar que o Supremo Tribunal Federal.

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Ainda pelas regras, incumbe à administração prisional dar efetividade a uma série de mudanças no espaço físico da prisão para proporcionar condições dignas às gestantes, parturientes e mães de crianças de colo. Não bastassem algumas determinações muito esperadas, cita o relatório das promotorias do MP/PR que as regras de Bangkok exigem a existência de uma área especial nas unidades prisionais para que parturientes e convalescentes pós-parto possam permanecer em tempo determinado gozando de assistência médica e tratamento digno (MPE/PR, 2019).

Apesar disso, como notado em Howard (2006), Silva (2009), Angotti (2010), Spinola (2017), Cerneka (2013) etc, a realidade do cárcere não é a da norma jurídica. O tratamento desumano das apenadas nos cárceres é a regra geral. O próprio relatório das promotorias do Ministério Público do Paraná demonstra uma abordagem crítica do que aduz o texto legislativo.

O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA PROMULGADO EM 2016

Com a crescente atenção dada ao tema da primeira infância, sendo sabido que da gestação ao sexto ano de vida são os anos mais determinantes no desenvolvimento humano, em 8 de março de 2016 foi promulgada a Lei nº. 13.257, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância. A nova legislação alterou Código de Processo Penal nos arts. 6º, 185, 304 e 318 e realizou alterações importantes no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao artigo 6º do CPP, a Lei acrescentou o inciso X prevendo a obrigação da autoridade policial em, logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, “colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”. Na mesma linha seguiram as alterações dos arts. 185 e 304, que passaram a determinar estas mesmas informações constem do interrogatório em audiência e da lavratura de auto de prisão em flagrante.

Outra alteração se relaciona diretamente com o direito das mães que permanecem aprisionadas. O Marco da Primeira Infância mudou a redação do caput do art. 8º do Estatuto para constar que os cuidados com a mulher gestante, incluindo atendimentos pré-natais e pós-natais integrais, serão assegurados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), deixando clara a não diferenciação entre gestantes em liberdade ou em privação de liberdade no direito a tais cuidados.

Já quanto o art. 318 do Código de Processo Penal, foi promovida alteração que deu a possibilidade do juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar quando o agente for “gestante” (inciso IV); e mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (V).

Com isso, a lei ampliou as hipóteses de prisão domiciliar cautelar para mulheres gestantes e para as mães de crianças com até 12 anos ou responsáveis por pessoas portadoras de deficiência. Antes da lei da primeira infância, o Código de Processo Penal desde 2011 autorizava a substituição da prisão preventiva por um cumprimento domiciliar a para mulheres gestantes a partir do 7º mês ou sendo esta de risco, tendo o texto introduzido pela lei de primeira infância retirado a necessidade de relacionar a substituição ao parâmetro de risco ou duração da referida gravidez.

Com essas alterações, a lei teve por objetivo garantir a proteção integral à criança, pois a pena determinada à sua mãe não deve se estender a ela, conforme já preceitua nossa Constituição; e garantir o pleno exercício da maternidade.

Os efeitos, porém, da nova Lei não chegaram a ser sentidos no sistema penitenciário do país. O esperado seria a substituição da pena da maior parte das mães abrangidas pelo novo inciso V do art. 318 do CPP, restando presas preventivamente somente situações excepcionais. O inverso parece ter acontecido, com a menor parte das situações recebendo a aplicação do novo dispositivo.

Se a referida Lei não estabelece distinção entre mães apenadas e livres – e nem poderia – a norma deveria ser aplicada em todos os casos e o Estado deveria executar adequadamente as indicações legislativas.

O PARADIGMÁTICO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641 CONCEDIDO EM 2018

No dia 8 de maio de 2017, um grupo de advogados do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos impetrou *habeas corpus* coletivo (HC 143.641) em favor de todas as mulheres presas preventivamente que estivessem na condição de gestantes, puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade. A relatoria do caso coube ao ministro Ricardo Lewandowski, que emitiu voto favorável à concessão.

Antes de decidir, o relator, em seu voto, cita a petição inicial em diversos trechos que relatam a série de descumprimentos do Estado no oferecimento de condições adequadas a mulheres grávidas e mães, “subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento”, diz um dos trechos da petição.

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram com o relator, ficando vencido o ministro Edson Facchin. Como resultado do julgamento do HC coletivo, em decisão colegiada datada de 20 de fevereiro de 2018, foi concedida a ordem de garantia do benefício da prisão domiciliar às mulheres presas preventivamente em todo o território nacional que fossem gestantes, mães de crianças até 12 anos e cujos filhos sejam portadores de deficiência.

Se olharmos com atenção, a decisão em si emitida não inovava como um todo. Com poucas variações, dava efetividade à previsão já existente no Código de Processo Penal após alteração operada pelo Marco Legal da Primeira Infância. Apenas não seriam abrangidos pela ordem os casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou “situações excepcionalíssimas devidamente fundamentadas”.

Em outras palavras, a decisão do STF reconhecia a existência de aprisionamento ilegal de mães e gestantes em todo o Brasil e concedia a ordem de libertá-las.

O aprisionamento ilegal, contudo, não foi interrompido. Um estudo realizado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), iniciado em maio de 2018 e publicado em novembro do mesmo ano, acompanhou 200 audiências de custódia no Fórum de Barra Funda, em São Paulo. O resultado identificou que em 58% dos casos em que foi decretada a prisão preventiva e a mulher se encontrava em alguma das situações abrangidas pelo HC, não foi concedido o direito de substituição por prisão domiciliar.

O pesquisador Matheus Teixeira (2018) analisou um dos casos em que foi negada a prisão domiciliar. O argumento utilizado pela 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para negar um HC foi de que situação de “extrema vulnerabilidade” das crianças “decorrente da prática de atos ilícitos pela mãe não justifica o deferimento do pedido” e caracteriza a situação excepcional. Em seu voto, a desembargadora-relatora do caso aduz que:

O proceder da paciente em deixar os filhos sozinhos em casa para, ao que parece, proceder à difusão ilícita de entorpecente em via pública de madrugada e em ter em depósito droga em sua residência, em local de fácil acesso a crianças, é totalmente incompatível com o princípio da paternidade responsável previsto no artigo 226 da Constituição Federal. Nesse particular, não se pode esquecer que a prisão domiciliar, nos moldes postulados neste writ, só se justificar em função e em benefício dos filhos menores, o que não se observa na espécie, vez que deixava suas crianças sozinhas e as expunha a grave risco de acesso às drogas que ela mantinha em depósito na residência e

em local de fácil acesso (HC 0705013-40.2018.8.07.0000)

A advogada Nathalie Fragoso, do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), que impetrou o HC, criticou a interpretação do TJDF, alegando que o envolvimento com comércio de drogas não é excepcionalidade, mas, ao contrário, a regra do encarceramento feminino, “pois 60% das presas estão lá por este motivo. Por não se configurar a exceção, não deveria ser tratada como situação excepcional, porque de fato não é”, defendeu Fragoso. A advogada

Fragoso foi certa em seu comentário ao apontar a falta de excepcionalidade no tráfico de drogas, já que a alegação da desembargadora se baseia em sua pura opinião. A alegação não é apoiada em pesquisas científicas que concluam que a mãe que comete o ilícito de tráfico de drogas é mais prejudicial ao seu filho do que mães que tenham cometido outros ilícitos que, de igual modo, não envolvam prática de violência ou grave ameaça.

A POSITIVAÇÃO DO ENTENDIMENTO MANIFESTADO PELO STF: A LEI 13.769/2018

No mesmo ano, o entendimento manifestado pelo STF no *habeas corpus* coletivo foi ratificado pela Lei 13.769, publicada em dezembro de 2018. A lei deu corpo legal ao entendimento expresso no remédio constitucional, o qual já era de observância obrigatória em todo o país.

Alterando o CPP, a referida lei acrescentou os artigos 318-A e 318-B para, nos termos do *habeas corpus*, estabelecer dois requisitos para substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de gestantes, mães ou mulheres responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. São eles: não ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Depreende-se a valorização de outros direitos envolvidos perante uma provável situação de encarceramento: o direito da mulher à maternidade e o direito da criança à presença materna.

Preenchidos os requisitos ditados pela lei e não se vislumbrando uma situação excepcional que obste ou torne inconveniente a substituição da prisão, esta deve ser operada. Um estudo sobre o tema empreendido pelo Ministério Público do Paraná observa, contudo, que toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição (MP/PR, 2019).

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2019) analisou resultado das audiências de custódia das mulheres entre agosto de 2018 e janeiro de 2019 com o propósito

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

de analisar a efetividade do Marco da Primeira Infância, permitindo também observar a eficácia da Lei 13769/2018, promulgada durante o estudo (dezembro de 2018).

O estudo mostrou que praticamente metade das mulheres (46%) que passaram pelas audiências de custódia em Benfica se enquadram no perfil de mulheres grávidas ou gestantes, lactantes e com filhos até 12 anos e dessas 36% permaneceram presas preventivamente, sendo que 28% das que praticaram crimes sem violência ou grave ameaça, foram mantidas presas. A conclusão feita é que “ainda há muitos casos em que as mulheres têm esse benefício negado” (DPE/RJ, 2019).

CONCLUSÃO

Historicamente, a literatura científica mostra o descaso institucional do Estado com a existência de mulheres apenadas – desde séculos ocupando prisões mistas ao total despreparo administrativo para lidar com as necessidades básicas de uma mulher.

Se não bastassem os danos à integridade física e emocional dessas mulheres, tal realidade realça a transgeração da pena. Crianças que nascem no cárcere, já privadas de seus direitos fundamentais para existir e conviver em sociedade, respondendo pelas restrições impostas pela sociedade e pelo Estado contra sua genitora.

Num contexto social que se desenvolve cada vez mais segregativo, o progresso do ordenamento jurídico em direção à proteção da vida e saúde de mães e filhos apenados – e aqui se considera, como ensinado por Diniz (2015), que os filhos já nascem sofrendo as consequências da pena – trouxe luz a um dilema que pouco se estuda, pouco se enfrenta socialmente.

A história do encarceramento feminino tem sido uma de desrespeito ao mínimo para a sobrevivência digna. O que as pesquisas empíricas sobre a realidade das celas mostra é um aprisionamento em grande parte ilegal, criminoso por parte do Estado. Enquanto detentas não tiverem acesso à higiene e às condições básicas para manutenção de sua humanidade, bebês vão nascer em celas e abortos ocorrerão sob tortura física, situações estas que não são isoladas nem incomuns. Enquanto a violação de direitos é tão profundamente institucionalizada, enraizada no procedimento de execução das penas, esperar que esses avanços legislativos sejam imediatamente concretizados, sem pressões de grupos de direitos humanos ou do Supremo Tribunal Federal, é por demais otimista.

O acumulado de normas não tem sido suficiente para que mães e gestantes tenham seu direito garantido à maternidade. Na aplicação do mencionado habeas corpus coletivo,

verificaram-se decisões que negam a liberdade à presa mãe sob argumento de que a presença dela, acusada de tráfico, é nociva para a sua criança, mesmo que o HC não tenha especificado tal infração como obstáculo para a liberdade.

Percebe-se uma visão conservadora que resiste no Judiciário com posturas discriminatórias em relação a certos tipos penais. Percebe-se a manutenção de verdadeiros aprisionamentos ilegais de mães e gestantes nos cárceres brasileiros.

Com base nos relatos e números aqui colacionados, a dotação de estrutura adequada nos presídios brasileiros para acautelamento de mães e gestantes - como a disponibilização de ambiente especial para parturientes, conforme estabelecido pelas regras de Bangkok, recepcionadas pelo Brasil - e o pleno atendimento às medidas de desencarceramento parecem improváveis. O que esse trabalho demonstrou é que existe uma longa e rígida estrutura que deve ser percorrida entre a norma e sua efetivação. Essa estrutura é composta pelos elementos que são refletidos da sociedade, mas amplificados dentro da hostilidade sólida do espaço prisional.

REFERÊNCIAS

ANGOTTI, B. *Entre as leis da ciência, do estado e de Deus*. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BERTI, Natália. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados constitucionais democráticos: análise e crítica**. 2012. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia (MG). 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça - Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen** – dezembro 2014. Brasília, DF, abr. 2016.

_____. Ministério da Justiça - Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen** – junho 2014. Brasília, DF, jul. 2015.

_____. *Presidência da República*. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Grupo de trabalho interministerial: reorganização e reformulação do sistema prisional feminino**, 2008. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008.

BRAUNSTEIN, Hélio Roberto. **Gênero e prisão: o encarceramento de mulheres no sistema penitenciário brasileiro. Programa de Pós-Graduação em Educação, da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo**, [s. l.], 29 mar. 2007.

CERNEKA, Heidi Ann. **Homens Que Menstruam: Considerações Acerca do Sistema Prisional às Especificidades da Mulher**. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 11. p. 61-78. Janeiro/junho de 2009.

O DESARRAZOADO E ILEGAL ENCARCERAMENTO DE MÃES E GESTANTES NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

CNJ. **PAI presente e certidões.** 2015, 2ª edição, pág. 1. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Perfil das mulheres gestantes, lactantes e mães atendidas nas audiências de custódia pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro.** Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. Disponível em: http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/relat%C3%B3rio_CAC_Benfica_mulheres_27.03.19.pdf. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

DINIZ, Debora. *Cadeia*: Relatos sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FERREIRA, Fernanda Macedo ; BENDLIN, I. M. ; HORST, J. O. ; DELAPORTE, P. H.; Gomes, Thais Candido Stutz. **OPRESSÃO E TRANSGRESSÃO: O PARADOXO DA ATUAÇÃO FEMININA NO TRÁFICO DE DROGAS.** In: A mulher e o sistema penal, 2015, Curitiba. Dossiê: As mulheres e o Sistema Penal, 2015.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2006.

FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; SOUZA, Lídio de. **Mulheres encarceradas e espaço prisional**: uma análise de representações sociais. **Psicologia: Teoria e Prática**, Espírito Santo, v. 7, n. 1, ed. 1, p. 61-79, 2005.

GOMES, Thais Candido Stutz. **Aprisionamento(s) de mulheres**: a domesticação dos corpos no sistema prisional feminino. 2016. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

GRECO, Luis. **Sobre o chamado Direito penal do inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7, Dezembro de 2005.

HOWARD, C. *Direitos humanos e mulheres encarceradas*. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2006.

IBGE. **Aspectos dos cuidados das crianças de menos de 4 anos de idade: 2015.** Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Pág. 26

_____. **Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil: 2018.** Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. pág. 3

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Editora Atlas, 1992. 4a ed. p.43 e 44.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Centro de apoio operacional de promotorias. **Maternidade no Cárcere e Lei n. 13.769/2018**: Apontamentos sobre a prisão domiciliar como substituto da prisão preventiva e do regime de cumprimento de pena e como instrumento da progressão especial de regime. 1. ed. Curitiba: MPPR, 2019. 44 p. v. 1.

NÚMERO de detidas em presídios femininos no Brasil cresce oito vezes em 17 anos. Disponível em: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/numero-de-detidas-em-presidios-femininos-no-brasil-cresce-oito-vezes-em-17-anos>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

OLIVEIRA, Fabio. **Regras de Bangkok e encarceramento feminino.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/regras-de-bangkok-encarceramento/>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

QUEIROZ, Nana. ***Presos que menstruam:*** a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras. 1. ed. São Paulo: Record, 2015.

SENA, Ana Beatriz Hernandez. ***O tráfico de drogas e sua influência no aumento da criminalidade feminina,*** 2015, 56 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2015.

SILVA, AD. ***Mãe/mulher atrás das grades:*** a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, 224 p. ISBN 978-85-7983-703-6. Available from SciELO Books.

SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I. ***Prisioneiras: vida e violência atrás das grades.*** Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SPINOLA, Priscilla Feres. ***A Experiência da maternidade no Cárcere:*** Cotidiano e Trajetórias de Vida. Orientador: Sandra Maria Galheigo. 2016. 251 f. Dissertação (Mestrado em Ciência) - USP, São Paulo, 2016.

TEIXEIRA, Matheus. ***HC coletivo para liberação de mães presas enfrenta resistência dos tribunais.*** Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/hc-coletivo-viabilizou-liberacao-de-presas-maes-mas-enfrenta-resistencias-06062018> . Acesso em: 10 de novembro de 2019.

VILELA, Andressa. ***O triplo sentenciamento feminino nas prisões brasileiras. Pragmatismo Político,*** [S.l], 21 jun. 2016.

TRIBUNAL DO JÚRI: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA OPINIÃO PÚBLICA NA DECISÃO DOS JURADOS¹

Gisele Eduarda Oliveira Lima²

Antonio Francisco Gomes de Oliveira³

RESUMO: Em que medida a mídia e a opinião pública influenciam nas decisões dos jurados do Tribunal do Júri? Crimes contra a vida, mormente os homicídios, sempre chocaram a sociedade, fato estrategicamente explorado pelos meios de comunicação em geral como o poderoso capital de audiência e, por via oblíqua, como mecanismo de influir na formação da opinião pública usuária. Nesse sentido, o presente artigo se propõe a analisar a interferência da mídia e da opinião pública nos julgamentos realizados pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Entre outros, o presente artigo tem como objetivo principal demonstrar como a mídia e a opinião pública interferem nos julgamentos de crimes contra a vida e, por conseguinte, enseja colisões entre importantes direitos fundamentais, nomeadamente a liberdade de expressão, presunção de inocência, dignidade humana, direito à imagem, honra e intimidade, razão pela qual o estudo aqui proposto se apresenta relevante.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia. Influência. Tribunal do júri. Liberdade de expressão. Presunção de inocência.

¹ Recebido em 23/08/2021

Aprovado em 29/06/2022

² Bacharel em Direito. Contatos: giselegetiranap2@gmail.com

³ Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de cursos de graduação e pós-graduação. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Contatos: antoniofgoliveir@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri surge no Brasil como forma de diminuir eventuais abusos causados pela imprensa. Foi criado em 1822, antes mesmo da independência do Brasil, com competência restrita apenas aos crimes de imprensa. No ano de 1832 o Júri ganhou uma organização mais específica, posto que o Código de Processo Penal do Império promoveu uma grande mudança relativa à competência, que foi ampliada para o julgamento de todos os crimes com penas superiores a cem mil réis.

O Júri foi mantido na Constituição de 1891, porém ficou ausente na Constituição de 1937. Com a Constituição de 1946, o Júri recuperou a soberania dos seus veredictos, atributo repetido pela Magna carta de 1967, que por sua vez sofreu revés com a supressão levada a efeito pela emenda à Constituição de 1969. Com o advento da Constituição da República de 1988 o Tribunal do Júri voltou a receber o *status* de direito e garantia fundamental, com expressa soberania dos veredictos. Segundo Capez:

Sua finalidade é a ampliar o Direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, em lugar do juiz togado, preso às suas regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares. Como direito e garantia individual, não pode ser suprido nem por emenda constitucional, constituindo uma verdadeira cláusula pétrea (CAPEZ, 2012, p. 648).

Cabe destacar que a Magna Carta de 1988 foi elaborada com ampla participação popular, tendo como objetivo a plena realização da cidadania. Assim, é através do Tribunal do Júri que a Constituição convoca cidadãos para compor a sua amostragem da sociedade e julgar os seus pares de forma soberana.

Atualmente o Júri é composto por homens e mulheres, com idade mínima de 18 anos, com reputação ilibada e tem como objetivo apenas julgar crimes contra a vida, consumados ou tentados. Em cada sessão de julgamento são sorteados 25 jurados, escolhidos através de uma lista previamente organizada pelo Poder Judiciário, mas apenas 7 serão selecionados, por sorteio, para a composição do Conselho de Sentença.

De forma mais precisa o Tribunal do Júri tem previsão no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição de 1988, a qual prescreve que “É reconhecida a instituição do júri, com organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) soberania do veredicto; d) competência para julgar crimes dolosos contra a vida.” (BRASIL, 2020).

Dessa forma, é assegurado para o acusado garantias constitucionais, para que assim,

TRIBUNAL DO JÚRI: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA OPINIÃO PÚBLICA NA DECISÃO DOS JURADOS

aconteça um julgamento justo. Quando o Tribunal do Júri foi instituído para julgar crimes contra a vida, tinha como objetivo dar um aspecto mais democrático aos jurados, embora tal circunstância tenha propiciado de algum modo que o réu ficasse suscetível a um julgamento sem observação jurídica, pelo menos no que toca o mérito do veredito, haja vista que o corpo de jurados não dispõe de formação técnica.

Para além de tal circunstância, com a grande veiculação de notícias pelos variados meios de comunicação, sobretudo o digital, não raras vezes os jurados já ingressam para compor o Tribunal do Júri com opinião formada diante do ato delituoso atribuído ao réu. Nesse contexto, a mídia considerada como o quarto poder do Estado exerce inegável função de controle social, sobretudo no momento em que expõe de maneira sensacionalista suas opiniões através de suas manchetes e comentários em geral, como nítida força de sua influência sobre a sociedade.

De acordo com o Nucci (2017), a imprensa tem a liberdade de noticiar, mas não de tomar partido de forma que dar a informação é uma coisa, enquanto comentá-la insistentemente é outra. Um processo não pode ter o seu deslinde antecipado pela mídia, mormente aqueles relacionados ao julgamento de crimes contra a vida, objeto de apreciação do Tribunal do Júri, em que a imparcialidade dos jurados é de suma importância para se atingir um julgamento democrático e justo pelos membros da própria sociedade.

A exploração sistemática e tendenciosa de crimes é um dos principais motivos pelos quais a maioria das pessoas forma a sua opinião, conforme são transmitidas as notícias sobre o crime e seus autores. Fatos criminosos sempre chamaram a atenção da sociedade, principalmente noticiários relacionados a crimes contra a vida, o que tem levado diferentes meios de comunicação a enaltecer tais eventos e assim lucrar com a desgraça alheia. Não se trata de ignorar a criminalidade, seus malfeitores tampouco pregar o abolicionismo penal. Todavia os jurados não deveriam ser influenciados pela mídia, garantindo assim um julgamento justo.

Dito isso, invariavelmente vem à tona a seguinte indagação: até que ponto a mídia e a opinião pública influenciam na decisão dos jurados do Tribunal do Júri? Nesse sentido, o presente artigo se dispôs a analisar como a mídia e a opinião pública interferem nos julgamentos de crimes contra a vida, mormente nos casos de grande repercussão pública, de modo a apontar quais as consequências dessa publicidade.

2 ALGUNS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM JOGO

Os Direitos fundamentais nasceram de um gradativo, lento e constante processo de

evolução histórica, resistências políticas e lutas de classes. O povo somente está amparado por tais direitos, pois em tempos remotos, houve quem resistisse às tiranias e aos abusos de poder.

O direito à liberdade de expressão é um dos primeiros direitos a serem conquistados e, sem sombra de dúvidas, o elemento primordial de um Estado Democrático de Direito. É através da liberdade de expressão que o povo pode se manifestar e a imprensa propagar informações, tornando, assim, a sociedade mais crítica e menos alienável. Entretanto, não é absoluto, seus limites devem ser respeitados.

Não é fácil harmonizar a liberdade de imprensa com os direitos dos réus, principalmente a preservação de sua imagem, intimidade, sua honra, bem como para assegurar um julgamento justo. É preciso levar em consideração a enorme influência que a mídia exerce no Poder Judiciário, especialmente quando se trata de casos que vão ao Tribunal do Júri, com destaque para aqueles que são alvo de uma grande repercussão pública. Nesse sentido, merecem registro as palavras de Freitas, segundo o qual:

Para cumprir com o seu compromisso de legitimar a pena e um sistema penal retributivista e cada vez mais opressor, a mídia se vale dos mais variados artifícios, sendo o principal deles a seleção de casos criminais que guardam certas particularidades que, potencializadas, levadas ao extremo do sensacionalismo, são capazes de conformar a opinião pública aos seus anseios, com extrema facilidade (FREITAS, 2018, p. 161).

Os telejornais, em especial, atuam com elevada carga de subjetivismo e, não raras vezes, distorcem informações e dramatizam fatos de forma exacerbada. Alguns casos polêmicos chegam a se tornar verdadeiras “novelas”, com sucessivos capítulos reiteradamente mostrados, debatidos e comentados pelos ávidos consumidores deste tipo de informação. Claro que não se trata de ingenuamente santificar pessoas que respondem por delitos, muitos deles extremamente bárbaros, mas de se ter o cuidado com um julgamento justo, no qual a ação midiática frequentemente busca de forma desenfreada por respostas imediatas e por culpados sem que as garantias constitucionais sejam minimamente asseguradas aos réus.

Nesse passo, invariavelmente deve ser lembrado o princípio da presunção de inocência, um dos direitos mais caros do ordenamento jurídico àqueles que respondem por alguma infração penal, mas que acaba sendo suprido por conta da massiva e constante publicidade de antecipação de culpa. Por força de tal princípio, embora o juiz togado chegue à conclusão de que pairam contra o acusado indícios de culpabilidade aptos a pronunciá-lo

TRIBUNAL DO JÚRI: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA OPINIÃO PÚBLICA NA DECISÃO DOS JURADOS

ao final da primeira fase do rito bifásico do júri, ainda assim deve militar em favor do réu o princípio da não culpabilidade, do estado de inocência ou da presunção de inocência, como é mais conhecido. A propósito:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento de iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus de prova relativa à existência do fato e sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação (PACELLI, 2017, p. 39).

O acusado somente poderá ser considerado culpado após uma decisão condenatória transitada em julgado. Segundo Marcelo Alexandrino (2015), tal princípio tem como objetivo tutelar a liberdade do indivíduo, que é presumidamente inocente, cabendo ao Estado comprovar a sua culpabilidade. Sendo assim, por maior que seja a campanha popular em prol da condenação do acusado e por mais que a população se mostra revoltada com o crime objeto de apuração, se existir dúvidas com relação às provas e sobre os fatos, o réu deve ser absolvido em homenagem ao princípio do favor rei.

Outro direito fundamental frequentemente desrespeitado toca à dignidade humana. É essencialmente um atributo do ser humano, tornando-se de forma automática digno de proteção e respeito, não importando a raça, origem, crença, condição econômica ou o sexo. Dessa forma, em matéria de direitos fundamentais, exige do Estado, da sociedade e dos particulares limites, tendo como objetivo impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal.

Quando se trata de Tribunal do Júri, é importante mencionar que a dignidade da pessoa humana constitui também a garantia de que o acusado não será objeto de humilhações e ofensas. Contudo, infelizmente, nem sempre é a realidade brasileira, na qual frequentemente o acusado é hostilizado, sofre agressões à sua imagem, honra e dignidade, em atitudes que demonstram profundo ódio, rancor e desejo de vingança por parte da população, fato que foge ao ideal de justiça que deve ser almejado pelo Estado, sob pena de se tornar um mero justiceiro.

Importante lembrar que a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso X, consagrou o rol de direitos fundamentais à vida privada, intimidade, honra e a imagem. São direitos de personalidade peculiares à própria pessoa, como ser moral e social e, assim, pela condição de

direitos da personalidade, garantem a preservação da dignidade humana.

Hodiernamente, com a expansiva massificação dos meios de comunicação houve uma maior interferência na vida privada das pessoas, em especial pela mídia. De fato, há uma tendência em justificar a intromissão na vida privada de alguém em casos de grande repercussão pública ou clamor social. De acordo com o Promotor de Justiça Paulo Freitas (2018), notícias de grande relevância pública são aquelas que podem promover alguma mudança na sociedade, com o objetivo de proteger a saúde e a segurança pública, o que destoa da veiculação de notícias com o intuito meramente sensacionalista, ávidas por audiência. Em caso de colisão sobre qual norma deve prevalecer, então o intérprete deve se valer de algumas técnicas hermenêuticas.

A colisão entre princípios constitucionais ocorre quando direitos de igual importância, com a mesma hierarquia e com a mesma força vinculativa se chocam. Segundo Alexy (2015), às colisões de direitos fundamentais podem ser compreendidas estrita ou amplamente. Colisão em sentido amplo nasce sempre que o exercício ou a realização de determinado direito fundamental acarreta consequências negativas em relação a bens coletivos. Por sua vez, a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre que o exercício ou a realização de determinado direito fundamental acarreta consequências negativas com relação a outro direito de outra pessoa.

O caso em estudo trata especificamente da colisão estrita, que ocorre entre o direito à liberdade de expressão versus o direito à honra, imagem, intimidade, vida privada e presunção de inocência. Conforme registrado em supra, a liberdade de expressão e a presunção de inocência são considerados pilares de uma sociedade democrática. Todavia, o grande desafio é manter a população informada sobre fatos criminosos sem que isso implica na supressão de outros direitos, em especial o estado de inocência antes do trânsito em julgado de decisão condenatória.

No Tribunal do Júri, os órgãos de comunicação exercem constantemente influência no Conselho de Sentença. Nesse sentido entende-se ser elevado o risco de um veredicto sustentado pela mídia, posto que os jurados, que são bombardeados por fatos amplamente noticiados, tendem a construir uma opinião antes mesmo do julgamento acontecer.

Não se pode negar que a imprensa exerce um papel extremamente importante na construção de uma sociedade democrática. Contudo, quando se trata de crimes de grande repercussão pública, a mídia busca, de forma exasperada, transmitir informações com o fim de saciar uma vingança da sociedade, o que em muitos casos acaba por declarar o acusado culpado de um crime antes mesmo do julgamento, o que fere gravemente os princípios do

TRIBUNAL DO JÚRI: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA OPINIÃO PÚBLICA NA DECISÃO DOS JURADOS

devido processo legal e da presunção de inocência.

Claro que a imprensa tem todo o direito de noticiar, assim como todas as pessoas têm o direito de se manterem informadas, garantias respectivamente resguardadas constitucionalmente nos direitos à liberdade de expressão e o direito à informação. Todavia, não se pode atropelar o princípio do estado de inocência, ainda mais quando se tem em mira o julgamento de crimes contra a vida, que exigem maior cautela da mídia no relatos de fatos criminosos como forma de resguardo da própria dignidade humana, que deve ser tomada como norte inafastável.

3 MÍDIA E SISTEMA PENAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

O Direito Penal moderno seguia uma direção, a de reabilitação, arrefecimento de penas corporais e humanização dos sistemas e das penas. Contudo, numa quadra mais recente da história, algumas daquelas premissas passaram a ser combatidas e veementemente atacadas, a exemplo do que vem a ocorrer com a previsão de penas mais severas e a flexibilização de direitos e garantias. Nesse compasso, a própria mídia, em seus programas hiper sensacionalistas, quase que em coro, diuturnamente propala a máxima de que “bandido bom é bandido morto”.

Segundo Beccaria, (1764), as leis e os costumes de um povo estão sempre atrasados vários séculos em relação às luzes atuais, tendo em vista que ainda se conserva a barbárie e as ideias antigas e selvagens de nossos antepassados. Os costumes e as leis retardatárias estão distantes das luzes dos povos. A sociedade ainda está dominada pelos preconceitos bárbaros que foram legados aos nossos avós, bárbaros e caçadores do norte.

Atualmente, os meios de comunicação utilizam o crime como produto da informação. Dentre esses meios de comunicação, a televisão, sem dúvida, é o que mais consegue se aproximar da população, vez que é responsável por difundir que a pena de prisão, por excelência, seria a solução para todos os males e conflitos sociais. Nesse sentido, em lúcida análise, o argentino Zaffaroni pondera:

De fato, uma comunicação por imagens necessariamente se refere a coisas concretas, pois é algo que se pode mostrar em imagens. Consequentemente, o receptor dessa comunicação é constantemente instado ao pensamento concreto, que em lugar de exercitar e fortalecer o pensamento abstrato, o debilita (ZAFFARONI, 2012, p. 305).

O pensamento concreto é aquele imediato, sensível, intuitivo e literal que incide sobre o mundo físico e seus elementos. O ser humano utiliza-o para refletir sobre os fatos,

aqui e agora, objetos físicos e definições literais. A única informação válida para a pessoa que utiliza essa forma de pensar é aquela que vem dos seus sentidos; nesse caso, de forma específica, a visão.

Já o pensamento abstrato pode se desenvolver em várias direções, no mesmo estímulo. Dessa forma, é possível encontrar diferentes tipos dessa variante de pensamento, como por exemplo, o pensamento crítico, analítico, divergente e convergente. Sendo assim, a pessoa que não utiliza a forma abstrata de pensar é incapaz de desenvolver o seu senso crítico e racional; e o Direito Penal e Processual Penal exigem esse tipo de pensamento.

Em tempos coetâneos, existe uma expectativa muito grande de justiça por parte da população. Os crimes que são noticiados com clamor pela mídia, envolvem suspense e provocam emoções no seu desfecho, o que chama a atenção dos telespectadores. Na maioria das vezes, a imprensa apenas uma verdade parcial, deixando de se atentar a outras versões dos fatos, isto é, a versão do acusado.

Quando se trata de crimes contra a vida, a mídia sempre exerceu um relevante papel na formação de opinião pública. Em alguns casos, a repercussão é tão grande, que abrange territórios internacionais, como foi o caso do famoso jogador Bruno Fernandes de Sousa “O goleiro Bruno”.

Segundo a denúncia do Ministério Público de Minas Gerais, Eliza Samúdio, ex-companheira do famoso goleiro e capitão do time Flamengo, foi assassinada em 10 de junho de 2010, no interior de uma residência, em Vespasiano, na região metropolitana de Belo Horizonte. O crime foi um dos que mais causou repercussão no Brasil.

Diante do fato considerado “monstruoso” por toda a sociedade, as emissoras de rádio e TV de todo o país, noticiam diariamente informações sobre o processo, conforme iam “vazando”. No dia do julgamento de Bruno a imprensa e a população mineira lotaram o júri; as pessoas estavam eufóricas pedindo por justiça.

O caso obteve uma repercussão tão grande que uma emissora de TV americana chamada ATÉ produziu um documentário sobre os crimes passionais, e dentre um dos episódios estava o “Penalidade Máxima”, que falava sobre o caso de Eliza Samúdio. O mais intrigante é que o documentário foi ao ar em 2012, ou seja, antes do julgamento de Bruno acontecer.

Além do caso do goleiro Bruno, tantos outros poderiam ser lembrados, a exemplo de Danielle Perez, Mércia Nakashima e de Marielle Franco. Deles e de tantos outros, o que se nota facilmente é que os meios de comunicação quando percebem que determinado crime pode gerar produtos rentáveis, começa a dramatizar a situação, fazendo do crime um produto

TRIBUNAL DO JÚRI: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA OPINIÃO PÚBLICA NA DECISÃO DOS JURADOS

muito lucrativo.

É compreensível a indignação da sociedade, pois crimes julgados pelo Tribunal do Júri violam o bem maior que é a vida. Sendo assim, desencadeiam uma indignação muito grande por parte da população. Contudo, o Processo Penal tem o seu tempo e suas regras e sua observância são cruciais para que ocorra um julgamento justo.

De tudo que foi mencionado até aqui pode-se facilmente constatar que a mídia na sociedade pós-moderna excede muito a sua função primordial que é informar, e assim acaba por interferir bastante na formação de opinião pública, na produção legislativa, na política criminal, na forma de atuação das agências estatais destinadas ao controle do crime e da justiça criminal.

4 TRIBUNAL DO JÚRI, MÍDIA E OPINIÃO PÚBLICA NO BRASIL

A mídia brasileira, incluindo a internet, rádio, televisão, os jornais impressos, entre outros meios de comunicação, apropriou-se da questão criminal, que passou a ser o assunto principal das notícias. Nesse mote, a imprensa tem atuado como verdadeira agência de investigação, como instância de julgamento público e aplicadora de sanções morais, deixando de agir como um veículo de informação neutro para tomar parte no debate, expor seu ponto de vista e, nitidamente, tomar partido.

Segundo o atlas da violência (2010), a violência de um modo geral aumentou, o número de homicídios no Brasil cresce a cada ano de forma assustadora. O país ocupa o posto de vigésimo país mais violento do mundo, tendo atingido em 2010 o número de 52.260 homicídios. Todavia, este não é o motivo que conduz a mídia a se ocupar tanto com as investigações criminais, o andamento de processos e julgamentos de crimes.

Homicídios bárbaros chamam muito a atenção da população, dão audiência e prendem pessoas que acompanham as investigações do início ao fim. Com isso a imprensa lucra bastante. Telejornais sensacionalistas colocam culpa na impunidade, na brandura das leis e no excesso de direitos e garantias fundamentais; buscam potencializar a violência, medos e insegurança social, mas não mostram a cara dessa violência e suas causas mais profundas.

O Brasil é um país bastante rico, mas não é um país de todos. Por mais que se tenha alcançado nas últimas décadas algum progresso social, não é o suficiente. Continua desigual, preconceituoso, doente, miserável, analfabeto e muito violento. A educação nunca foi prioridade, sempre ficou em segundo plano. A ausência de políticas públicas sérias voltadas para a sociedade, mormente os jovens, contribui sensivelmente para o aumento de

crimes e a violência.

O crime de homicídio possui certa particularidade, pois cabe ao povo o seu julgamento. É o delito que mais aproxima a população da justiça. Porém, não é todo homicídio que chama a atenção da imprensa, vez que a mídia atua de forma seletiva, não mostra interesse por casos corriqueiros, que não possuem nenhum ingrediente necessário para causar uma grande comoção social. “Quanto mais patológico é o delito de um estereótipo, mais útil é para a criminologia midiática.” (ZAFFARONI, 2012, p. 312).

Existe predileção por casos em que crianças são vítimas dos pais ou padrastos, casos em que crianças de um modo geral são vítimas de crimes praticados com crueldade, quando o acusado ou a vítima são personalidades públicas ou artistas conhecidos nacionalmente, homicídios cometidos por filhos contra pais e quando a vítima ou acusado possui uma condição financeira em destaque.

A imprensa inicia a divulgação do caso escolhido com base nos critérios citados acima. Desse modo, como se fosse um seriado, os meios de comunicação dão a notícia e a incorporam em sua programação, de modo a dedicar todos os dias um momento especial para a apresentação dos seus desdobramentos.

Começa com apelos midiáticos e manifestações populares que enfatizam o sofrimento pela perda da vítima; polícia e a justiça são cobradas e pressionadas a apresentar de forma imediata um culpado. Quando o acusado é apresentado, a própria mídia se encarrega de julgar e aplicar sanções morais. Na maioria das vezes antecipa os fatos e distorce a realidade na qual os meros suspeitos passam a ser considerados culpados por todo o país.

Existem inúmeras evidências para se comprovar a influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados do Tribunal do Júri. Tomam-se como exemplo os casos de Suzane Von Richthofen e Isabella Nardoni.

O primeiro caso ocorreu no dia 31 de outubro de 2002, o casal Manfred e Marísia Von Richthofen foram encontrados mortos em sua mansão em São Paulo. A filha do casal, Suzane Richthofen foi acusada publicamente como a principal suspeita. Posteriormente ela confessou o duplo homicídio. O namorado de Suzane, Daniel Cravinhos, e o seu irmão Cristian Cravinhos, também foram presos e confessaram a coautoria no crime.

Os acusados teriam matado o casal mediante golpes desferidos com uma barra de ferro, enquanto as vítimas dormiam. Segundo os meios de comunicação, os três teriam planejado o assassinato para que Suzane ficasse com a herança dos pais. O crime obteve uma repercussão muito grande. O caso Von Richthofen foi objeto de jornais, noticiários de

TRIBUNAL DO JÚRI: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA OPINIÃO PÚBLICA NA DECISÃO DOS JURADOS

televisão, capas de revistas, programas radiofônicos, enfim, virou notícia obrigatória durante meses.

Nesse sentido, tem-se inúmeros os exemplos de que a mídia agiu de forma espetaculosa no caso Von Richthofen. O jornal Folha de São Paulo publicou aproximadamente 20 matérias desde o início do crime até o oferecimento da denúncia. A revista Veja não atuou em nenhum momento de forma neutra, vez que acusou e julgou aqueles que ainda eram suspeitos de um crime. Como não poderia ser diferente, toda a repercussão da mídia influenciou muito na decisão dos jurados do Tribunal do Júri, assim como também na própria justiça. Ao decretar a prisão preventiva proferida pelo juiz de primeiro grau contra os acusados, ele fundamentou a sua decisão no clamor público e na repercussão ímpar do caso.

O Superior Tribunal de Justiça foi além, ao reconhecer que o caso não receberia tratamento igualitário daquela corte por se tratar de um caso diferente. Tudo isso repercutiu nos votos dos jurados. Suzane foi condenada a 39 anos de reclusão, em regime fechado, e seis meses de detenção no semiaberto; Daniel a 39 anos e seis meses, no mesmo regime de Suzane; e Cristian, a 38 anos e seis meses.

Outro caso que também obteve uma grande repercussão pública foi o de Isabella Nardoni. Morta aos cinco anos de idade pelo pai Alexandre Nardoni e a madrasta Anna Jatobá, no dia 29 de março de 2008. O crime chamou tanto a atenção da imprensa que houve a cobertura da mídia desde o início das investigações até a condenação dos réus. O caso dos Nardoni obteve uma repercussão midiática enorme que influenciou desde os jurados leigos ao Desembargador de um tribunal.

A cobertura do caso foi tão intensa que mais de 3.000 cidadãos se inscreveram para serem jurados. A opinião dos jurados já estava formada antes mesmo do julgamento acontecer, de modo que a cobertura excessiva da imprensa só serviu para corroborar ainda mais com a condenação dos réus.

A mídia também influenciou no parecer do Ministério Público, quando do requerimento da prisão preventiva, conforme se pode observar do seguinte trecho do pedido:

De grande repercussão social, o crime gerou inegável comoção e insegurança na sociedade brasileira, até mesmo muito além das fronteiras do país, impondo ao poder judiciário o dever de resgatar a tranquilidade de uma coletividade consternada e garantir a credibilidade da justiça, por meio da segregação cautelar (CAMBRANELLI, 2010).

Da leitura do parecer proferido pelo promotor de justiça Francisco Cembranelli, nota-se que ele justificou a sua medida excepcional na repercussão causada pela mídia e pela opinião pública. O motivo central da medida constritiva de liberdade imposta aos acusados residiria menos existência de elementos fáticos-probatórios a justificar a medida imposta às prisões do que a pressão externa que vinham suportando naquele momento.

A mídia e a opinião pública também influenciaram na decisão que manteve a prisão cautelar dos acusados Alexandre Nardoni e Anna Jatobá:

Esta Câmara e Turma Julgadora está, por certo e em verdade, a apreciar um dos mais emblemáticos casos judiciais na história da justiça pátria. Mas não obstante o gigantesco e desproporcional rumor que o caso concreto atingiu no seio da classe média brasileira, e por consequência, em todos os lugares, lares, esquinas e bares de nossa terra, a verdade é simples, teórica e considerando, juridicamente analisado [...] Este quis que o destino atingisse esse volume de repercussão, que não deve atingir o julgador, entretanto, nada obstante ele também humano, ser vivente e também sensível, habitante na sociedade onde as coisas boas e ruins sempre acontecem [...] A materialidade é indiscutível, por evidente. Aliás, pela notoriedade do caso, não há cidadão no país, que desconheça (ALMEIDA, 2010).

No citado acórdão, o desembargador utilizou como fundamento de sua decisão a grande repercussão que o caso obteve; lembrou que o juiz, embora não devesse ser atingido pelo clamor público, também é ser humano, poderia ser atingido pelas súplicas da mídia e da população. O tribunal reconheceu que a população cobrava por justiça e que a justiça não poderia ficar indiferente a essa cobrança.

Enfim, coincidência ou não, tudo refletiu na condenação dos réus no Tribunal do Júri. Alexandre Nardoni foi condenado a 31 anos e 1 mês e 10 dias de reclusão e Anna Jatobá foi condenada a 26 anos e oito meses de reclusão, o que mais uma vez demonstrou a força persuasiva da mídia e da opinião pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os fatos apresentados no texto, verificou-se que a mídia usa o crime e a violência como fontes geradoras de lucros. Vive-se na era da tecnologia, em que existe uma disputa muito grande por audiência entre os meios de comunicação. Constatou-se que a televisão, que é o meio de comunicação que mais se aproxima da população, encarrega-se, hoje, de difundir a ideia que a pena de prisão, por excelência, seria a solução para o fim dos principais males e conflitos sociais.

TRIBUNAL DO JÚRI: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E DA OPINIÃO PÚBLICA NA DECISÃO DOS JURADOS

Apontou-se que ao longo do tempo a imprensa passou a noticiar o crime de forma recorrente e sensacionalista. Diante disso, constatou-se que o produto crime vende, pois, de fato, o público o consome de forma ávida. Dessa forma, foi possível verificar que os meios de comunicação não atuam de forma imparcial quando veiculam o crime a pessoa de algum acusado. A mídia, ao contrário, seleciona determinados casos e omite outros, além de extrair conclusões precipitadas sobre os réus. Estes, por sua vez, embora resguardados constitucionalmente pelo direito à presunção de inocência, o tem constantemente violado, juntamente com a honra, imagem e vida íntima.

Indagou-se até que ponto a mídia e a opinião pública influenciam na decisão dos jurados do Tribunal do Júri para então se concluir que a mídia atua de forma implacável, buscando a todo custo convencer a população de que sua versão é a mais acertada. Ela influencia desde o jurado mais leigo até os operadores do Direito e que, portanto, por conta de sua formação técnica, não deveriam ser influenciados como tal.

Percebeu-se que nos casos analisados os diferentes meios de comunicação fizeram investigações paralelas, de modo a apontar culpados, expor publicamente seus nomes, suas vidas e suas qualificações, para assim influir decisivamente nos votos dos jurados, de modo a conduzir à condenação dos acusados de casos de grande repercussão. Com efeito, chegou-se à conclusão de que os meios de comunicação devem adotar uma postura mais responsável quanto à veiculação de notícias, de modo a abdicarem do sensacionalismo exacerbado e inconsequente; do contrário, muitas nefastas podem ser as consequências causadas aos direitos dos acusados, mormente o devido processo legal.

Nesse contexto, a ponderação se apresenta como indispensável à observação diante dos bens jurídicos a serem tutelados no caso concreto. Não existe julgamento justo quando jurados já estão com a opinião formada a partir de influências externas, sobretudo da mídia. Liberdade de expressão e informação são direitos inafastáveis em uma democracia robusta. Todavia, diante da inexistência de direitos fundamentais absolutos, imagem, honra, intimidade, assim como a presunção de inocência, também são direitos que devem ser respeitados em relação àqueles que respondem a qualquer processo criminal e, com mais razão, nos processos que obedecem ao rito júri.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 27 de mar. 2021.

Atlas da violência. **Ipea**, 2010. Disponível em: ipea.gov.br/atlasviolencia/filtros-series/1/homicídios. Acesso em: 5 de set. 2020.

BECCARIA. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: dominho.gov.br/download/texto/eb000015.pdf. Acesso em: 15 de ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19: ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Paulo. **Criminologia midiática e Tribunal do Júri**: a influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados. 2: ed. Rio de Janeiro: impetus, 2018.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de processo penal comentado**. 16: ed. São Paulo: Florence, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21: ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16: ed. São Paulo: Florence, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 1.222.269.3/9. Imperantes: Marco Polo Levorin, Rogério Neres de Sousa e Ricardo Martins de São José Júnior. Pacientes: Alexandre Nardoni e Anna Carolina Trotta p. Jatobá. Relator Des. Canguçu de Almeida. São Paulo, 2010, p-2-5. Disponível em: <https://conjur.com.br/dl/sentençanardoni.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

SÃO PAULO. 2 Tribunal do Júri Comarca da Capital: fórum regional de Santana. Parecer Processo 270/08. Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo. Acusados: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta P. Jatobá. Purolator Francisco J.T Cambraneli, p, 9-10, 2010b.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos**: conferência de criminologia cautelar. 1: ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS¹

Érika Regina Leite Soares²

Bruna Ohana Silva Brito³

Giovanna Oliveira Felício Galvão⁴

RESUMO: As compras públicas fazem parte de uma das áreas mais sensíveis e importantes da atividade logística que move a Administração Pública. Além de seu valor estratégico, o processo de compras públicas impulsiona e influencia toda a organização e o ciclo socioeconômico, tendo em vista o poder de compra do Estado. O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise para verificar como é a aplicação do critério do melhor valor (*best value*) nas aquisições públicas dos Estados Unidos, e como o Brasil vem trazendo este preceito em suas compras públicas. Para tanto, foi utilizada uma pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico para análise e elaboração do presente trabalho. Na primeira parte deste trabalho, tem-se uma visão geral comparativa das compras públicas nos Estados Unidos e Brasil. Na segunda parte, estudou-se o melhor valor como técnica de compras. Concluindo que, o melhor valor é uma alternativa que pode contribuir para que a atividade de compras governamentais possam impactar de forma colaborativa e contínua nas políticas públicas e no desenvolvimento nacional sustentável do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Compras Públicas. Brasil. Estados Unidos. Melhor Valor.

¹ Recebido em 04/08/2021

Aprovado em 28/06/2022

² Bacharela em Direito. Advogada. Pós-graduada em Licitações e Contratos Administrativos e Habilitação para Pregoeiro.

³ Bacharela em Direito. Advogada. Pós-graduada em Docência do Ensino Superior. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal. Pós-graduanda em Direito Administrativo e Direito Constitucional. Pós-graduanda em Licitações e Contratos Administrativos e Habilitação para Pregoeiro.

⁴ Bacharela em Administração. Bacharelada em Direito.

1 INTRODUÇÃO

O estabelecimento de negócios com o Estado é bastante relevante para o mercado, além de importante forma de alocação de recursos públicos por meio de contratos públicos. Mesmo em tempo de recessão econômica, o Governo Federal brasileiro é certamente o maior comprador de produtos e serviços do país. Segundo a plataforma Painel de Compras, dados acumulados de janeiro de 2017 até janeiro de 2020 indicam 436.975 processos de compras em que foram pagos R\$ 40.257.994.810,14. De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no ano de 2018 o mercado de compras governamentais correspondia, em média, a 13% do produto interno bruto (PIB) brasileiro, conferindo ao Estado considerável peso no mercado consumidor nacional.

Como ponto de partida para seu objetivo, as compras públicas buscam obter do setor privado bens, serviços e obras necessárias para que o Estado desempenhe sua missão de governar, defender e oferecer apoio à população. Procura-se atuar, sobreviver e prosperar num ambiente de recursos escassos, com orçamentos e fundos limitados, e o Poder Público esforça-se para governar eficazmente ou tão eficazmente quanto possível com os meios disponíveis. Para isso, é necessário foco na obtenção de uma boa relação entre qualidade e preço nas compras públicas.

Conforme Motta (2010), às compras públicas, no âmbito do Governo Federal, não estão baseadas no resultado, mas no cumprimento estrito das formalidades legais. Outrossim, ainda o esforço brasileiro está centrado no combate ao desperdício ativo (corrupção), e o combate ao desperdício passivo (ineficiência) está em segundo plano”. Na maioria das vezes a temática das compras públicas é tratada por um único viés (questão jurídica, fonte de desperdícios, sob o ângulo exclusivo da corrupção, como razão da baixa qualidade do serviço público, como política de fomento à empresa local). Desta forma, os suprimentos de bens, serviços e obras para o setor público não têm sido abordados por meio de uma análise mais abrangente e sistêmica (TEIXEIRA et al., 2015).

De outro modo, alguns países e instituições internacionais, preocupadas em melhorar a qualidade de seus gastos, têm buscado inspiração nos desenvolvimentos privados para o setor de compras. Os Estados Unidos, por exemplo, têm uma preocupação elevada com essa questão, que se manifesta inclusive na existência de uma carreira específica de Compradores Públicos, atribuindo irrefutável profissionalismo à questão. A política de compras norte-americana é manifestamente focada em uma perspectiva empresarial da aquisição, onde a eficiência em termos de redução dos tempos de compra, de qualidade dos bens e serviços adquiridos e do menor custo logístico total, são as variáveis mais importantes. Este método de

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS

compras, que leva em consideração tais questões, é definido como “*best value*” ou “melhor valor”.

Semelhante tendência também vem sendo identificada em outras normas internacionais de compras como no Acordo de Compras Governamentais da OMC (GPA na sigla em inglês, cujo pedido de adesão foi formalizado pelo Brasil em maio de 2020); na União Europeia; na Lei Modelo da UNCITRAL – ONU; no Banco Mundial e na OCDE (MOTTA, 2010).

O modelo de melhor valor possui, além de aspirações básicas como a transparência, integridade e respeito aos demais princípios das licitações, o objetivo de incluir outras nuances como prevenção de riscos, distribuição de riquezas, boa relação entre qualidade e preço (*VLM ou Value for Money*), eficiência administrativa e satisfação do fornecedor. O presente trabalho busca dar colaboração ao debate, destacando a questão das compras públicas e tendo o sistema de compras públicas federais norte-americano como referência comparativa. Seu principal objetivo é analisar a contribuição deste sistema de compras no esforço por maior eficiência no gasto público.

Os Estados Unidos ainda são tidos como principal pilar do capitalismo moderno, com um mercado competitivo, eficiente e racional. Sua força econômica e política intervém em praticamente todos os cenários estrangeiros. Além disso, por se tratar da maior estrutura federal de compras do mundo, concentra ampla experiência no tema, extensamente documentada em estudos, pesquisas e artigos em revistas especializadas, ajudando a organizar o olhar sobre a realidade brasileira.

Desta forma, o trabalho está dividido em três seções. Na primeira, após os aspectos introdutórios, é apresentada uma visão geral comparativa das compras públicas nos Estados Unidos e Brasil, seus princípios e conceitos básicos, leis e regulamentos, bem como o papel dos agentes públicos enquanto compradores. Na segunda seção, um aprofundamento do melhor valor enquanto técnica de compras, identificando conceitos e ferramentas do sistema de compras em análise e a terceira seção com as considerações finais e referências bibliográficas.

2 METODOLOGIA

O pesquisador precisa aplicar métodos idôneos, dessa forma, na metodologia deve debelar qual método foi adotado, assim como os procedimentos instrumentais a serem utilizados. A pesquisa estuda de maneira sistemática o objeto proposto, então é o mesmo que a busca feita de forma sistemática, atendendo critérios formais, fornecidos pelos métodos

científicos. Uma pesquisa bibliográfica demonstra o domínio das informações coletadas. Os aspectos teóricos que embasam a pesquisa devem ser apontados de maneira clara e extensiva (MEZZAROBÀ, 2019).

Quanto à metodologia de pesquisa, esta consiste em revisão da literatura sobre política de compras governamentais por meio de pesquisa telematizada, pesquisa documental e bibliográfica. As reflexões aqui trazidas buscam um viés propositivo, ainda que moderadamente, sobre o modelo brasileiro de gestão das compras públicas da administração direta federal à luz dos adotados pelos EUA, não apenas focadas na alteração da legislação, mas na absorção de novas e modernas técnicas de compras e no aperfeiçoamento do quadro de pessoal voltado para o setor.

3 VISÃO GERAL COMPARATIVA DAS COMPRAS PÚBLICAS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

O objetivo dessa seção é analisar as diretrizes governamentais de compras públicas dos Estados Unidos, por meio da descrição e avaliação das normas e procedimentos aplicados na Administração Federal norte-americana na persecução de uma postura mais eficiente e focada nos resultados. Nesta busca, foram introduzidas diversas ferramentas, conceitos e técnicas, que serão contrapostos à legislação brasileira.

3.1 QUANTO AOS PRINCÍPIOS E CONCEITOS BÁSICOS DO CONTRATO

A dinâmica recente das compras federais dos Estados Unidos baseia-se não nos procedimentos, onde o cumprimento dos ritos é um fim em si mesmo, mas nos resultados, sem deixar de observar, no entanto, a boa-fé, transparência e responsabilidade com os recursos públicos (MOTTA, 2010).

As diretrizes governamentais para as compras e contratações de bens, serviços, construções e obras públicas dos Estados Unidos encontram-se consolidadas na FAR – *Federal Acquisition Regulation*, que regulamenta as políticas, práticas e os procedimentos utilizados nas aquisições do governo federal, compreendendo todas as suas agências.

No subitem 1.102 e seguintes da FAR são estabelecidos os seguintes princípios:

- a) Obter produtos ou serviços da melhor qualidade dentro do prazo e, ao mesmo tempo, manter a confiança do público e satisfazer os objetivos da política de compras, considerando o custo, a qualidade e o tempo hábil de entrega. Para o governo estadunidense, os consumidores de suas aquisições são os agentes

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS

públicos, que agem em nome do contribuinte americano e levando em conta sua perspectiva e necessidades.

- b) Maximizar o uso de produtos e serviços disponíveis no mercado;
- c) Empregar contratados que demonstrem histórico de excelente desempenho;
- d) Promover a concorrência;
- e) Comprar com integridade comercial, justiça, em ambiente de abertura, conduzindo o processo de aquisições com integridade, justiça e transparência. Uma consideração essencial em cada aspecto deste sistema é manter a confiança da população. Todos os membros das comissões de compras devem agir com honestidade e seus atos individuais podem acarretar punições administrativas, civis e penais severas;
- f) Satisfazer os objetivos das políticas públicas e minimizar os custos administrativos, utilizando de forma eficiente os recursos públicos;
- g) Aplicar a sensatez, exercer a discricção, o bom senso e o discernimento comercial (FAR, 2020).

O processo de aquisições norte-americano vai além da mera escolha do fornecedor e se dá desde a definição da demanda até a devida gestão do contrato, o que acaba por aproximar o setor público federal americano da iniciativa privada. No Brasil, os princípios constitucionais que regem diretamente a licitação são citados no art. 3º da Lei nº 8.666/1993:

[...] isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

O elenco de princípios citados na lei como pilares para o julgamento de qualquer proposta, remete à supremacia do princípio da isonomia sobre princípio constitucional da eficiência. A combinação e a interpretação rígida desses princípios têm levado à formação e à consolidação de uma cultura de punição severa de qualquer descumprimento dos procedimentos, não existindo o mesmo rigor em relação ao resultado alcançado.

3.2 QUANTO ÀS LEIS E REGULAMENTOS

Nos Estados Unidos, os regulamentos podem criar grandes desafios para empresas habituadas aos contratos do setor privado. As agências federais estimulam a inovação através

de parcerias, gestão de construções e incentivo à sustentabilidade. A legislação federal de compras é formada por estatutos e regulamentos federais, geralmente interpretados por tribunais federais especiais, conselhos que julgam apelos relativos a contratos e pela Controladoria Geral do governo. Os primeiros estatutos fundamentais das compras do governo federal americano foram a Lei de Compras das Forças Armadas (*Armed Services Procurement Act*), de 1947 e Lei dos Ativos e Serviços Administrativos Federais (*Federal Property and Administrative Services Act*) de 1949, que já receberam diversas emendas com mudanças introduzidas pelo Congresso (FARIAS, RIBEIRO FILHO e AGUIAR, 2011)

A Lei da Verdade nas Negociações (*Truth in Negotiations Act* ou TINA), é um estatuto de contratação promulgado em 1962 para proteger os fundos do Departamento de Defesa, exigindo que os contratantes forneçam dados certificados de custos ou preços. Quando as estimativas de custo excedem o limite de U \$700.000,00 (setecentos mil dólares) e todos os outros meios de negociação de preços justos e razoáveis não estão disponíveis, a TINA garante que um preço justo e razoável possa ser determinado a partir dos dados apresentados pelo contratante.

Cumprе ressaltar que as compras públicas federais norte-americanas possuem divisão operacional entre aquisições militares (defesa) e civis. Tal divisão é ditada pela natureza altamente específica, complexa e sigilosa das aquisições de caráter essencialmente militar. As compras de natureza militar são geridas pelo Departamento de Defesa (*Department of Defense* ou *DoD*), através da Agência de Logística de Defesa (*Defense Logistics Agency* ou *DLA*), enquanto que as civis o são pela Administração de Serviços Gerais (*General Services Administration* ou *GSA*).

Mas foram o fim da guerra fria, implicando em redução dos gastos em defesa, com fechamento de bases, dentro e fora dos EUA e o período Clinton (1993 a 2001), marcado por uma política de combate aos déficits orçamentários, que promoveram um significativo impacto sobre o gasto público norte-americano e mesmo sobre os processos de aquisição. Por exemplo, foi no *Government Performance and Results Act*, de 1993, que o conceito de “melhor valor” surgiu. O *Federal Acquisition Streamlining Act*, conhecido como FASA Act, de 1994, facilitou a compra de materiais de caráter comercial padronizado, em incentivo à aquisição de itens prontos do mercado comum e introduziu métodos empresariais simplificados de contratação (SCHOONER, 2017).

Como mencionado no item anterior, o *Federal Acquisition Regulations* ou FAR, é o principal regulamento de compras do governo, na tentativa de uniformizar as práticas de contratações entre as agências do governo federal. É válido para todos os Ministérios

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS

(*Departments*) e foi concebido para cobrir cronologicamente desde o planejamento inicial até a conclusão. Nos EUA não existe uma legislação de caráter nacional que determine um processo de aquisição para todos os entes federativos. Ao contrário, cada ente possui independência para definir sua própria regulamentação. No plano federal, o FAR rege as compras públicas. Entretanto, cada agência pode desenvolver seus próprios regulamentos de compra, que serão aplicados em conjunto com o FAR, mas sem entrar em conflito com as diretrizes gerais do FAR.

As compras públicas federais norte-americanas, assim como em outros países, estruturam-se em torno de um sistema de pesos e contrapesos formado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O Executivo desempenha função operacional, tanto de realização das compras em si, como de normatização de mecanismos e procedimentos, assim como de elaboração de políticas de abastecimento. O Legislativo é o responsável pela formulação do arcabouço legal que referencia a execução operacional das aquisições de produtos e serviços.

Além disso, este Poder promove a fiscalização das ações e acompanha a aplicação e os resultados das políticas formuladas pelo Executivo. No caso do Legislativo norte-americano, o desempenho de tais funções se dá através de seu órgão de controle, o GAO (*Government Accountability Office*). Por fim, na hipótese em que o Executivo, através de seus mecanismos administrativos de resolução de conflitos, não consiga equacionar tais situações, o Judiciário soluciona as demais disputas do processo (MOTTA, 2010).

No Brasil, todo o processo de aquisições no poder público é ordenado pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como Lei de Licitações (BRASIL, 1993), que regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988. Ela estabelece as normas para licitações e contratos administrativos relativos a obras, serviços, compras, alienações e locações. Com relação à Lei de Licitações, em comparação com o caso norte-americano, a trajetória nacional é diametralmente oposta. Aproximadamente na mesma época em que os norte-americanos promoviam, como base da transformação em suas compras públicas, uma significativa flexibilização do arcabouço jurídico-legal, no Brasil, a Lei nº 8.666/93 restringia os graus de liberdade no setor, conforme observa Carvalho (2005):

A lei que normatiza os processos de compras da administração pública no Brasil, é caracterizada pela sua rigidez e elevado controle burocrático. Entretanto, tem-se que considerar que se vinha de um processo de impeachment do Presidente da República, exatamente por suspeitas de favorecimentos em contratações no governo federal.

Além da regra geral de licitações, é possível destacar algumas leis complementares que buscam flexibilizar e tornar os processos de compras mais adequados às práticas modernas. A Lei n. 10.520/2002 tem vasto impacto na administração pública brasileira, instaurando a modalidade de Pregão Eletrônico, destinada à aquisição de bens e serviços comuns. Atualmente, a maior parte das compras públicas, principalmente em nível federal, é feita por pregão eletrônico.

De acordo com Fernandes (2012), as compras eletrônicas apresentam as seguintes funções, entre outras: estímulo aos negócios através da criação de ambientes de transações seguras; aquisição de bens e serviços por meio da Internet, como licitações públicas eletrônicas, leilões eletrônicos, cartões de compras governamentais, bolsas de compras virtuais e outros tipos de mercados digitais para os bens adquiridos pelo governo; maior transparência na prestação de contas. Assim, com as compras eletrônicas, há, em tese, maior facilidade na constituição de históricos de formação de preços para cada tipo de produto, possibilitando maior gerenciamento em logística e redução de custos.

Também é possível citar a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP). Além dos demais benefícios conferidos a essas categorias de empreendedores, a legislação determina seu favorecimento nos procedimentos de compras públicas, abrangendo os três poderes e as três esferas de governos. Outra alteração que teve impacto nas contratações públicas foi o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, instituído pela Lei n. 12.462 de 2011 pelo Governo Federal como uma nova modalidade de licitação a fim de ampliar a eficiência nas contratações públicas e competitividade, promover a troca de experiências e incentivar a inovação tecnológica.

Existe uma certa concentração nos temas alusivos ao processo de escolha do fornecedor, com a definição de seus ritos básicos. A avaliação mais detida da legislação brasileira, do ponto de vista conceitual, indica diversos traços semelhantes ao FAR. Na Lei de Licitações, por exemplo, a aquisição é compreendida como um processo global, que tem início na definição da demanda e encerra-se com o término da execução contratual. Entretanto, a despeito das semelhanças conceituais e da preocupação com o planejamento, a legislação brasileira em vigor é fruto de uma preocupação primordial com o combate à corrupção, sendo ainda combinada com o princípio jurídico da legalidade.⁵

⁵ Salientam-se iniciativas já adotadas com o intuito de incrementar o planejamento da contratação. Convém citar que, no plano federal, a Instrução Normativa 05/2017 traz em seu Capítulo III as etapas de Estudos Preliminares e Gerenciamento de Risco e o novo decreto do Pregão (10.024/2019) prevê o estudo técnico preliminar - ETP como uma das peças que devem compor a instrução dos processos de contratação na modalidade pregão. O ETP

3.3 QUANTOS AOS RESPONSÁVEIS PELA CONTRATAÇÃO

Nos EUA, a chamada força de trabalho de aquisição federal é composta, basicamente, segundo dados de 2019, por 65.561 servidores, distribuídos em cinco carreiras diferentes (U.S. FEDERAL ACQUISITION INSTITUTE, 2019). Cada uma das carreiras é dividida em 15 graus diferentes, alcançados com base na antiguidade e certificações provenientes da realização de etapas de treinamento pré-definidas. Por isso, a política norte-americana para sua força de trabalho, na área de aquisições, é a da profissionalização, acompanhada de treinamento e especialização constante.

O nível de escolaridade do setor é alto, tendo média de servidores com nível universitário de 54%, enquanto que na força de trabalho pública federal norte-americana como um todo, este percentual é inferior a 30% (U.S. FEDERAL ACQUISITION INSTITUTE, 2020). Isso está diretamente ligado à exigência, para fins de admissão, de ensino superior completo e mais 24 horas num semestre em cursos acadêmicos nas áreas vinculadas à Administração, como Contabilidade, Direito, Negócios, Finanças, Contratos, Compras, Economia, Administração Industrial, Marketing ou Gestão.

O *Federal Acquisition Institute* (FAI) é o responsável por concentrar esforços na gestão do quadro de pessoal de aquisições no âmbito civil da administração pública federal norte-americana. Suas tarefas básicas são cuidar da qualificação e preparo técnico do quadro de pessoal, além de atrair e manter profissionais de qualidade. No desempenho de sua missão, o FAI dita as políticas a serem seguidas e coordena o esforço de pesquisa e treinamento (U.S. FEDERAL ACQUISITION INSTITUTE, 2020).

Uma observação importante a respeito da mão-de-obra de compras federais norte-americana é sobre seu preparo para lidar com um processo de aquisições notadamente burocratizado. O sistema adotado para o setor de compras, baseado em carreiras, remuneração adequada e treinamento contínuo, é exitosa, embora, como qualquer sistema, seja sempre passível de aperfeiçoamentos. No Brasil, o primeiro instituto a trazer a figura do comprador público foi o Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1862, que tratava dos regulamentos para arrematações. Em seu artigo 5º, dizia:

representa documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação e que dá base ao termo de referência, que somente é elaborado se a contratação for considerada viável. E mais recentemente, a Instrução Normativa do Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão de nº 44/2020 dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP - para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital.

[...] o Presidente da junta convida pela ordem fixada pela sorte a cada concorrente a apresentar de viva voz, e de modo a ser distintamente ouvido por todos a sua proposta. O membro da junta que servir de secretário, irá tomando em livro competente notas das propostas, e a medida que cada uma delas for completamente enunciada, lerá em voz alta o que a tal respeito houver escrito, assignando depois com os membros da junta e o respectivo concorrente e seu fiador. (BRASIL, 1862)

Basicamente, a função do comprador era unicamente ler, escrever, falar e ouvir. Tomar decisões não estava, pelo menos de acordo com a norma, entre suas atribuições. Mais de um século depois, a Lei nº 8.666/1993, trouxe no artigo 51 que “as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.” (BRASIL, 1993). Não se determinou, entretanto, o que seria um servidor qualificado.

O Tribunal de Contas da União (TCU) vem realizando levantamentos para conhecer a situação da governança no setor público federal brasileiro, e estimular suas organizações a adotarem boas práticas no tema. Em 2018, ano do último levantamento, nos resultados obtidos em relação à gestão das contratações, as principais vulnerabilidades constatadas foram: graves deficiências na definição do perfil profissional desejado para colaboradores e gestores; desconhecimento acerca das competências necessárias, alocação e movimentação de pessoal sem qualificação técnica necessária; designação de gestor não capacitado adequadamente; prejuízo ao alcance das metas definidas para a área de gestão de contratações, por falta de pessoal capacitado (TCU-Acórdão nº 588/2018).

Isto posto, no mesmo ano o Ministério do Planejamento criou a Rede Nacional de Compras Públicas, para promover a modernização e eficiência das aquisições e o aprimoramento das compras públicas do governo brasileiro. Dentre seus objetivos, está o de propiciar a profissionalização dos agentes de licitação. A iniciativa apresenta como vantagens “uma rede de capacitação e formação em compras públicas e a profissionalização de agentes de licitação com certificações e prêmios em compras públicas” (RNCP – 2020).

Aprovado em setembro de 2019 no Plenário da Câmara dos Deputados, o projeto da Nova Lei de Licitações (PL nº 1292/95) está em tramitação no Senado Federal e não impõe a criação de cargos isolados ou de carreira voltados exclusivamente para o setor das contratações públicas. O IPEA, em Nota Técnica de 2014, ressaltou que a reforma da lei de

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS

licitações e contratos traria a oportunidade para que se gerassem condições de capacitação de agentes públicos especializados:

Também em parte devido à ausência da carreira, ficam faltando incentivos, inclusive de remuneração adicional, para que esses profissionais se qualifiquem no exercício da tarefa. Seus procedimentos, quando não estritamente baseados na letra da lei, também provêm da experiência dos seus pares e também da jurisprudência dos Tribunais de Contas, cujos funcionários são muito mais qualificados, por estarem em carreiras mais bem-estruturadas e bem-remuneradas.

No capítulo IV (“Dos Agentes Públicos”) do PL 1292/1995, tem-se o perfil dos agentes públicos encarregados das funções essenciais à execução da Lei. O “agente de licitação”, responsável por tomar decisões, acompanhar e impulsionar a licitação, e executar as atividades necessárias ao seu bom andamento, há de ser servidor público efetivo ou empregado público pertencente aos quadros permanentes, que poderá ser auxiliado por equipe destinada a este fim.

A exigência de que os agentes de licitação sejam servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública contribui para limitar a rotatividade por onde pode esvair a experiência acumulada. Sob esse ângulo, a proposta soa ajustada, mas teme-se que o intuito de aprisionar o conhecimento advindo do dia a dia impeça a importante colaboração que profissionais bem preparados poderiam oferecer na condição de ocupantes de cargos comissionados.

O artigo 7º do PL também prevê que o exercício das diversas funções necessárias no ciclo da contratação condiciona-se à formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo Poder Público.

Desse modo, além de ocupar cargo de provimento efetivo e emprego integrante dos quadros permanentes, a condição de agente da licitação, nome dado pelo artigo 8º do PL, depende de qualificação prévia. Ao mesmo tempo, o artigo 172 do PL prevê:

Os Tribunais de Contas deverão, por meio de suas respectivas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluindo cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

O projeto de lei acaba por valorizar as Escolas dos Tribunais de Contas, trazendo-as expressamente. A promoção de capacitação de agentes públicos encarregados da realização de

licitação e da celebração de contratos ficará, portanto, a cargo destas instituições, consoante a futura Lei de Licitações.

4 O MELHOR VALOR COMO TÉCNICA DE COMPRAS

O *best value*, ou melhor valor, é definido como um método de adjudicação de contratos para propostas que são mais vantajosas para o Governo considerando outros fatores além do preço, como desembolso ou despesa que a Administração Pública terá durante a vida de um produto. O custo também abrange fatores “técnicos”, como qualidade, design, capacidade técnica, capacidade de gestão, desempenho anterior, disciplina de custos, etc. na medida em que esses fatores podem ser traduzidos em um contexto monetário e os ofertantes podem receber uma indicação clara na solicitação sobre como esses fatores serão mensurados.

A seguir, serão examinados elementos imprescindíveis no estabelecimento do melhor valor em aquisições governamentais.

4.1 PLANEJAMENTO DE COMPRAS

O aproveitamento do potencial econômico das compras governamentais e a constatação das possibilidades de seu uso mais estratégico são consequências da racionalização do uso dos recursos públicos. No entanto, para conferir eficiência e, conseqüentemente, para realizar as políticas públicas, o planejamento de compras é uma etapa primordial. Assim, é através do levantamento das demandas e dos processos de compras focados na qualidade dos gastos que o planejamento de compras poderá promover a melhor utilização dos recursos públicos.

Trata-se mais de processo inerente à logística, com verdadeiras estratégias de políticas de compras, estoques e compras conjuntas, cuja condução é pautada por normas legais, que um mero processo inerente ao direito administrativo, compondo subsistema da gestão de materiais e serviços. O planejamento das compras públicas, enquanto função administrativa, evita fracionamento de despesa, compras repetidas do mesmo objeto, execução orçamentária insatisfatória, falha de padronização, dentre outros indícios de falta de governança.

Nos Estados Unidos, sua legislação geral de aquisições públicas, o FAR, em sua parte 7, inclui as regras para o Plano de Aquisição. O regulamento exige que as agências federais realizem o “acquisition planning” e conduzam pesquisas de mercado para todas as compras públicas, a fim de promover uma competição total e aberta. O objetivo é garantir que o governo atenda às suas necessidades da maneira mais eficaz, econômica e oportuna (FAR,

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS

7.102). O Plano de Aquisição deve conter referências em que as decisões devem ser tomadas, histórico e objetivos da aquisição, plano de ação e abordar todas as considerações técnicas, comerciais, de gestão e outras observações significativas (FAR, 7.105).

O planejamento abrange estudo para que possa ser realizada a compra do bem ou contratação do serviço. Um dos principais enfoques do planejamento é a formalização da demanda. No Brasil, a legislação traz o Estudo Preliminar, mencionado no artigo 6º, inciso IX da Lei nº 8.666/93:

(...) Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares. (BRASIL, 1993)

O Decreto nº 10.024/2019 refere-se ao assunto no seu artigo 3º, inciso IV:

(...) estudo técnico preliminar – documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência. (...) (BRASIL, 2019)

O governo federal lançou, no dia 02 de abril de 2018, a ferramenta para planejamento de compras governamentais denominada Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações (PGC), com o objetivo de auxiliar toda a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional no desenvolvimento de seu Plano Anual de Contratações (PAC), favorecendo as decisões relativas às aquisições de compras e contratações que deverão ser realizadas no ano seguinte. Desta forma, com o PGC pretende-se fortalecer a fase de planejamento das contratações dos órgãos e entidades, possibilitando ainda gerar informações úteis para a tomada de decisões, a realização de compras compartilhadas e identificar oportunidades de ganhos de escala. Além disto, permite aos fornecedores o adequado planejamento e antecipação para participarem dos certames licitatórios, bem como o fornecimento de informações transparentes e consolidadas para a fiscalização por parte da população.

Por fim, a Instrução Normativa nº 40/2020 considera o Estudo Técnico Preliminar (ETP) o primeiro documento da etapa do planejamento. Como se pode ver, não é recente a preocupação ou no mínimo o reconhecimento da importância do planejamento das contratações públicas para a Administração. No entanto, sua implementação encontra dificuldades por diversos motivos como falta de estrutura dos órgãos, insuficiência de pessoal,

falta de capacitação específica dos gestores quanto ao tema, e, até mesmo um fator cultural na medida em que, de certa forma, a sociedade na qual estamos inseridos valoriza a ‘habilidade’ de agir por improviso (BORGES, 2020).

Não há dúvidas, ao menos no campo teórico, de que as disciplinas de planejamento de compras são imprescindíveis. O melhor valor só tem sentido quando inserido num contexto de planejamento prévio da aquisição, muito embora na prática ainda não se tenha alcançado uma forma definitiva para quebrar paradigmas estabelecidos nas contratações públicas.

4.2 USO DE FATORES EXTRA PREÇO

A definição de uma boa aquisição, mesmo segundo o modelo tradicional da função de compras, vai muito além da mera obtenção do menor preço de um produto ou serviço. Os fatores extra preço são aspectos que melhoram significativamente as chances de que a compra pública seja bem sucedida. Nos Estados Unidos, os compradores devem avaliar e documentar os méritos e riscos associados à abordagem proposta por um ofertante para cumprir os requisitos solicitados. Os fatores e subfatores extra custo da proposta e os riscos associados são classificados com base em escalas de pontuação. O item 15.101 da *Federal Acquisition Regulation* (FAR) é cristalino ao permitir compensações entre fatores de custo ou preço e fatores não relacionados ao custo, e autoriza o governo aceitar outra proposta que não seja a de menor preço.

Alguns exemplos de fatores extra preço são: qualidade da solução técnica (potencial de serviço superior, de custos mais baixos durante o ciclo de vida, tecnologia, metodologia, ou resultados inovadores), desempenho passado demonstrado pelo fornecedor, qualidade da equipe proposta, plano de controle de qualidade, garantia (se não fizer parte das especificações), ou garantia superior à especificada, qualidade do plano de transição, compromisso de contratar funcionários ou realizar compras de grupos socialmente desfavorecidos, veteranos militares incapacitados, ou outros grupos específicos, plano (se não tiver sido especificado) ou plano superior ao especificado para mitigar danos sociais e ambientais gerados pelo projeto, qualidade do plano de gestão e comunicação, etc. (SCHOONER, 2017).

No Brasil, existem alguns direitos de preferência como a preferência para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (MEs/EPPs); o direito de preferência para bens e serviços de informática do Decreto Federal nº 7.174/2010, com aplicação na Administração Pública federal ou preferência para o mercado nacional (Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, introduzida nos §§ 5º a 12 do art 3º da Lei nº 8.666 e regulamentada pelo Decreto nº

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS

7.546, de 2 de agosto de 2011), mas tais predileções em aquisições públicas não devem ser confundidas com os fatores extra preço da legislação norte-americana. Estes são critérios de avaliação na escolha do melhor preço baseados em aspectos não só objetivos, como subjetivos, já que demandam o juízo profissional de membros da comissão de avaliação técnica e do contratante.

No Projeto de Nova Lei de Licitações e Contratos (PL 1.292/1995) existe um considerável avanço nos critérios de julgamento das propostas. No artigo 33 do Projeto tem-se como medidas de julgamento: menor preço; maior desconto; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior lance, no caso de leilão e maior retorno econômico. Percebe-se, no artigo 34, uma mudança no método de avaliação das propostas. Até mesmo o critério do menor preço deverá levar em consideração “o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação” (BRASIL, 1995). Isto é, nem mesmo o fator mais objetivo de apreciação, o menor preço, se satisfaz com a simples comparação entre valores caso seja desconsiderado o parâmetro de menor custo em termos de qualidade.

Desta feita, é de esperar-se que de licitação assim estruturada e conduzida resulte a contratação de objetos de qualidade pelo menor preço, abolindo-se a cultura do menor preço por si só, que sempre prevaleceu na Administração Pública brasileira, em detrimento do dispêndio, ou seja, despesas com manutenção, correção, troca, adaptação, reposição que, entre outras providências, acompanham, em regra, a contratação de produtos de qualidade inferior, com a decorrente prevalência do conhecido adágio de que “o barato sai caro”. (PEREIRA JÚNIOR, 2020).

Por esta razão, foi acrescentado no §1º do artigo 34, orientação sobre a apreciação dos chamados custos indiretos, “relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, dentre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, desde que objetivamente mensuráveis” (BRASIL, 1995).

4.3 ANÁLISE DO CUSTO DO CICLO DE VIDA

O custo do Ciclo de Vida (*Life Cycle Cost* em inglês) é uma ferramenta para determinar a opção mais econômica entre diferentes alternativas concorrentes para uma aquisição, operação e manutenção para utilização de um projeto ou processo. Basicamente, é a soma de todos os gastos, desde a compra até o descarte do equipamento, sendo uma técnica que busca garantir que o custo de toda a vida de um ativo seja o mais baixo possível. São considerados, por exemplo, além dos custos de aquisição (ou custos de projeto e

desenvolvimento), custos operacionais (falhas, reparos, peças, inatividade, perda de produção, custos de manutenção (corretiva, preventiva e preditiva) e custos de eliminação ou cessão de atividade. Também podem incluir taxas de juros, depreciação, taxas de desconto, etc.

Nos Estados Unidos existem diretrizes e ferramentas de dados que colaboram na análise do custo do ciclo de vida das compras públicas, organizadas pela *U.S. General Services Administration* (GSA), em especial na área de energia, infraestrutura e aquisição de equipamentos de T.I. O *National Institute of Standards and Technology* (NIST) preparou o *Life Cycle Costing Manual for the Federal Energy Management Program* (NIST Handbook 135) ou Manual do Custo do Ciclo de Vida para o Programa Federal de Gerenciamento de Energia e emite anualmente índices de preços de energia de crescimento real e fatores de desconto para análise de custos do ciclo de vida. Como um produto complementar, o NIST também estabeleceu um software chamado BLCC (*Building Life Cycle Cost*) para realizar análises do custo do ciclo de vida.

As versões recentes do BLCC não apenas estruturam a análise, mas também incluem índices de preços de energia atuais e referências de fatores de desconto. (GSA, 2020). O *Life Cycle Cost* (LCC) é uma importante análise econômica usada na seleção de alternativas que impactam os custos pendentes e futuros. Ele compara as opções de investimento inicial e identifica as alternativas de menor custo para um período de vinte anos. Aplicado às medidas de conservação de energia do projeto de construção, o processo é obrigatório por lei e definido no *Code of Federal Regulations* (CFR), Título 10, Parte 436, Subparte A: Regras do Programa Federal de Gestão de Energia.

Como adiantado no item anterior, o Projeto de Lei 1.292/1995 prevê a análise do ciclo de vida do objeto da licitação em seu artigo 34, §1º. Seu papel é oferecer uma visão de maior prazo dos custos e benefícios, considerando todo o horizonte temporal do objeto. Isto resulta no melhor uso dos recursos, pois examina o valor presente de todos os custos e benefícios ao longo da vida de uma aquisição, não somente seus gastos iniciais. Tais requisitos abrem nova dimensão operacional para o princípio do julgamento objetivo, instrumentalizado por parâmetros cuja elaboração deverá desenvolver-se na fase preparatória do processo e vincula os agentes julgadores das propostas.

No entanto, a implementação do Custo do Ciclo de Vida no Brasil encontra obstáculos procedimentais, como a falta de treinamento para realizar uma Análise do Custo do Ciclo de Vida (ACCV) e escassez de dados confiáveis, que trazem incerteza nos dados relativos aos custos e benefícios fora do exercício atual. Também se depara com alguns riscos, pois além da insegurança jurídica sobre o uso do ACCV, existem as possibilidades de

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS

adjudicar contratos a fornecedores com custos iniciais de aquisição mais altos, contestações e atrasos (KWARTIN, 2017).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o desígnio de pesquisar acerca da técnica do *best value*, ou melhor preço, no contexto brasileiro, tendo como base o direito norte-americano em paralelo à legislação brasileira de compras públicas vigente e instruções normativas que tentam atualizá-la. O Estado brasileiro, por conta do atraso em seu desenvolvimento, durante a segunda metade do século XX viu-se obrigado a, de forma acelerada e desconexa, adotar mecanismos institucionais moldados à economia de mercado. Com isso, não houve uma integração plena entre a cultura jurídica institucional e social. Especialmente a Lei nº 8.666/93, sinalizada pelo forte rigorismo formal, costuma receber a mácula burocrática e não mais costuma atender as necessidades do serviço público quanto a compras e contratações.

Por outro lado, a estrutura estatal e social americana é de um país liberal e desenvolvido, detentor de um mercado consolidado. A legislação estadunidense baseia-se em conceitos de confiança e cooperação do gestor e acaba por fazer uma junção entre Direito e sistema econômico. Nos Estados Unidos o contrato é um meio de organização da produção de bens e serviços entre o ente público e o particular, num ambiente institucional fortalecido por regras que buscam garantir a máxima eficiência com menos ou os mesmos recursos públicos (modelo de melhor valor ou *best value*).

O primeiro objetivo teórico deste trabalho foi atingido, e teve a intenção de apresentar uma visão comparativa das compras públicas nos Estados Unidos e Brasil, enumerando princípios, conceitos básicos do contrato, leis e regulamentos de ambos os países. Ademais, também trouxe a perspectiva dos responsáveis pela contratação nos EUA e no nosso país, com destaque para a carreira do comprador público e previsão na Nova Lei de Licitações.

Assim, na edição da nova lei deve-se levar em conta o panorama internacional, conciliando tanto as práticas estrangeiras como o histórico da economia nacional. Aliado a isto, a reestruturação também prescinde de um assente e constante treinamento dos gestores públicos, fortalecendo a cultura do respeito às normas e aperfeiçoamento dos comportamentos executivos em concomitância com os novos paradigmas jurídicos. O segundo objetivo específico, por sua vez, buscou identificar os elementos do melhor valor como técnica de compras. Este resultado pode ser verificado nos itens 2.1, 2.2 e 2.3, onde se examinou a disciplina do planejamento de compras, a análise do custo do ciclo de vida e o uso de fatores

extra-preço, procurando traçar um paralelo com o que é utilizado nos Estados Unidos e o que se utiliza ou se pretende utilizar no Brasil.

À vista disso, conclui-se que são muitos os obstáculos da adoção ideal do melhor valor no Brasil. Escassez e falta de treinamento dos funcionários, falta de apoio das autoridades superiores, diretrizes de compras desatualizadas, ausência de dados necessários para sustentar um modelo de melhor valor, preocupações sobre a corrupção, fornecedores não que entendem o conceito de melhor valor e o público que pode não entender se o critério de escolha não for o menor preço. No entanto, nos últimos anos percebe-se que têm sido feitas tentativas de transformação do eixo central de uma dinâmica tradicionalmente orientada aos processos (onde o cumprimento dos ritos é quase um fim em si mesmo), para uma dinâmica orientada aos resultados, como o Pregão Eletrônico (Decreto nº 10.024/2019), que oferece maior agilidade, economia e menos burocratização e Instruções Normativas Federais nº 05/2017 e 044/2019.

Neste momento de transformação e de consolidação de um novo paradigma na área de compras públicas, a efetivação de compras públicas inteligentes deve ser mais eficiente e sustentável, aproveitando o poder de compra do Estado para atingir políticas públicas como o desenvolvimento socioeconômico local e regional, a melhoria da distribuição de renda, o incentivo à inovação, ao meio ambiente, entre outras questões. O sentido enviesado e o potencial das aquisições governamentais exigem que o tema seja discutido e pesquisado não apenas em relação aos seus instrumentos, normatização e operacionalização, mas tratando o tema de forma multidimensional, desenvolvendo todo o ciclo de compras públicas e buscando um ganho sistêmico e mais duradouro.

Por fim, como uma das contribuições deste trabalho, sugere-se como um tema relevante para futuros estudos, podendo o que foi aqui tratado ser utilizado de forma comparativa a dados vindouros, possibilitando confrontar e cruzar informações com o que foi aqui exposto e analisado na aludida pesquisa. Ressalta-se sua importância também em razão da possível configuração de um novo cenário brasileiro no que tange a boas práticas de contratações, haja vista a Nova Lei de Licitações e Atos Normativos Federais que procuram a máxima eficiência, vislumbrando uma nova realidade em que os benefícios ultrapassem os custos e a real efetivação de normas já existentes.

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS

REFERÊNCIAS

BORGES, Gabriela. **Considerações sobre o planejamento das contratações públicas e os estudos técnicos preliminares.** Disponível em: <https://www.inovecapacitacao.com.br/consideracoes-sobre-o-planejamento-das-contratacoes-publicas-e-os-estudos-tecnicos-preliminares-a-luz-da-in-40-2020/>. Acesso em: 17 de out. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.024 de 20 de setembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020.** Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP - para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-40-de-22-de-maio-de-2020-258465807>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017.** Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. 2ª Edição, Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.** Estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. 2ª Edição, Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. **PL 1292/1995.** Altera a lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>. Acesso em: 17 out. 2020.

CARVALHO; P.C.S. **Política de Compras na Administração Pública Brasileira.** In: RHS Licitações – Conteúdo. 2005. Disponível em: <http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=59>. Acesso em: 14 set. 2020.

CODE OF FEDERAL REGULATIONS. Title 10, Part 436, Subpart A: **Program Rules of the Federal Energy Management Program.** Disponível em: https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=d8c3322d4235dc967ac6bec2989e6127&mc=true&tpl=/ecfrbrowse/Title10/10cfr436_main_02.tpl Acesso em: 18 de out. de 2020.

FARIAS, R. A. de.; RIBEIRO FILHO, J. F. e AGUIAR, S. M. B. de. Licitações e controle nas compras e contratações nas entidades públicas: panorama no Brasil, Organismos Internacionais, Comunidade Europeia e estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos. **Periódico UFPE Gestão Pública Práticas e Desafios**. V. 2. N. 2; 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/gestaopublica/article/view/1148> Acesso em: 18 de out. de 2020.

FERNANDES, A. C. G. **Compras governamentais pela internet: vantagens e desafios**.

BNDES, Revista Informe-se, n. 35, p. 1-6; jan. 2002.

FORTINI, Cristiana. **Formação de agentes públicos como fator de mudança em licitações**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-11/interesse-publico-formacao-agentes-publicos-fator-mudanca-licitacoes>. Acesso em: 17 out. 2020.

IPEA. **Nota Técnica 2014**. Março. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21829 Acesso em 10 de out. 2020.

KWARTIN, Bob. Life Cycle Costs Analysis. Global Procurement Initiative: Brazil, Sponsored by the U.S Trade and Development Agency. December 11-13, 2017. Brasília, Brazil.

MARQUES, F.S. **Compras Públicas no Brasil e EUA: Análise da Concorrência Segundo o Paradigma Estrutura-Conduta-Desempenho**. Brasília: ESAF, 2005. Disponível em <http://www.centrodelogistica.com.br/new/fs-public.htm> Acesso em: 14 set. 2020.

MEZZAROBBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 8. Ed. Saraiva Jus, 2019.

MICHAEL R. ZACKS. **Best Value Contracting**. Washington, DC: Department of the Navy, Naval Sea Systems Command: 1992. Disponível em <https://sci-hub.do/10.1111/j.1559-3584.1993.tb02777.x> . Acesso em: 17 out. 2020.

MOTTA, A. R. **O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, São Paulo, 208f, 2010.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OCDE. **Economic Surveys: Brazil 2018**. Disponível em https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-brazil-2018/basic-statistics-of-brazil-2016_eco_surveys-bra-2018-1-en. Acesso em: 09 jun. 2020.

PEREIRA JÚNIOR, José Torres. Critérios de Julgamento. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/criterios-de-julgamento/>. Acesso em 18 de out. de 2020.

A SELEÇÃO DO MELHOR VALOR NAS COMPRAS PÚBLICAS

REDE NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/assuntos/rede> Acesso em: 03 de out. de 2020.

SCHOONER, Steven L. **Global Procurement Initiative: Brazil**. Using Non-Price Factors. Brasília, 2017.

TEIXEIRA, Helio Janny et al. **Concentração de compras e melhoria da qualidade do gasto público no Brasil**. Brasília: VIII Congresso CONSAD de Gestão Pública, Painele 48/146, 2015.

THAI, K.V. **Public Procurement Re-examined**. *Journal of Public Procurement*, v.1, Issue 1, p.9-50, 2001. Disponível em: <http://www.pracademicspress.com/Thai.pdf> . Acesso em 06 jun. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Levantamento de Governança e Gestão Públicas – Resultado TCU**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/organizacional/levantamento-2018/resultados.htm> Acesso em 03 de out. 2020.

U.S. FEDERAL ACQUISITION INSTITUTE. **Annual Report on the Federal Acquisition Workforce – FY 2019**. Disponível em: <https://www.fai.gov/sites/default/files/FAI-Quarterly-Workforce-Metrics-Q2FY19.xlsx> Acesso em 03 out. 2020.

U.S. GENERAL SERVICES ADMINISTRATION. **Federal Acquisition Regulation**. Washington D.C., 2005. Disponível em: <https://www.acquisition.gov/FAR/> Acesso em 14 set. 2020.

MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO NA PROTEÇÃO ANIMAL
ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL DA OAB/PI –
CÃOZINHO “SALVADOR”¹

Larissa Marques Barbosa²

Juliana Castelo Branco Paz da Silva³

RESUMO: O presente trabalho visa fazer a análise de caso do primeiro mandado de busca e apreensão expedido pelo judiciário piauiense onde um cachorro em situação de maus tratos foi resgatado. Em alusão à inédita decisão proferida pelo magistrado e que contou com a atuação da Comissão Especial de Proteção e Defesa Animal da OAB/PI, o cãozinho batizado como “Salvador” foi direcionado posteriormente à adoção. Este trabalho também visa analisar aspectos relevantes do instituto procedimental cautelar Mandado de Busca e Apreensão na proteção animal, na medida em que funciona como um eficaz instrumento de proteção dos direitos aos animais para a garantia do direito fundamental assegurado pela Carta Magna de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Ordenamento Jurídico Brasileiro. Direto Animal. Processo Penal. Mandado de Busca e Apreensão.

¹ Recebido em 09/08/2021

Aprovado em 14/06/2022

² Ambientalista, Graduada pela Universidade Federal do Piauí e Pós Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Piauí, Mediadora de Conflitos Extrajudiciais pela OAB/PI, atual Presidente da Comissão de Proteção e Defesa Animal- OAB/PI. CONTATO: larismarquesb@gmail.com

³ Advogada, Jornalista e Licenciada em Letras- Inglês e Letras-Espanhol. Professora Adjunto II do Curso de Licenciatura em Letras-Inglês da Universidade Federal do Piauí. Especialista em Língua Inglesa, Direito Processual e Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Mestre em Linguística aplicada pela Universidade Federal de Brasília-UnB. Eleita Conselheira Seccional da OAB-PI para o triênio (2019-2021). Consultora da Comissão Nacional de Proteção e Defesa dos Animais do Conselho Federal da OAB. Representante no Piauí da Associação Brasileira dos Advogados Animalistas-ABRAA. Coordenadora do Coletivo Direito Animal do Brasil e fundadora do núcleo da Sociedade Vegetariana Brasileira-SVB em Teresina-Piauí. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito de Família, Direito Sistêmico, Direito Administrativo, Direitos Humanos, Direito Animal e Direito Ambiental. Contato: julianapaz@ufpi.edu.br e julianacbpaz@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa fazer a análise de caso do primeiro mandado de busca e apreensão expedido pelo judiciário piauiense onde um cachorro em situação de maus tratos foi resgatado. Em alusão à inédita decisão proferida pelo magistrado e que contou com a atuação da Comissão Especial de Proteção e Defesa Animal da OAB/PI, o cãozinho batizado como “Salvador” foi direcionado posteriormente à adoção.

Neste trabalho será dado enfoque ao âmbito jurídico da proteção e defesa animal. Insta salientar que os trabalhos desenvolvido pela Comissão Especial de Proteção e Defesa dos Animais da OAB/PI se tratam de atividades desenvolvidas por diversos profissionais multidisciplinares que compõem a referida Comissão como membros e colaboradores.

Este trabalho também visa analisar aspectos relevantes do instituto procedimental cautelar Mandado de Busca e Apreensão na proteção animal, na medida em que funciona como um eficaz instrumento de proteção dos direitos aos animais para a garantia do direito fundamental assegurado pela Carta Magna de 1988.

A metodologia adotada para o desenvolvimento dessa pesquisa é predominantemente Relato de Caso para demonstração de maneira exemplificativa do trâmite procedimental, também constando revisão bibliográfica analisando diversos posicionamentos doutrinários e de publicações científicas.

Nesse contexto, questiona-se: quais são as contribuições dos operadores do direito, comissões temáticas da Ordem dos Advogados, advogados, magistrados, promotores de justiça, autoridades policiais na proteção dos direitos dos animais e de que forma as mudanças processuais foram se adequando para melhor assegurar o desenvolvimento e eficácia de tais mecanismos jurídicos de proteção na tutela animal?

MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO NA TUTELA ANIMAL

A tutela jurídica de proteção animal vem se desenvolvendo na medida em que a sociedade começa a reconhecer tais direitos e buscando meios de efetivá-los. A legislação, de base antropocêntrica, aos poucos vai sendo fortalecida.

Em princípio, adverte-se que, a partir dos fundamentos da ética tradicional e de base antropocêntrica, a atitude do humano de exprimir o sentimento de superioridade diante da natureza, inclusive com a ilusão de deter o poder ilimitado de agir sobre ela, faz com que a própria moralidade que, inicialmente, visava protegê-lo, se tornasse desfavorável, mas não inibitória. É notável que a crença hegemônica de domínio entre as raças permanece

MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO NA PROTEÇÃO ANIMAL
ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL DA OAB/PI –
CÃOZINHO “SALVADOR”

respaldada nas relações sociais e ambientais, argumento que demonstra o especismo e reduz à naturalidade a exploração de espécies. (SILVA, 2009)

Na concepção filosófica, deter a igualdade de condições no meio ambiente articula um debate acerca de um estatuto moral dos animais não-humanos e qual é o plano ocupado por eles dentro da ética aplicada, sustentando o que se segue: [...] “O princípio básico da igualdade não requer *tratamento* igual ou idêntico, mas sim igual consideração.” (SINGER, 2013)

Sob a ótica de Naconecy, o especismo pode ser definido:

[...] como a discriminação sistemática ou o tratamento diferenciado justificado pela pertença a uma espécie (biológica), quando a espécie não é, em si mesma, um critério moralmente relevante. Aquele que pratica o especismo, o especista, é acusado de deduzir o status moral de uma criatura a partir de uma avaliação moral com parcialidade tendenciosa, em favor dos interesses próprios do Homo Sapiens, sobre um fundamento não suficientemente justificado [...] (NACONECY, 2016)

À vista das considerações preliminares e já tecendo uma relação do comportamento delitivo com o Direito Animal, este voltado à produção de elementos que possivelmente configurariam um crime relacionado às práticas de crueldade e maus-tratos, é possível conceituar, primeiramente, crueldade “como uma reposta emocional de indiferença ou prazer diante do sofrimento e dor de outro” (LIMA, 2017)

O direito dos animais está previsto na Constituição Federal de 1988 e em outros dispositivos infraconstitucionais. Paralelo a isso, o Mandado de Busca e Apreensão consta como medida cautelar no artigo 240, parágrafo 1º, do Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Na data de 08 de Novembro de 2019, houve a expedição pelo Tribunal de Justiça do Piauí da decisão autorizando uma busca e apreensão de um cachorro vítima de maus tratos subscrita pelo Juiz de Direito da Central de Inquéritos de Teresina/PI, Luiz Henrique Moreira Rego em atendimento a pedido originado da Autoridade Policial da Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente, fato este inédito no Estado do Piauí.

Conforme a representação contida nos autos,

a Autoridade Policial informou que, foi registrado um Boletim de Ocorrência baseado em uma denúncia anônima, acerca de maus-tratos a um cachorro, de raça incerta, por uma senhora em sua residência. De acordo com as investigações realizadas pela equipe de polícia que foi direcionada ao

endereço, foi verificada a existência de um animal, que de acordo com os vizinhos passava boa parte do dia emitindo sons que demonstravam sofrimento, onde verificada a situação pelo acesso do imóvel ao lado verificaram o cachorro na parte posterior da casa, e que esta se encontrava toda fechada e com grande quantidade de objetos no local, que o animal estava preso por uma corrente amarrado a um carrinho de mão (usado para construção civil), e que o mesmo estava exposto ao sol, sendo ele constituído de metal, onde o animal estava submetido a grandes temperaturas sem um abrigo próprio e adequado, e que o animal se esquivava para se abrigar a estrutura do citado carrinho. No local havia muita bagunça e lixo, estando a área cheia de fezes de animais, provavelmente do cachorro, sem o devido recolhimento a fim de que evite a proliferação de doenças. Que o animal não tinha nenhuma comida à sua disposição e seu vasilhame contendo água estava em meio ao sol, recipiente este submetido à temperatura ambiente de cerca de 37° com a sensação térmica de igual valor, estando o suprimento impróprio para o consumo. No momento da visita a tutora não se encontrava em casa, e que diante das condições degradantes em que o animal se encontra, ficaram comprovados os maus tratos sofridos pelo cão, que poderiam levá-lo até mesmo a morte pelo sofrimento prolongado. (Teor da Decisão, referência ao Processo nº 0006644-85.2019.8.18.0140 Poder Judiciário do Estado do Piauí,)

Em atendimento à solicitação da autoridade policial, na data de 09 de novembro, a Comissão Especial de Proteção e Defesa dos Animais da OAB/PI, representadas pela então presidente Dra. Juliana Paz bem como a Vice Presidente, Dra. Larissa Marques, estiveram no gabinete do Juiz Luiz Henrique para reforçar a urgência de tal pleito, com base nos estudos de Direito Animal bem como nas atividades desenvolvidas pela referida Comissão dando suporte jurídico à necessidade do animal.

Tal despacho teve caráter de sensibilização do magistrado, obtendo assim, uma exitosa decisão pioneira para o Direito Animal no Estado do Piauí, ganhando ampla divulgação na mídia local e elevando o Piauí no panorama nacional na matéria afeita ao desenvolvimento da proteção animal.

Diante dessas informações acostadas aos autos pela autoridade policial, conforme o relatório supramencionado, o juiz deferiu a expedição da busca e apreensão com o intuito de se produzir elementos que possibilitaram a elucidação do caso, impedindo assim a

MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO NA PROTEÇÃO ANIMAL
ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL DA OAB/PI –
CÃOZINHO “SALVADOR”

continuidade do crime, sob pena de a diligência restar-se prejudicada, diligência essa que foi acompanhada pela Comissão Especial de Proteção e Defesa dos Animais da OAB/PI.

A Carta Magna serve como referência ao Direito Animal na medida em que preceitua uma ampla visão ambientalista em seu texto, vejamos posicionamento:

A Constituição da República de 1988 é considerada uma referência, não somente na democratização e difusão da justiça social no país, mas principalmente na questão ambientalista, vez que instaurou um divisor de paradigma ao contemplar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, à vista da interpretação sistemática, tal garantia também é estendida a todos. (FERREIRA, 2014) – nota-se que igualmente aos animais.

A maior referência de proteção à integridade dos animais encontra respaldo no artigo 225, no inciso VII da Carta Magna, o qual é responsável por tutelar nos seguintes termos: *“proteger a fauna e a flora, vedadas, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”* (BRASIL, 1988)

A aplicação sistemática das garantias fundamentadas na Carta Magna aos animais, faz nascer o que a doutrina especializada denomina como Direito Animal, como bem menciona o professor Vicente Ataíde:

O Direito Animal positivo é o conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos fundamentais dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental ou ecológica. Esse conceito é formulado a partir da genética constitucional do Direito Animal brasileiro. [...] A dignidade animal é derivada do fato biológico da senciência, ou seja, da capacidade de sentir dor e experimentar sofrimentos físicos e/ou psíquicos. A senciência animal é juridicamente valorada, quando posta em confronto com as interações e atividades humanas, pela positivação da regra fundamental do Direito Animal contemporâneo: a proibição das práticas que submetam os animais à crueldade (ATAIDE JUNIOR, 2018)

O instituto processual cautelar da busca e apreensão que foi deferida em favor da liberação do cão “Salvador” é previsto no Código de Processo Penal, conforme a doutrina preceitua:

Conquanto a busca e apreensão esteja inserida no Código de Processo Penal como meio de prova (Capítulo XI do Título VII), sua verdadeira natureza jurídica é de meio de obtenção de prova (ou de investigação de prova). Isso porque consiste em um procedimento (em regra, extraprocessual) regulado

por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que pode ser realizado por outros funcionários que não o juiz (v.g., policiais). Sua finalidade precípua não é a obtenção de elementos de prova, mas sim de fontes materiais de prova. (RENATO BRASILEIRO,2020)

A medida cautelar expedida pelo juiz determinou a busca em domicílio do cão “Salvador” que estava em situação de maus tratos, atendendo ao que a doutrina preceitua:

Em relação à busca domiciliar, somente a autoridade judiciária competente poderá expedir o respectivo mandado. De fato, de acordo com a Constituição Federal, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial (CF, Art. 5º XI). Por estrita observância ao princípio do juiz natural (CF, art 5º, LIII), somente o juiz constitucionalmente competente pode validamente ordenar uma medida de busca domiciliar. (RENATO BRASILEIRO,2020)

Conforme o teor da decisão:

A busca e apreensão é medida cautelar, admitida como meio de prova pelo Código de Processo Penal, que deve ser procedida quando houver fundadas razões autorizadoras a, dentre outros, prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; descobrir objetos necessários à prova de infração do réu; ou colher qualquer elemento de convicção hábil a formar a elucidação de ato delituoso. Sendo assim, pressupõe que o *fumus boni iuris* seja demonstrado no caso concreto e o *periculum in mora* evidenciado pela necessidade de se colher, o mais rápido possível, os elementos probatórios que interessam ao esclarecimento dos fatos debatidos na investigação criminal ou na futura ação penal. Não se exige uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeita de autoria. Sendo assim, estando presentes os requisitos citados, ou seja, prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; descobrir objetos necessários à prova de infração do réu e colher qualquer elemento de convicção, somada às operações da Polícia Civil, relatadas na presente representação, que indicam a suposta ocorrência do delito tipificado no Art. 32 da Lei de Crimes Ambientais Lei nº 9.605/1998, (Teor da Decisão, referência ao Processo nº 0006644-85.2019.8.18.0140 Poder Judiciário do Estado do Piauí)

MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO NA PROTEÇÃO ANIMAL
ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL DA OAB/PI –
CÃOZINHO “SALVADOR”

As pessoas e coisas sujeitas à busca constam rol exemplificativo do art. 240 do CPP, devendo dessa feita ter aplicação subsidiária aos animais como assim defende a doutrina animalista:

Na legislação brasileira os animais não humanos não têm personalidade jurídica. A ausência de conceitos legais que definam o animal como sujeito de direito não podem ser empecilhos para a satisfação dos interesses dos mesmos, corroborando para práticas e ações destrutivas, não só do meio ambiente, mas como da vida de cada animal, com pequena particularidade e individualidade que é. (ATAIDE JUNIOR, 2018; ROSA, 2017; NOGUEIRA, 2012)

O tratamento de crueldade aos animais ainda figura como cultura na nossa sociedade devendo ser combatido com a utilização do arcabouço jurídico em favor dos mesmos.

O sentimento de propriedade dos animais não humanos, faz com que muitas vezes os humanos exponham esses seres a situações degradantes como foi o caso encontrado do cão “Salvador” exposto ao sol com uma sensação térmica de quase 40 graus, amarrado em uma corrente e imerso ao lixo.

Muito embora já se reconheça direitos morais a animais não-humanos, esses continuam a ser tratados pelos sistemas legais como propriedade dos humanos e, por isso mesmo, os animais não-humanos não detêm direitos legais, não são sujeitos de direitos, apenas objetos de direitos. São defendidos somente como propriedade de alguém que seja um sujeito de direitos (SOUZA, 2004)

Em que pese a crueldade ainda faça parte em algumas situações da cultura, essa não deve ser perpetrada, havendo urgência na quebra desse paradigma e maior aplicação das medidas judiciais em benefício ao bem estar dos animais, contando com a atuação dos operadores do direito:

A crueldade praticada em nome da tradição tem seu apoio na defesa de um costume e prática de valor incalculável. Mesmo que a percepção não seja a mesma para todos, não faltam argumentos para se considerar que estas práticas, consideradas costumes, de moral arcaica, são uma crueldade sem tamanho com os animais não-humanos. (FELIPE, 2006)

Estudos comprovam que os animais possuem sentimentos, inteligência, memória, e mais outras diferentes capacidades que os seres humanos também detêm. Desse modo, os animais estão muito mais próximos dos indivíduos do que das coisas. Por esse motivo, é

necessário legitimar um novo regime jurídico quanto ao status quo dos animais, procurando afastar a coisificação animal para, enfim, considerá-los como detentores de direitos realmente significantes. Devemos abandonar a ideia enraizada de que sujeitos de direito são apenas humanos, pois este termo apenas significa que o ser é dotado de personalidade, mas não necessariamente que é um indivíduo. Diante disso, percebe-se que essa nova interpretação acerca do status jurídico dos animais pode ser usada como uma saída para proteção animal. Conforme atesta a comunidade científica internacional:

Em julho de 2012, um grupo de renomados neurocientistas, dentre os quais se destacam Stephen Hawking e Philip Low, reuniram-se na Universidade de Cambridge para o Simpósio sobre a Consciência em Animais Humanos e Não-Humanos, e “proclamaram ao mundo aquilo que todos já sabiam e que o direito ainda reluta em admitir: os animais são seres sensíveis, capazes de sentir e de sofrer”. (LEVAI, 2016)

A identificação de outros princípios norteadores do Direito Animal, fortalece a aplicação da proteção jurídica em extensão aos animais, conforme o professor Rogério Rammê;

Identificar os princípios conformadores do direito animal constitucional, a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional e em conformidade com os valores pós-humanistas, é tarefa fundamental para o amadurecimento do direito animal brasileiro. Muito embora ainda sejam escassos os trabalhos desenvolvidos pela doutrina nacional com esse intuito, alguns passos importantes já foram dados. (RAMMÊ, 2019)

Partindo disso, a doutrina já reconhece alguns princípios norteadores do Direito Animal:

O primeiro princípio a ser destacado é o princípio da senciência. Para Laerte Fernando Levai, “o reconhecimento da senciência animal é, acima de tudo, uma questão de princípio.” O autor sustenta se tratar o princípio da senciência da “pedra de toque do direito animal” (LEVAI, 2016)

Também podemos identificar o princípio da não-violência:

O princípio da não-violência fundamenta o Direito Animal por apontar na direção de um respeito entre humanos e não-humanos, estabelecendo um entendimento mútuo direcionado à justiça social. Esta somente será atingida através de mudanças positivas na percepção pública dos animais não-humanos, reconhecendo os direitos destes seres e, sobretudo não os concebendo como objetos de prazer, pesquisa, entretenimento, ou seja, exploração por parte do homem (SILVA, 2015)

MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO NA PROTEÇÃO ANIMAL
ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL DA OAB/PI –
CÃOZINHO “SALVADOR”

É obrigação moral dos humanos, zelar pela proteção aos animais não-humanos, indefesos, como forma de respeito entre espécies.

O fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens (DIAS, 2005)

De acordo com o que defende a majoritária doutrina animalista, podemos considerar que os animais possuem dignidade, devendo os seus direitos seres salvaguardados.

Bem-estar é algo que todos buscam, tornando-se aptos a terem direitos que venham a garantir esses interesses (ROSA, 2017). O fato de “ser sujeito de uma vida”, faz com que todos se tornem iguais conforme a habilidade de ter status moral. Partindo do pressuposto que os animais também podem fazer parte desta classificação, ou seja, também são “sujeitos de uma vida”, pode-se afirmar que possuem direitos à dignidade e ao respeito. Não se pode, portanto, tratar um animal não-humano como se fosse um objeto por ele ser supostamente inferior ao indivíduo, pois a partir do momento que os animais possuem vida já há garantia ao direito de serem iguais aos humanos (ATAIDE JUNIOR, 2018; ROSA, 2017; NOGUEIRA, 2012).

Corroborando esse entendimento:

Nesses termos, à luz da ampliação do conceito de dignidade, identifica-se o conteúdo normativo do princípio da solidariedade interespecies, fundado essencialmente no respeito, preocupação e comprometimento com a vida dos animais não-humanos. Seu reflexo jurídico principal no tocante à proteção constitucional dos animais é conformar a interpretação do dever fundamental de cunho ecológico imposto à coletividade, que tem como beneficiários os animais não-humanos, e que transmutam-se em verdadeiras obrigações autônomas de respeito e proteção (RAMMÊ, 2019).

Dessa maneira, o mandado de busca e apreensão expedido pelo judiciário piauiense figura como relevante instrumento processual para a defesa do direito dos animais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo contexto analisado no presente trabalho fica evidente a importância da análise do teor da decisão expedida pelo judiciário piauiense onde uma medida cautelar de Busca e Apreensão foi o instrumento eficaz a ser utilizado na proteção animal.

A referida Comissão Especial de Proteção e defesa dos animais da OAB/PI, teve importante papel para a exitosa decisão na medida em que buscou de maneira ativa, sensibilizar o magistrado partindo mostrando as atuações em direito animal. A Comissão tem desenvolvido ações de cunho preventivo no tocante a conscientização e sensibilização com a temática da proteção animal. A importante parceria com instituições privadas e públicas para o desenvolvimento de palestras e projetos têm fomentado os membros de capacidades técnicas como multiplicadores na tutela animal.

Além dos trabalhos realizados de maneira educativa, há a vertente fiscalizatória bem como de produção legislativa para contribuição ao Poder Público. Em situações práticas e necessárias, o corpo jurídico está habilitado para as medidas cabíveis, dentre as quais, a elaboração de peças jurídicas e acompanhamentos de diligências ou despachos na temática animal.

Resta inegável que o operador do direito está autorizado a se utilizar de todos os instrumentos e meios jurídicos necessários para fazer com que a efetividade da tutela animal seja implementada de maneira mais frequente no judiciário brasileiro, possibilitando assim, um amplo acesso à justiça de forma coerente com as necessidades sociais.

Para que se concretizem tais circunstâncias urge a melhoria, frente ao Poder Judiciário, da atuação dos diversos operadores do Direito. Todavia, o movimento de descoisificação animal necessita de um esforço de toda a sociedade, pois isso altera significativamente a ordem legislativa brasileira. Nessa contribuição, está relevante e necessário o papel desempenhado pela Comissão de Proteção e Defesa Animal da OAB/PI. Também são necessárias alterações na legislação animal bem como dotar o juiz de instrumentos capazes de fazer cumprir as obrigações de índole animal levando em considerações as particularidades de cada situação.

REFERÊNCIAS

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador, v.13, n.3, p.48-76, set/dez.2018.

BELTRÃO, Sandra Campos (coord.) Direito dos Animais ou o multiculturalismo e o direito animal não humano. Rio de Janeiro: GZ, 2017

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941.

MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO NA PROTEÇÃO ANIMAL
ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA ANIMAL DA OAB/PI –
CÃOZINHO “SALVADOR”

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 04 de Setembro de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, 1988, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 de Setembro de 2020.

CARVALHO, Valéria. Decisão inédita: juiz autoriza mandado de busca e apreensão no Estado do Piauí para crime cometido contra animais. Disponível em <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias-tjpi/decisao-inedita-juiz-autoriza-mandado-de-busca-e-apreensao-no-estado-do-piaui-para-crime-cometido-contra-animais/>

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direitos. 2005.

FELIPE, Sônia T. Da farra-de-homens mal acostumados, contra bois indefesos, 21 mar 2016

FELIPE, Sônia T. Dos direitos morais aos direitos constitucionais; para além do especismo elitista e eletivo. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v.2, n.2, 2007

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. A proteção aos animais e o direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014

LEVAI, Laerte Fernando. Direito Animal: uma questão de princípios. Revista Diversitas. São Paulo, n.5, 2016

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal – Volume Único, Editora Juspodvum, 2020

LIMA, Sérgio Sales Pereira. A crueldade de que se é capaz ou aspectos criminais da conturbada relação entre dois animais: o bicho e o homem. In: SÉGUIN, Elida;

NACONECY, Carlos. A discriminação moral contra animais: o conceito de especismo. Revista Diversitas, São Paulo, n.5, out.2015/mar.2016

NOGUEIRA, Vânia M. Damasceno. Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Belo Horizonte, MG: Arraes, 2012

RAMMÊ, Rogério Santos - Confinamento Animal: Inconstitucionalidade e Criminalização. Estudos Criminais de Direito Animal. Editora Canal Ciências Criminais. 2019

RAMMÊ, Rogério Santos. O dever fundamental ecológico e a proteção dos serviços ecossistêmicos. Curitiba: Appris, 2019

ROSA, Thaise Santos da. Os direitos fundamentais dos animais como seres sencientes. Justiça & Sociedade, Porto Alegre, v.2, n.1, 2017

SILVA, Jucirene Oliveira Martins da. Especismo: Porque os animais não-humanos devem ter seus interesses considerados em igualdade de condições em que são considerados os

interesses semelhantes dos seres humanos. Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis, v.8, n.1,p.51-62,2009.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Princípios de proteção animal ma Constituição de 1988. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, ano 5, v.11, 2015

SINGER,Peter. Libertação Animal. São Paulo: WMF Martins Fontes,2013

SOUZA, Gustavo Vieira de Moraes. Personalidade jurídica para os grandes primatas. ethi@ Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis,v.3.n.2,dez.2004

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA¹

Anna Flávia Santos de Andrade²

Geisa Carvalho Vieira³

RESUMO: A violência assola toda a população brasileira, sem distinção de classe, sexo e raça, alguns em maior proporção que outros, devido às condições sócio-econômica em que vivem. É importante sempre perceber que as desigualdades se encontram em diferentes níveis dentro da realidade do país, algo que reflete diretamente em aspectos culturais, econômicos e de valores comportamentais de uma sociedade como um todo. As problemáticas que dizem respeito a questões ligadas a crimes contra sexo e raça, infelizmente estão diretamente atreladas a um modo de pensar culturalmente aceito por décadas, tema que precisa ser debatido e moldado para uma realidade atual. Os debates referentes à sexualidade causam em muitas pessoas um certo desconforto, tanto pelo fato de não saberem lidar com a questão quanto pela falta de informação sobre a temática, sendo que estes dois fatores se entrelaçam quando tratados quando inclusos neste contexto. Os direitos das mulheres foram, no decorrer de várias décadas, transformando-se em realidade, sejam eles direito ao voto, direito ao divórcio sem a anuência do marido, direito a viajar sozinha sem autorização de uma figura masculina, e várias outras conquistas que foram fundamentais para o papel em que a mulher se encontra hoje na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Violência; Transgêneros; Lei Maria da Penha.

¹ Recebido em 01/08/2021

Aprovado em 28/06/2022

² Graduada em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho, advogada inscrita na OAB/PI sob o número 14.891, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Ademar Rosado em parceria com a Assembleia Legislativa do Estado do Piauí e pós-graduanda em Direito Público e Direito Privado pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Piauí. E-mail: annaflavia2203@gmail.com

³ Graduada em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho, advogada inscrita na OAB/PI sob o número 19.855, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Ademar Rosado em parceria com a Assembleia Legislativa do Estado do Piauí. E-mail: geisavieira5@gmail.com

INTRODUÇÃO

Neste presente artigo, será feita uma breve análise no tocante ao tema sobre violência de gênero, mais precisamente aquela que ocorre contra as mulheres transgêneras, que vivenciam uma série de dificuldades ao tentarem se inserir no seio social em suas mais diversas esferas.

Tal tema encontra-se em constante evolução, principalmente nos últimos anos, tendo em vista os pequenos êxitos alcançados por esta parcela da população, que mesmo ainda a passos exíguos, vem ascendendo aos poucos na conquista de seus direitos.

O tema violência de gênero comumente é abordado em conversas, debates e veículos de comunicação em massa, porém todos os assuntos que envolvem o referido tema, mantém suas trocas de ideias baseadas em experiências vividas por mulheres cisgêneras, algo que é imprescindível, contudo é importante atentar-se também para a violência que acontece contra pessoas que não se encaixam dentro da nomenclatura cisgênero.

A lei Maria da Penha, lei do Feminicídio, a existência de delegacias especializadas no atendimento à mulher, com profissionais capacitados e as demais legislações existentes no ordenamento jurídico brasileiro são mecanismos de alta necessidade, principalmente em um país onde acontecem tantos crimes brutais contra as mulheres.

Infelizmente mesmo com a presença de tantos recursos disponíveis para que se possa combater os crimes desta natureza, ainda assim todo o aparato existente não abarca todos os crimes que diariamente acontecem.

Um dos mais conhecidos regramentos presente na legislação brasileira é a Lei nº 11.340 de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que inovou no tocante ao tema, tendo em vista que trouxe mecanismos de prevenção e coerção contra as mais variadas formas de violência cometidas, sendo um dos dispositivos que está em consonância com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e outros tratados ratificados pela República Federativa do Brasil, que dispõem sobre medidas acerca do tema.

Além dos instrumentos necessários para repelir os crimes de violência contra a mulher, é essencial que exista um trabalho de acolhimento daquela vítima que sofreu violência ou grave ameaça, buscando preservar a integridade física e mental de alguém que se encontra consequentemente fragilizado, diante de uma situação sensível e delicada.

As medidas protetivas são meios preventivos, cabíveis em situações de ameaça ou quando já está ocorrendo agressão de fato, consistente em resguardar a vida da mulher, seu patrimônio, integridade sua e de seus filhos, com auxílio das autoridades competentes e também por complemento, ajuda de alguma pessoa próxima ou da família.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

Sabe-se que mesmo insuficientes no combate à violência contra a mulher e violência contra o gênero, é fundamental que a luta para obtenção de mais aparato e maior profissionalização de pessoas continue, com o objetivo de erradicar algo tão danoso na sociedade como um todo. A conscientização deve ser feita também dentro de um processo educacional, onde se busca moldar os valores para que estes possam progredir com o propósito de se construir uma sociedade racional e proporcionalmente sensível às adversidades que estão se perpetuando.

O presente artigo, em um primeiro momento, versará sobre a violência de gênero no ordenamento jurídico, tratando sobre o conceito de gênero, a Lei Maria da Penha e a violência de gênero sofrida por aqueles que não se enquadram na definição de cisgêneros.

Adiante, uma explanação acerca da aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres transgêneras e a violência doméstica a qual estão inseridas.

Ao final, apresentação sobre posicionamento do judiciário brasileiro sobre os casos de violência doméstica sofrida por mulheres trans, entendimento dos magistrados e uma breve explicação sobre transfeminicídio.

1. O REFLEXO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A legislação brasileira sempre sofreu influências de culturas de outros países, bem como da própria cultura. A história jurídica brasileira passou por muitas fases significativas tanto pelas várias Constituições que foram vigentes, como por leis esparsas que foram se moldando de acordo com as transformações geográficas, econômicas e culturais do país.

Os debates acerca de gênero podem ser considerados novidade dentro da legislação, pois foi apenas na década de 2000 que foram crescentes os avanços no tocante ao tema. O Brasil é um país que possui uma cultura marcadamente patriarcal, portanto durante o século XX as conquistas referentes aos direitos das mulheres ainda estavam passando por acentuadas transformações, sendo assim os debates referentes ao gênero eram praticamente inexistentes.

Não havia programações culturais, divulgação da grande mídia e nenhum incentivo para que quesitos acerca do tema direitos lgbt fossem tratados, tudo referente à homoafetividade era posto à margem da sociedade, como algo sujo e as denominações eram execradas e limitadas por grande parte da população.

Nas duas décadas mais recentes os progressos que dizem respeito à temática de direitos das mulheres e direitos aos mais diversos gêneros foram crescendo, infelizmente as melhorias que são feitas continuamente na legislação são, por vezes, reflexo de atos negativos que ocorreram, como morte de mulheres trabalhadoras por violência doméstica, patrimonial,

sexual e agressões nas mais diversas formas, que geraram uma grande comoção social a ponto de refletir no fortalecimento de políticas públicas e legislativas pertinentes aos casos.

A inclusão do feminicídio como circunstância qualificadora de crimes hediondos, indica que a violência motivada apenas pelo gênero, no caso fato de ser uma mulher, ainda é imensa causa de mortes no Brasil, que se encontra entre os países que mais violentam pessoas por razões de gênero, algo que reflete uma dolorosa realidade brasileira.

1.1 CONCEITO DE GÊNERO

De acordo com a explicação feita pela psicóloga Jaqueline Gomes de Jesus, o termo gênero se conceitua (JESUS, 2012):

Gênero se refere a formas de se identificar e ser identificada como homem ou como mulher. Orientação sexual se refere à atração afetivossexual por alguém de algum/ns gênero/s. Uma dimensão não depende da outra, não há uma norma de orientação sexual em função do gênero das pessoas, assim, nem todo homem e mulher é “naturalmente” heterossexual. O mesmo se pode dizer da identidade de gênero: não corresponde à realidade pensar que toda pessoa é naturalmente cisgênero. Tal qual as demais pessoas, uma pessoa trans pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que adota e do gênero com relação ao qual se atrai afetivossexualmente: mulheres transexuais que se atraem por homens são heterossexuais, tal como seus parceiros; homens transexuais que se atraem por mulheres também o são.

Com base no conceito acima, é possível perceber que há mais de duas distinções que, na maioria das vezes, preponderam, o masculino e o feminino, considerando-se a existência de apenas pessoas cisgêneras.

A presença das pessoas transgêneras deve ser validada de maneira equânime, da mesma forma que as pessoas cisgêneras, com o oferecimento de oportunidades de trabalho, lazer e inclusão social nos mais diversos setores coletivos, em igualdade de condições.

Cada pessoa tem uma identificação de gênero intrínseca a si, tal característica não desqualifica um ser humano a ponto de colocá-lo em uma posição menos merecedora de direitos e garantias que estão à disposição de uma coletividade.

Há de ser feita uma análise com base em pressupostos legais a todos, buscando não haver distinção por motivos de etnia, sexo, religião ou política, sendo estas de livre escolha, identificação e expressão pessoal.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

De acordo com reportagem divulgada no site da rede de comunicação BBC Brasil, as pessoas transgêneras são definidas como (BARIFOUSE, 2018):

Transgêneros são pessoas que não se identificam com seu sexo biológico. Pode ser um homem que se enxerga como mulher, uma mulher que entende como homem ou ainda alguém que acredita não se encaixar perfeitamente em nenhuma destas possibilidades.

O fato de uma pessoa não se encaixar de acordo com o sexo que nasceu, acarreta em um desconforto para o indivíduo, motivado por inúmeros fatores. O incômodo com a falta de harmonia entre corpo e alma que é sentido pela pessoa, o fato da possível não aceitação por parte da família e da sociedade e demais fatores relativos à saúde e acolhimento por aqueles que o cercam, poderá desencadear outros obstáculos a serem enfrentados, que poderiam ser evitados, com a conscientização de toda a população em prol de um entendimento mais abrangente sobre o tema.

1.2 LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha trouxe no ano de 2006 inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, mais especificamente do direito das mulheres. Tal regramento é reconhecido pela Organização das Nações Unidas como uma das três leis mais avançadas do mundo nesse segmento.

Além das medidas protetivas por si só, foram também estabelecidos os instrumentos necessários para proporcionar a efetivação concreta do dispositivo, como os Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, delegacias especializadas de atendimento à mulher e demais órgãos capazes de receber denúncias desta natureza.

A violência contra a mulher deixou de ser considerada uma infração de menor potencial ofensivo e passou a ter status de crime, sendo caracterizada de várias formas, como a violência psicológica, material, patrimonial, sexual e moral.

De acordo com o disposto no artigo 1º da referida lei, tem-se que (BRASIL, 2006):

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece

medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Punir a violência contra a mulher é indispensável, tendo em vista que, em grande parte das vezes, mesmo com a imposição da vítima diante do ocorrido, o mesmo volta a se repetir, gerando um ciclo violência que passa a acontecer por diversas formas, acarretando danos irreversíveis para a vida de uma mulher. O agressor passa a figurar como dono da vítima, deixando-a inerte defronte a situação, podendo esta circunstância contar com apoio até de pessoas próximas e familiares.

A Lei Maria da Penha não visa distinção sócio-econômica daquela mulher que seja vítima de agressão, sendo de acesso a todas as mulheres da sociedade, sendo assim (BRASIL, 2006):

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei Maria da Penha busca viabilizar completo amparo às vítimas de violência, garantindo-lhes direitos, como segurança, saúde, assistência, dentre outros, que se constituem como necessidades básicas à vida saudável de qualquer ser humano, mas que são arrancadas, no todo ou em parte, por um agressor.

Nos artigos seguintes da lei, esta dispõe sobre a configuração do crime, que ocorre por meio das seguintes ações (BRASIL, 2006):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Como é possível observar, a violência contra a mulher prevista na Lei Maria da Penha independe de coabitação, configurando-se através de agressões de diferentes naturezas, que, por vezes, tem apoio de familiares próximos.

Independente do grau de parentesco com a vítima, a violência restará comprovada, caso apresente os elementos necessários para que se comprove lesão ou dano contra a vítima.

As medidas de prevenção que visam coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher são válidas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, integrando a atuação de diversos órgãos como Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, a fim de promover ações sociais, campanhas educativas, assistenciais relativas à educação, saúde, segurança, e coleta de dados referentes ao tema.

Tais ações têm por intuito unificar as políticas de segurança e assistência à mulher em situação de vulnerabilidade devido a violência doméstica ou familiar, com o objetivo de proporcionar maior assistência a mulher.

No que diz respeito às medidas protetivas de urgência, o pedido da ofendida deverá ser comunicado aos órgãos competentes para que se tomem as medidas cabíveis. Como bem lecionam os artigos 19 a 21 da mencionada lei (BRASIL, 2006):

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de

maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

Parágrafo único. A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.

É importante a ação imediata dos órgãos envolvidos em casos dessa natureza, para que sejam eliminadas as circunstâncias que cerceiam a liberdade da mulher, com vistas a garantir além da efetiva proteção após o trauma, assistência posterior a ela e todos que estejam envolvidos direta ou indiretamente, dando a máxima celeridade para resgatar a vida de uma mulher.

1.3 VIOLÊNCIA DE GÊNEROS CONTRA TRANSGÊNEROS

Devido à desinformação e à cultura machista ainda fortemente enraizada na população brasileira, mesmo que o machismo não seja pertencente apenas ao Brasil, os índices de agressões contra pessoas transgêneras são constantes.

De acordo com matéria veiculada no site g1.globo.com, 80 (oitenta) pessoas transexuais foram mortas no primeiro semestre de 2021 no Brasil. Em complemento, a reportagem ainda cita (G1, 2021):

O relatório da Antra é feito a partir de reportagens e relatos de organizações **LGBTQIAP+**. A associação denuncia que não existem dados oficiais e, por isso, entende que o número de assassinatos entre janeiro e junho deste ano pode ter sido ainda maior.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

O Brasil se manteve em 2020 como **o país o que mais mata trans e travestis**: ao longo daquele ano foram **175 assassinatos**.

Desses, 100 foram contabilizados no 1º semestre, número inferior ao do mesmo período de 2021, mas Bruna entende que a comparação não é precisa, uma vez que a pandemia ainda não estava estabelecida no Brasil no início de 2020.

Segundo ela, os desdobramentos da crise com a Covid pioraram as condições de vida da população trans, sobretudo para quem vive da prostituição, caso da maioria das vítimas de assassinatos.

Neste 1º semestre de 2021, a **maioria das mortes violentas foi de mulheres trans/travestis negras**, um perfil que se repete ano a ano. Dois homens trans também foram vítimas, de acordo com a Antra.

Bahia, Ceará, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo seguem sendo os estados com o maior número de casos.

É possível notar que a conjuntura atual ocasionada pela pandemia de COVID-19 agravou a situação de uma considerável parte das pessoas transgênero, que se encontram, em sua maioria, em camadas mais marginalizadas da sociedade.

Muitas das mortes de pessoas transgênero acontecem por motivos fúteis ou torpes, fundamentados pelo agente causador do fato, com base em preconceito e repulsa, enraizados dentro deste, o que em grande parte dos casos não há viés lógico para tal conduta.

Os grupos e entidades ligados à defesa da causa buscam obter melhorias em sua luta, pois mesmo que as políticas proteção de direitos humanos, direitos lgbtqia+ e de direitos da mulheres existam, há uma insuficiência para a aplicação destes meios, e em contrapartida a presença também de grupos contrários às causas dessas camadas da população.

Em 2019 a Comissão de Constituição e Justiça aprovou o projeto de lei 191/17 que amplia o alcance da aplicação da Lei Maria da Penha, com o intuito de combater a violência contra pessoas que se identificam com o gênero feminino.

Na ocasião, a senadora Rose de Freitas, integrante do partido PODEMOS, do estado do Espírito Santo, afirmou (SENADO NOTÍCIAS, 2019):

Somos pela conveniência e oportunidade de se estender aos transgêneros a proteção da Lei Maria da Penha. De fato, já se localiza mesmo na jurisprudência decisões nesse exato sentido. Temos que efetivamente é chegado o momento de enfrentar o tema pela via do processo legislativo, equiparando-se em direitos todos os transgêneros.

Outros senadores se pronunciaram a respeito do tema durante a sessão legislativa, sendo ressaltado pelos participantes que o objetivo dessa maior abrangência não é apenas a proteção de direitos das mulheres, como também direitos de pessoas lgbtqia+ que se identificam com o gênero feminino.

Pelo fato de ser o país que mais mata pessoas lgbtqia+ no mundo, e que também está em uma posição elevada no ranking de países que mais violentam mulheres, iniciativas como essa se mostram relevantes diante do crescimento dessa natureza.

Até então, há de se buscar incessantemente soluções que se adequem a cada situação de cada mulher que passa por determinado tipo de agressão, com vistas a solidificar uma situação mais próspera para os anos seguintes.

2. PROTEÇÃO AOS TRANSGÊNEROS E A VIOLÊNCIA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

2.1 APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A Comissão de Constituição e Justiça, em sessão solene, debateu sobre a proposta de lei que visa ampliar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha à violência cometida contra pessoas transgênero que se identificam com o gênero feminino.

As pessoas lgbtqia+, de maneira geral, sofrem constantemente inúmeros tipos de violência, sustentadas pelo argumento do simples fato de se relacionarem com pessoas do mesmo sexo.

Tal justificativa é fundamentada, em boa parte das situações, por alegações de cunho religioso, político ou moral, visando desvalidar todo e qualquer relacionamento que não se encontre dentro de padrões que, por décadas, foram amplamente difundidos, no entanto o acesso à informação sobre o assunto permite com que justificativas ultrapassadas não sirvam como escusa para a explanação do que, regularmente se enquadra como discurso de ódio.

A Lei Maria da Penha prestará uma válida serventia ao estender seu alcance, tendo em vista que duas lutas se somam no combate de variadas formas de violência inadmissíveis, como se pode perceber nos artigos iniciais da Lei nº 11.340 de 2006, que diz (BRASIL, 2006):

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Como bem menciona o texto da Lei, independente de sexo, raça, cor, religião, o intuito é preservar a integridade da mulher como um todo. Pelo fato de a vigência da referida Lei ter sido iniciada a partir do ano de 2006, a temática acerca de diversidades de gênero e identificação de pessoas transgênero com o sexo feminino ainda não era explícita a um grande número de pessoas, algo que passou a ser mais estudado em anos mais recentes.

Ao fazer a leitura de dispositivos da Lei Maria da Penha, é possível vislumbrar a aplicação desta por analogia àquelas pessoas que se identificam com o gênero feminino, e não necessariamente nasceram com identidade de gênero cisgênera. Os caracteres biológicos não são fatores únicos determinantes para definir alguém como mulher, uma vez que esta é uma questão que vai além de aspectos físicos do corpo humano, bem como, questões ligadas a uma individualidade pessoal e social de um ser no mundo.

O que importa frisar é a aplicabilidade da Lei Maria da Penha e as diferentes constatações de mulheres, vez que essa Lei trata da histórica luta de igualdade entre os gêneros, na intenção de proteger a mulher no cerne do seu lar.

Dessa forma, a Lei nº 11.340/06 precisa ser atualizada a fim de constar as demais classes de mulheres que estão à margem da literalidade do texto legal.

A Lei Maria da Penha foi concebida para tutelar as desigualdades vivenciadas nas relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, entretanto, ainda que tenha dado ênfase à proteção da mulher, deixou de esclarecer de forma clara o conceito de mulher.

Já que a literalidade legislativa ignorou questões de gênero, restou ao poder judiciário, a tarefa de interpretar os casos de indivíduos com sexo biológico masculino, mas identidade feminina e que se encontram em situação de vulnerabilidade.

A proteção conferida pela Lei Maria da Penha estende-se também para travestis e mulheres transexuais. Ainda que seja necessária uma mudança na legislação para dar mais segurança jurídica à aplicação da lei, já existem vários casos onde as medidas protetivas foram concedidas para as pessoas trans.

Ademais, para as mulheres trans, a cirurgia de transgenitalização, popularmente conhecida como cirurgia de mudança de sexo, não é uma obrigação, pois a mudança de órgão sexual não é o entrave principal, visto que nem todo transgênero tem essa vontade, sendo essencial que seja reconhecida como mulher pela sociedade.

Salienta-se o teor do seguinte julgado,

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APLICAÇÃO DA LEI 11.340/06 (MARIA DA PENHA). VÍTIMA TRANSEXUAL. APLICAÇÃO INDEPENDENTE DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RECURSO PROVIDO.

1. Diante da alteração sexual, comportando-se a recorrido como mulher e assim assumindo seu papel na sociedade, sendo dessa forma admitida e reconhecida, a alteração do seu registro civil representa apenas mais um mecanismo de expressão e exercício pleno do gênero feminino pelo qual optou, não podendo representar um empecilho para o exercício de direitos que lhes são legalmente previstos.

3. Recurso provido. 20181610013827RSE - (0001312-52.2018.8.07.0020 - Res. 65 CNJ), 2ª Turma Criminal, Relator: Silvânio Barbosa dos Santos. Data de julgamento: 14/02/2019. DJE: 20/02/2019.

Seguindo a esteira de raciocínio,

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA.

1 O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil.

2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher.

3 Não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese.

4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha. 20171610076127RSE - (0006926-72.2017.8.07.0020 - Res. 65 CNJ), 1ª TURMA CRIMINAL, Relator: GEORGE LOPES. Data de julgamento: 05/04/2018. DJE: 20/04/2018.

Nessa toada, infere-se com precisão que a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada aos casos de violência doméstica praticada contra mulheres trans, vez que a Lei Maria da Penha não se

restringe ao conceito biológico de mulher, mas contempla o séquito que se identifica com o gênero feminino.

2.2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA TRANSGÊNEROS

A violência perpetrada contra transgêneros, em vários casos, inicia em casa, sendo cometida por agressores conhecidos das vítimas, como familiares, vizinhos e companheiros e envolvem casos de humilhação, ameaça, discriminação e agressão física.

As vítimas LGBTQIA+ precisam encarar a discriminação que sofrem, inicialmente, por parte de familiares, já que em diversos casos, os agressores usam como mecanismo de coerção sobre a vítima divulgar sua orientação sexual, desestimulando a vítima a procurar a polícia.

Em decorrência do preconceito ainda latente na sociedade, em conluio com a desinformação, as mulheres LGBTQIA+s encontram-se desestimuladas em buscar a devida proteção legal, ficando submissas as violações dos seus direitos e às diversas formas de agressão.

Nesse sentido (GUSMÃO; FONSECA, 2018),

[...] Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o pólo passivo a ação delituosa.

Dessa forma, as mulheres transexuais e travestis também são protegidas pela Lei Maria da Penha, merecendo proteção jurídica adequada às suas necessidades, como também merecem acolhimento e as benesses de medidas protetivas.

3. POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

3.1 ENTENDIMENTO DOS MAGISTRADOS

Em uma perspectiva geral, a Lei Maria da Penha amplia e confere celeridade à proteção estatal conferida às mulheres vítimas de violência doméstica, tendo como objetivo se sobressair ao grande número de casos de violência contra a mulher.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

Dessa forma, a Lei 11.340/2006 é voltada, em caráter específico, para proteção das pessoas do gênero feminino ou que se identifiquem com esse gênero, como travestis e transexuais.

O Judiciário tem conferido avanços nessa seara, uma vez que as decisões são duplamente positivas para os transgêneros, pois, além de servirem de proteção para essa população, que é bastante vulnerável à violência, elas equiparam os seus direitos ao de mulheres que nasceram com o sexo biológico feminino, reconhecendo-as igualmente como desse gênero.

Portanto, os operadores de direito passaram a interpretar em suas decisões a aplicação da lei também para gêneros que se identifiquem como sexo feminino. “Em função dessa referência, também passou a se reconhecer na Maria da Penha pessoas travestis e transexuais, já que as que têm identidade de gênero do sexo feminino estariam ao abrigo da lei. Esse alargamento ocorreu por parte da doutrina e da jurisprudência”, pontua Maria Berenice Dias (2016, sp)

3.2 TRANSFEMINICÍDIO

O transfeminicídio, também chamado de transfemicídio e travesticídio, é classificado como o assassinato sistemático de mulheres trans e travestis.

A pessoa trans luta para ser reconhecida por um gênero diferente do consignado ao nascimento, no entanto, para efeito de registros, é considerada homem quando morre, não sendo respeitado o gênero com que se identifica.

O processo de marginalização e exclusão das pessoas trans começa de forma bem prematura, assim que os primeiros sinais de que o indivíduo não segue os padrões de gênero começam a se manifestar.

Em inúmeros casos, quando as famílias percebem que o filho ou a filha não seguem um determinado padrão de gênero, como o desejo de usar roupas e brinquedos que não são convencionados para seu gênero, a solução encontrada para realinhar a cria é a violência e o constrangimento.

Nesse ínterim (BENTO, 2014),

Em uma tentativa preliminar de caracterizar o transfeminicídio cheguei a seis recorrências: 1) O assassinato é motivado pelo gênero e não pela sexualidade da vítima. Conforme sabemos, as práticas sexuais estão invisibilizadas, ocorrem na intimidade, na alcova. O gênero, contudo, não existe sem o reconhecimento social. Não basta eu dizer "eu sou mulher", é necessário que

o outro reconheça este meu desejo de reconhecimento como legítimo. O transfeminicídio seria a expressão mais potente e trágica do caráter político das identidades de gênero. A pessoa é assassinada porque além de romper com os destinos naturais do seu corpo-generificado, faz isso publicamente.

2) A morte ritualizada. Não basta um tiro fatal, ou uma facada precisa ou um atropelamento definitivo. Os corpos são mutilados por dezenas de facadas, por inúmeros tiros. Os corpos são desmembrados pelo peso do carro que o atropela várias vezes.

3) Ausência de processos criminais. Considerando que se trata de uma absoluta impunidade, pode-se inferir que há um desejo social de eliminação da existência trans com a convivência do Estado brasileiro.

4) As famílias das pessoas trans raramente reclamam os corpos. Não existe luto nem melancolia.

5) Suas identidades de gênero não são respeitadas no noticiário da morte, na preparação do corpo e no registro da morte. A pessoa assassinada retorna ao gênero imposto, reiterando, assim, o poder do gênero enquanto lei que organiza e distribui os corpos (vivos ou mortos) nas estruturas sociais.

6) As mortes acontecem em espaços públicos, principalmente nas ruas desertas e à noite.

Em junho de 2021, o país tomou conhecimento do caso de Roberta da Silva, mulher trans que teve 40% do corpo queimado por um adolescente no Centro de Recife.

Nesse ínterim (COUTINHO, 2021),

O crime aconteceu próximo ao Terminal de Ônibus do Cais de Santa Rita. Policiais militares passavam pela região, quando foram acionados pela população e encontraram a vítima com o corpo em chamas. Segundo a **Polícia Militar**, o adolescente tentou fugir e foi apreendido, sendo encaminhado para uma delegacia.

No boletim de ocorrência, ao qual o **G1** teve acesso, consta que testemunhas relataram à PM que um homem estaria com a vítima em um barraco de lona e teria ateado fogo a ela, tentando fugir em seguida. O jovem foi encontrado logo depois, correndo.

Ainda de acordo com o registro policial, a vítima não tinha documentos e mora na rua. Ela foi socorrida pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu) para o Hospital da Restauração.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

A manchete da notícia informou que Roberta foi vítima de tentativa de homicídio, entretanto, levando-se em conta as características já mencionadas, Roberta se enquadraria em transfeminicídio, já que faleceu em decorrência do grave estado de saúde (G1 PE, 2021).

Morreu, nesta sexta-feira (9), no Hospital da Restauração (HR), na área central do **Recife**, Roberta da Silva, a **mulher trans que teve 40% do corpo queimado por um adolescente**, no Centro, em 24 de junho. O óbito ocorreu às 9h, segundo a assessoria de comunicação da unidade de saúde.

Ainda de acordo com o HR, Roberta da Silva teve falência respiratória e renal. O quadro de saúde dela se agravou nas últimas horas. A equipe médica da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) realizou hemodiálise, mas a paciente não reagiu.

Cumprе mencionar que Roberta era moradora de rua e foi atacada enquanto dormia. Ao dar entrada no hospital, foi inicialmente internada na ala masculina, não sendo respeitada a sua identidade gênero.

Dessa forma, é fácil inferir que Roberta foi mais uma vítima de LGBTfobia, em especial, transfeminicídio.

Durante a pandemia, o ano de 2020 pontuou números crescentes de assassinatos de mulheres trans e travestis, além de um número maior de casos de violência doméstica.

Nessa esteira de raciocínio (FONTES, 2021),

Em meio à pandemia, o ano de 2020 registrou o maior número de assassinatos de mulheres transexuais e travestis desde o ano de 2017, quando começa a série histórica de pesquisas da Antra (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) e do IBTE (Instituto Brasileiro Trans de Educação). Segundo o Dossiê Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2020 divulgado nesta sexta-feira (29), Dia Nacional da Visibilidade Trans, foram 175 casos de transfeminicídios em todo o Brasil. O número superou o total de casos de 2019, que foi de 124 assassinatos.

...

As pessoas mais expostas à violência e as que mais vivenciam o processo de marginalização são as travestis e mulheres trans profissionais do sexo, que representam 72% dos transfeminicídios de 2020. A Antra observa que cerca de 77% dos casos os assassinatos foram com requintes de crueldade.

Uma justificativa para esse aumento seria a marginalização a que essas pessoas seriam submetidas, vivendo da informalidade e carentes de apoio estatal e do benefício de políticas públicas aptas a assisti-las.

3.3 TRANSFORMAÇÃO DA SOCIEDADE

As pessoas que são excluídas do contexto social necessitam de uma evolução não só legislativa, mas também de cunho social.

Essa evolução precisa acontecer dentro do próprio lar, vez que são comuns os casos de mulheres trans que não contam com o apoio da família, sendo, inclusive, vítimas de violência doméstica.

Apesar de algumas mudanças significativas, os transgêneros, em especial as mulheres trans, ainda se encontram desamparadas numa sociedade que ainda tem ojeriza em aceitá-las e acolhê-las.

A inclusão da mulher transgênera na Lei Maria da Penha representa um avanço considerável em prol de uma classe que sempre foi marginalizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do princípio que a Lei 11.340/06 possui importante função quanto à prevenção, punição e erradicação das várias formas de violência contra a mulher, observa-se a aplicabilidade dessa lei a todos aqueles que se reconhecem no gênero feminino.

Dessa forma, o reconhecimento das transgêneros femininas é essencial à identidade de gênero e a dignidade humana como sendo obrigatória em um Estado Democrático de Direito, sendo indispensável a aplicabilidade da Lei Maria da Penha para cercear violência contra transgêneros femininas.

Logo, visando uma reparação jurídica que seja inculpada na correta, é extremamente necessária a aplicação da Lei 11.340\06 às mulheres transgêneros tendo o Direito o dever de exercer o papel de proteção, de equidade e atendimento aos vulneráveis, não deliberando sobre uma interpretação restrita da lei nem tratamento discriminatório e degradante as mulheres e a todos aqueles que se entendem como sendo do gênero feminino.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARIFOUSE, Rafael. **Como ser transgênero foi de 'aberração' e 'doença' a questão de identidade**. Disponível em: [_https://www.bbc.com/portuguese/geral-44651428/](https://www.bbc.com/portuguese/geral-44651428/) Acesso em: 01/08/2021.

BENTO, Berenice. **BRASIL: o país do transfeminicídio**. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/noticias/brasil-o-pais-transfeminicidio/> Acesso em: 01/08/2021.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES TRANSGÊNEROS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

BRASIL. **Lei nº. 11.340, de 7 de Agosto de 2006.** Lei que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340 Acesso em: 01 de agosto de 2020.

Brasil teve 80 pessoas transexuais mortas no primeiro semestre de 2021, aponta associação. G1. Disponível em: <https://globo.globo.com/sociedade/celina/brasil-teve-80-pessoas-transexuais-mortas-no-primiro-semester-de-2021-aponta-associacao-25095225>. Acesso em: 01/08/2021.

COUTINHO, Katherine. **Mulher trans é alvo de tentativa de homicídio e tem 40% do corpo queimado; adolescente é apreendido por atear fogo nela.** Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/peernambuco/noticia/2021/06/25/mulher-trans-e-alvo-de-tentativa-de-homicidio-e-tem-queimaduras-em-40percent-do-corpo-adolescente-e-apreendido-por-atear-fogo-nela.ghtml>. Acesso em: 01/08/2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** São Paulo: Editora RT. 2007,p. 120.

GUSMÃO, Áklla T. R; FONSECA, Maria Fernanda S.. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA PARA TRANSGÊNEROS.VI **CONGRESSO EM DESENVOLVIMENTO SOCIAL**, Monte Carlos, p. 988-1005, ago. 2018.

FONTES, Elisa. Mesmo com pandemia, Brasil registra recorde de transfeminicídios em 2020. Disponível em: <https://ponte.org/mesmo-com-pandemia-brasil-registra-recorde-de-transfeminicidios-em-2020> / Acesso em: 01/08/2021.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **ORIENTAÇÕES SOBRE IDENTIDADE DE GÊNERO: CONCEITOS E TERMOS** Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2 Ed. Brasília. 2012. P. 12.

Morre mulher trans que teve 40% do corpo queimado por adolescente no Centro do Recife. G1 PE. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/peernambuco/noticia/2021/07/09/morre-a-mulher-trans-que-teve-40percent-do-corpo-queimado-por-adolescente-no-centro-do-recife.ghtml>. Acesso em: 01/08/2021.

Mulheres transgênero e transexuais poderão ter proteção da Lei Maria da Penha, aprova CCJ. SENADO NOTÍCIAS. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/mulheres-transgenero-e-transexuais-poderao-ter-protecao-da-lei-maria-da-penha-aprova-ccj/> Acesso em 01/08/2021.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal 20181610013827RSE - (0001312-52.2018.8.07.0020 - Res. 65 CNJ), 2ª Turma Criminal, Relator: Silvânio Barbosa dos Santos. Data de julgamento: 14/02/2019. DJE: 20/02/2019. Disponível em <<http://jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 20/07/2021.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal 20171610076127RSE - (0006926-72.2017.8.07.0020 - Res. 65 CNJ), 1ª TURMA CRIMINAL, Relator: GEORGE LOPES. Data de julgamento:

ANDRADE, Anna Flávia Santos de; VIEIRA, Geisa Carvalho

05/04/2018. DJE: 20/04/2018. Disponível em <<http://jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 20/07/2021.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19 ¹

Maria Luiza Borges Coelho Duarte Feitosa ²

Samara Nolêto da Silva ³

RESUMO: O Poder Judiciário vem, ao longo dos anos, desempenhando papel ativo na concretização das políticas públicas, especialmente no que pertine às políticas de saúde pública. Com a pandemia do Covid-19 surge um novo contexto fático no âmbito da judicialização do direito à saúde. Esta pesquisa foca nesse novo contexto através da análise de casos importantes inerentes a ele, como a ADI nº 6343 e a ADI nº 6586, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Para a elaboração do presente artigo foi utilizado o método dedutivo através de pesquisas bibliográficas por meio de artigos científicos, livros, jurisprudências e legislação sobre o tema. Diante disso, verifica-se que a saúde é concretizada pelo Estado através de políticas públicas, mas a demora no acesso aos serviços públicos de saúde ou a omissão do Poder Executivo em implementá-los é um grave problema enfrentado pela população brasileira. Com o surgimento do Covid-19 e o consequente aumento de casos no Brasil, ficou mais evidente a precariedade da saúde fornecida no país. Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a assumir um papel de destaque diante das dificuldades enfrentadas pela Covid-19, o que impõe a constatação de que apesar de a Constituição Federal de 1988 garantir serviços e ações de saúde como direito de todos e dever do Estado, a crise do Covid-19 revela que o direito à saúde é um ideal a ser perseguido e o Poder Judiciário se mostra eficiente para a concretização desse direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Covid-19. Judicialização.

¹ Recebido em 20/08/2021

Aprovado em 24/06/2022

² Graduada em Direito pelo Instituto Camilo Filho - ICF (2017). Graduada em Administração Pública pela Universidade Federal do Piauí – UFPI (2020). Advogada. Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário UNINOVAFAP, Pós-Graduada em Direito penal e processo penal pela OAB/ESA –PI e Pós-Graduada em Direito Constitucional e Administrativo pela OAB/ESA –PI -Floriano-PI; *e-mail*: marialuizafeitozaadv@gmail.com

³ Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina – CEUT (2014). Advogada. Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário UNINOVAFAP, Floriano-PI; *e-mail*: samara.noleto@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é um dos três poderes do Estado, sendo harmônicos e independentes entre si, que tem como competência interpretar as leis e aplicar o direito ao caso concreto.

Em relação às necessidades da sociedade, estas deveriam ser supridas pela legislação infraconstitucional e pela correta aplicação das políticas públicas, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) garante a todos direitos fundamentais. (BRASIL, 1988).

Dentre os direitos fundamentais, destacam-se os direitos sociais previstos no art. 6^o, da Constituição Federal de 1988, sendo a saúde incluída nesse rol. (BRASIL, 1988). Nesse sentido, a saúde pode ser objeto de demanda judicial, a fim de que seja prestada de forma efetiva, quando o Poder Executivo é deficiente na prestação das políticas públicas.

Com a pandemia do Covid-19, a prestação deficiente de políticas públicas de saúde tornou-se mais evidente, revelando que o gestor público não consegue garantir uma saúde de qualidade aos usuários dos seus serviços.

O objetivo deste artigo é analisar como as decisões judiciais estão interferindo no direito à saúde nesse momento de pandemia de Covid-19, tendo em vista que o Judiciário vem ganhando cada vez mais importância no cenário brasileiro, com sua atuação ativa.

Nesse sentido, para compreender essa situação e suas repercussões, o presente trabalho apresentará uma abordagem sobre a Covid-19 e a consequência da sua classificação como pandemia no início do ano de 2020.

Por conseguinte, analisará o fenômeno da judicialização da saúde através da abordagem de diversos doutrinadores acerca do tema e, por fim, uma breve análise de casos ligados a pandemia do Covid-19 que estão sendo apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em especial, a ADI nº 6343 e a ADI nº 6586.

Utilizou-se o método dedutivo através de pesquisa bibliográfica por meio de revisão de literatura de artigos científicos e livros, além de pesquisa de jurisprudências e análise de legislação sobre o tema.

Conclui-se que o Poder Judiciário atua, na verdade, no sentido do devido cumprimento da ordem constitucional e na medida do princípio da reserva do possível, isto é,

⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

a concessão de direitos sem que afete sobremaneira as finanças públicas ou outros direitos sociais igualmente importantes.

2 A PANDEMIA DO COVID-19

A globalização é uma realidade do mundo moderno. No entanto, além de vantagens, essa modernidade trouxe como consequência a rápida transmissibilidade de doenças transnacionais.

Nesse sentido, Ramos (2020, p.434-435) entende que:

Com as facilidades das viagens internacionais e a difusão do comércio em escala planetária, uma série de microrganismos podem ser rapidamente transportados, através de pessoas, animais, insetos e alimentos, de um país a outro e de um ponto a outro do globo.

Como exemplo, cita-se a proliferação da Covid-19, que atingiu escala mundial. A Covid-19 é uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus. A OMS começou a ser notificada, em 31 de dezembro de 2019, de vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China. Tratava-se de um novo tipo de coronavírus que não havia sido identificado antes em seres humanos.

Segundo informações obtidas no sítio da Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil (OPAS Brasil), já foram identificados sete tipos de coronavírus humanos: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV, MERS-COV e o novo coronavírus, que recebeu o nome de SARS-CoV-2, responsável por causar a doença Covid-19.

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Tal declaração representa o mais alto nível de alerta da Organização, segundo previsto no Regulamento Sanitário Internacional.

Em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi classificada como pandemia pela OMS. Essa classificação significa que a doença está presente em vários países e regiões do mundo.

Segundo Silveira *et al.* (2020, p. 7), a Covid-19 se difundiu através dos meios de transportes:

A disseminação internacional da Covid-19 ocorreu a princípio por intermédio da aviação comercial de passageiros, seguindo, primordialmente, a configuração e a lógica da hierarquia urbana, dos transportes aéreos e do arranjo populacional das cidades. Foi mais rápida e espacialmente mais

difusa/abrangente nas cidades mais populosas e nas capitais de países e de províncias.

Segundo a OPAS (2020), as pessoas infectadas começam a desenvolver os sintomas da Covid-19 no período de cinco a seis dias de exposição ao vírus, podendo variar de um a quatorze dias. Os sintomas mais comuns são febre, cansaço e tosse seca. Outras pessoas podem apresentar dores, congestão nasal, dor de cabeça, conjuntivite, dor de garganta, diarreia, perda de paladar ou olfato, erupção cutânea na pele ou descoloração dos dedos das mãos ou dos pés.

Qualquer pessoa pode ser infectada com a Covid-19. Mas as pessoas do grupo de risco, como idosos e pessoas com outros problemas de saúde, como pressão alta, problemas cardíacos e de pulmão, diabetes ou câncer, têm mais chances de desenvolverem um quadro grave da doença. (OPAS, 2020).

A pandemia do Covid-19 representa um dos maiores desafios da humanidade. Segundo informações do Ministério da Saúde, dados de 04 de abril de 2021, mostram que o Brasil possui 12.984.956 casos confirmados e 331.433 mortes pela Covid-19. Enquanto que no mundo já são 131.020.967 confirmados e 2.850.521 mortes pela doença, de acordo com dados da OMS.

O vírus causador da Covid-19 se espalha de forma rápida, através de contato direto, indireto por meio de superfícies e objetos contaminados e pelo contato próximo com pessoas infectadas através de secreções, como a saliva, que são expelidas quando uma pessoa tosse, espirra, fala ou canta. (OPAS, 2020).

As formas para evitar a contaminação são manter distância de pelo menos 1 metro das outras pessoas, lavar bem as mãos e ao espirrar ou tossir, cobrir a boca com lenço de papel ou cotovelo dobrado, além de usar máscara para evitar a contaminação. (OPAS, 2020).

O Brasil, semelhante a outros países, vem adotando medidas de enfrentamento ao surto de Covid-19. Em 6 de fevereiro de 2020, foi criada a Lei nº 13.979, que passou a disciplinar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019.

De acordo com Lamarão Neto, Teixeira e Ferreira (2021), a referida Lei ao decretar medidas governamentais como o isolamento social, a quarentena e o *lockdown* teve como objetivo conter a propagação do vírus pelo território brasileiro com o objetivo de salvaguardar a saúde e a vida dos cidadãos.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

Assim, segundo os estudos científicos, uma das características da Covid-19 é sua rápida disseminação. Diante disso, os Governos vêm adotando medidas não farmacológicas, como o distanciamento social, com o fim de reduzir os efeitos da epidemia.

No início da pandemia do Covid-19, como não existia vacina e/ou medicamento antiviral específico para prevenir ou tratar a Covid-19, os Governadores no Brasil adotaram a política de convencer a população a não sair de casa para evitar a velocidade de propagação da doença e o achatamento da curva de contágio. Em março de 2020 foram adotadas medidas drásticas, como o fechamento de escolas, universidades e instituições públicas e a adoção de teletrabalho em muitas empresas.

Há um ano desde o início da pandemia de Covid-19, os cientistas de todo o mundo desenvolveram vacinas no intuito de reduzir a doença, hospitalizações e mortes associadas à Covid-19. Em dezembro de 2020, algumas vacinas contra a Covid-19 receberam autorização para uso emergencial em alguns países, inclusive no Brasil.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No Brasil, a saúde passou a ser entendida como uma condição de qualidade de vida a partir da Constituição Federal de 1988, deixando de lado o entendimento anterior de ausência de doenças. O direito à saúde passou a ser garantido no seu art. 196⁵, como sendo um direito de todos e dever do Estado. (BRASIL, 1988).

De acordo com Araújo, Lópes e Junqueira (2020), a Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a saúde como direito de todos, ultrapassa a ideia anterior da restrição aos serviços de saúde apenas aos trabalhadores e estende a assistência a quem dela necessitar independentemente de qualquer condição.

No que se refere a competência, a Constituição Federal dispõe em seu art. 23, inciso II, que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a implementação de políticas públicas na área da saúde. (BRASIL, 1988).

O Sistema Único de Saúde (SUS) busca alcançar esse objetivo através dos princípios da equidade, universalidade e integralidade.

A equidade refere-se ao fato de que o Estado deve garantir a todos, igualmente, o acesso às ações e serviços de saúde. A universalidade é a possibilidade de que todos possam utilizar as ações e serviços de saúde conforme é garantido no art. 196, da Constituição Federal

⁵ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

de 1988. A integralidade é o conjunto de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema. (ARAÚJO; LÓPES; JUNQUEIRA, 2020).

No âmbito infraconstitucional, o Sistema Único de Saúde está disciplinado pela Lei nº 8.080/90 e Lei nº 8.142/90. O art. 4º, da Lei nº 8.080/90 define o SUS como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. (BRASIL, 1990).

Assim, o SUS foi criado para garantir, mediante políticas públicas sociais e econômicas, a redução do risco de doença e de outros agravos, além de permitir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Frise-se que o art. 199, da Constituição Federal de 1988, regulamenta a possibilidade de um sistema de saúde suplementar através da iniciativa privada, que dispõe no seu *caput* “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. (BRASIL, 1988).

No entanto, “70% da população brasileira não possui cobertura de saúde suplementar, dependendo exclusivamente do SUS, segundo dados do Ministério da Saúde”. (LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; FERREIRA, 2021, p.282).

Ainda, segundo Santana (2020), a OMS recomendava como suficiente a existência de 10 (dez) a 30 (trinta) leitos de UTI para cada 100 mil habitantes. No entanto, no Brasil:

o sistema privado contava com 35 (trinta e cinco) leitos (UTI) para cada 100 mil habitantes, enquanto o SUS possuía apenas 7 leitos (UTI) por 100 mil habitantes. Ademais, dos 460 mil leitos existentes no país, 50 mil eram de UTI, à época. Metade destes leitos de UTI estavam na rede privada, disponíveis para os 25% da população que pagam planos de saúde. (SANTANA, 2020)

A consequência é que muitos usuários do SUS não conseguem ver e ter seu direito à saúde, em suas mais diversas especificidades, satisfeitos devido aos custos e a reserva do financiamento possível em oposição com o mínimo existencial. (SILVA, 2020).

A judicialização da saúde é a atuação do Poder Judiciário, quando provocado por qualquer do povo, diante da falha do órgão responsável pela administração da saúde, em prestar qualquer tipo de assistência médica.

Segundo Lamarão Neto, Teixeira e Ferreira (2021, p.269), a judicialização da saúde caracteriza-se pela “apresentação de demandas em que se pretende, coercitivamente, impor

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

aos entes federativos e/ou suas autarquias e fundações a dispensação de determinadas tecnologias, como medicamentos, insumos, órteses e próteses, tratamentos e cirurgias”.

Em regra, o Poder Executivo definirá os programas para atendimento das necessidades públicas e a sua aplicação. Ocorre que, em relação às políticas públicas de saúde, Ramos (2020, p.439) cita um problema presente no meio social:

No que diz respeito a políticas de saúde pública, a história vem mostrando que o Poder Público busca transferir a responsabilidade das epidemias para a própria população e não promove políticas contínuas de prevenção à doença que continua a infectar um número alarmante de pessoas todos os anos.

Em contrapartida, diante da atual crise de saúde pública vivenciada mundialmente, o Judiciário vem decidindo grande número de questões envolvendo políticas públicas. O motivo de o Poder Judiciário assumir cada vez mais destaque, segundo Silva (2020), decorre do fato de o Estado não conseguir suprir as necessidades e anseios sociais para a garantia dos direitos constitucionalmente positivados.

Segundo Guimarães e Zacarias (2017, p.720) “o Poder Judiciário tem desempenhado papel ativo na vida institucional brasileira, assumindo a função do legislador e sobrepondo-se ao Poder Executivo”.

Neste sentido, a judicialização da saúde busca, através do Poder Judiciário, a garantia e a efetivação do direito à saúde.

Para Silva (2020, p.348), “com a pandemia do Covid-19 a ausência de estrutura e de políticas públicas no setor da saúde pública brasileira se tornou ainda mais latente, assim como os abismos e discrepâncias sociais”.

Os indivíduos têm instrumentos capazes de garantir a concretização dos direitos, nos casos em que o Estado deixa de cumprir o seu dever, passando a assumir o Poder Judiciário a missão de concretizar esses direitos.

Assim, percebe-se que essa atuação do Judiciário é a concretização do direito ao acesso à justiça garantido no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, que dispõe “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse sentido, o Judiciário não pode deixar de examinar as questões referentes às políticas públicas de saúde. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, como o magistrado não pode deixar de julgar o caso concreto, para se resguardar de qualquer crítica à sua imparcialidade, suas decisões são pautadas pelo princípio da fundamentação das decisões.

A fundamentação das decisões judiciais tem como objetivo a garantia da aplicação da lei, evitando-se assim a arbitrariedade do Poder Judiciário por meio da imparcialidade do juiz, afastando qualquer tipo de subjetivismo.

Nesse sentido, como bem argumenta Ramos (2020, p.434):

Embora tênue a divisão entre política e direito, uma decisão judicial jamais poderá ser qualificada como política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. O poder jurisdicional está limitado pelo princípio da fundamentação das decisões judiciais, mediante o emprego de uma argumentação racional e persuasiva, sob pena de nulidade. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto.

A fundamentação das decisões judiciais revela-se de grande importância, tendo em vista que o juiz possui autonomia para interpretar a norma de acordo com a Constituição Federal e seus princípios.

4 A ATUAÇÃO DO STF NA PANDEMIA

Em nível federal, o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de informar a sociedade e viabilizar o acompanhamento das ações perante a Corte relacionadas à pandemia do Covid-19, disponibilizou, em 27 de março de 2020, uma página na internet com o painel de ações do Covid-19. Assim, é possível acompanhar os dados atualizados de todos os processos em curso no STF em que existam pedidos relacionados à pandemia, além das principais decisões tomadas pelo Tribunal sobre o tema.

Em 11 de março de 2021, completou-se um ano do estado de pandemia reconhecido pela OMS. Em consulta realizada no dia 10 de abril de 2021, o painel das ações covid-19, mostra que foram distribuídos 8.039 processos sobre o tema e proferidas 9.864 decisões pelo STF.

Dentre as várias decisões sobre o tema, destacam-se dois julgamentos que foram importantes na Suprema Corte. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6343, que trata sobre a competência dos entes federativos na adoção de medidas sanitárias e de contenção à Covid-19 e a ADI nº 6586, que discutiu a obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19.

Em relação à ADI nº 6343, esta foi julgada pelo Tribunal Pleno, em 06 de maio de 2020, tendo como relator o Ministro Alexandre de Moraes. Tal julgado reforçou a

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a adoção de medidas sanitárias e de contenção à Covid-19, de forma a minimizar os impactos econômicos e sociais da doença.

Segundo o julgamento da ADI nº 6343, como a Constituição Federal de 1988, consagra como sendo comum a competência entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios em relação a saúde e concorrente no que se refere a competência para legislar, entre União, Estados e Distrito Federal na defesa da saúde, permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual, o Poder Executivo federal não pode interferir nas medidas adotadas pelos governos estaduais, distrital e municipais na contenção da propagação da Covid-19.

O STF, em termos de defesa e proteção à saúde, tem a tendência em reforçar a repartição de competência concorrente com base na autonomia entre os entes federados e na ausência de hierarquia entre eles, reafirmando o federalismo cooperativo. (REUMAO; AGRASSAR; KOURY, 2020).

A ADI nº 6586, que tem como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, foi julgada procedente em parte, em 17 de dezembro de 2020, e decidiu sobre a vacinação compulsória contra a Covid-19, prevista na Lei nº 13.979/2020.

O STF decidiu que os Estados podem estabelecer a compulsoriedade da vacinação e impor medidas restritivas ao cidadão que se recusar a se imunizar. Nesse caso, o entendimento foi de que, em situações excepcionais, o direito à saúde coletiva deve prevalecer sobre os direitos individuais. Entretanto, o Tribunal ressaltou que nenhum cidadão poderá ser levado à força para vacinação.

Os julgados acima se enquadram dentro do conceito de judicialização proposto no presente estudo, qual seja, ambos os julgamentos envolvem questões de alta relevância na área da saúde, e ainda, tratam da competência dos entes federados nessa área.

Segundo Correa e Farias (2020, p.74):

As decisões até aqui tomadas não foram de confronto com o Poder Executivo ou mesmo com o Poder Legislativo, muito pelo contrário; o que vem imperando nestas decisões é a ideia de que o Poder Executivo deve buscar implementar as orientações emanadas dos órgãos técnicos de saúde, da Organização Mundial de Saúde e do próprio Ministério da Saúde, ou seja, deve prevalecer o juízo técnico das autoridades administrativas competentes, deve haver respeito às diretrizes técnicas, aos dados e estudos técnicos e às diretrizes que a ciência e a comunidade científica têm produzido diariamente,

sendo que o ônus da política de combate a COVID-19 é do Poder Executivo, que é composto por membros democraticamente eleitos e que foram, pela vontade do povo, investidos em mandato eletivo.

Ramos (2020, p.440) defende a atuação do Poder Judiciário sob o argumento de que “diante da lacuna deixada pelo poderes Executivos e Legislativos na implementação de medidas de preservação da saúde e da vida frente à pandemia, o judiciário não pode se abster na proteção dos direitos fundamentais previstos na CF/88”.

Assim, diante da omissão dos outros Poderes, o Poder Judiciário passa a ter autorização para atuar no controle das políticas públicas. O Judiciário apenas atuaria de forma secundária, após resposta negativa da Administração Pública, pois a ofensa ao direito estaria configurada.

5 CONCLUSÃO

A judicialização da saúde ocorre quando as pessoas recorrem ao Poder Judiciário requerendo direitos referentes a essa área. Esse fenômeno tem assumido um papel importante no cenário atual, garantindo a preservação do direito à saúde e ampliando o acesso da população às questões sociais.

O gestor, ao elaborar as políticas públicas para atender às necessidades dos indivíduos, analisa as condições financeiras para implementá-las. E, no momento que o Judiciário é chamado para interpretar o direito e aplicá-lo ao caso concreto, essa limitação também deve ser analisada no momento da concessão ou não do direito.

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, sendo concretizada através de políticas públicas. O direito à saúde exige uma ação positiva do Estado e a sua judicialização é consequência da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo em prover o mínimo necessário para que os indivíduos tenham acesso a medicamentos ou tratamentos médicos que garantam a preservação da saúde.

A Constituição Federal de 1988 elegeu como dever prestacional do Estado serviços e ações de saúde, estando previsto no seu art. 196 como um direito de todos. (BRASIL, 1988).

No entanto, embora o direito à saúde tenha sido incorporado na Constituição Federal como um direito social fundamental, a crise do Covid-19 revela que mesmo após 30 (trinta anos) da promulgação do texto constitucional, o direito à saúde é um ideal a ser perseguido.

Ademais, pode acontecer de existir as políticas públicas, mas estas não estão sendo oferecidas de forma eficaz. Nesse caso, o indivíduo não pode ser punido pela ineficiência na

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

gestão das políticas públicas, passando o Poder Judiciário a ser competente para efetivar esse direito à prestação de saúde.

Além disso, as limitações da reserva não podem servir de fundamento para o Estado deixar de concretizar os direitos sociais, pois deve haver o respeito à proteção do núcleo essencial a fim de preservar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental.

Por fim, conclui-se que o Poder Executivo não pode deixar de garantir o direito social à saúde previsto na própria Constituição Federal como dever do Estado. A sua omissão legitima o Poder Judiciário a atuar nas políticas públicas de saúde para concretizar a garantia desse direito fundamental. Assim, apesar de a crise do Covid-19 revelar que a saúde pública é precária no Brasil, o Poder Judiciário se mostra eficiente para a concretização desse direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cynthia Pereira de; LÓPES, Éder Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. **Judicialização da saúde: saúde pública e outras questões**. 2. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=dxMcEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT22&dq=judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+sa%C3%BAde+covid&ots=b6bVeS5Hvg&sig=rCtLRK0MGeWRVApp_FLgHnKHoMs#v=onepage&q=judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%20covid&f=false. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília: DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#view. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Covid-19: painel coronavírus**. Brasília: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6586/DF**. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Vacinação compulsória contra a covid-19 prevista na lei 13.979/2020. Pretensão de alcançar a imunidade de rebanho. Proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis. Direito social à saúde. Proibição de vacinação forçada. Exigência de prévio consentimento informado do usuário. Intangibilidade do corpo humano. Prevalência do princípio da dignidade humana. Inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança, propriedade, intimidade e vida privada. Vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante. Compulsoriedade da imunização a ser alcançada mediante restrições indiretas. Necessidade de observância de evidências científicas e análises de informações estratégicas. Exigência de comprovação da segurança e eficácia das vacinas. Limites à obrigatoriedade da imunização consistentes na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais. Competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde e assistência pública. ADIS conhecidas e julgadas parcialmente procedentes. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Interessado: Presidente da República. Relator: Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443506/false>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6343/DF**. Constitucional. Pandemia do coronavírus (covid-19). As regras de distribuição de competências são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um estado de direito (arts. 1º e 18 da CF). Competências comuns e concorrentes e respeito ao princípio da predominância do interesse (arts. 23, II, 24, XII, e 25, § 1º, da CF). Cautelar parcialmente concedida. Requerente: Rede Sustentabilidade. Interessado: Presidente da República. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Alexandre de Moraes, 06 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436409/false>. Acesso em: 29 mar. 2021.

CORREA, Arícia Fernandes; FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Pandemia e judicialização da crise: a necessidade de diálogo institucional e da observância da medicina baseada em evidências. **Revista da ESDM**, Porto Alegre, v. 6, n. 12, p. 67-83, 2020. Disponível em: <http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/148>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Fabiana. O Poder Judiciário e a concretização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 5., 2017, Ribeirão Preto. **Anais [...]**. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2017. p.719-733. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/926/962>. Acesso em: 19 abr. 2021.

LAMARÃO NETO, Homero; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza; FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. Políticas públicas, judicialização da saúde e o período pós-pandemia. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v.9, n.1, p.265-294, 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/883>. Acesso em: 28 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Folha informativa - covid-19: doença causada pelo novo coronavírus**. Disponível em:

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 11 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Painel do Coronavírus da OMS (COVID-19)**. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

PAINEL de ações covid-19. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 10 abr. 2021. Disponível em:

<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 10 abr. 2021.

RAMOS, Patrícia Monteiro. Judicialização da pandemia do coronavírus (covid-19) no Brasil. In: ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiros da Silva de, NOGUEIRA, Sandra Vidal, SILVA, Samara Taiana de Lima, SANTOS, Walkyria Chagas da Silva (org.). **Direito: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro, 2020. v. 1. Disponível em: https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO_DIREITO_PASSADO_PRESENTE_E_FUTURO_VOL1.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

REYMAO, Ana Elizabeth Neirao; AGRASSAR, Hugo José de Oliveira; KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A competência constitucional legislativa concorrente em meio às crises causadas pela covid-19 e a interpretação dada pelo STF no julgamento da medida cautelar na ADI 6341. **Revista Meritum**, v. 15, n.2, p.292-307, 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7942>. Acesso em: 28 abr. 2021.

SANTANA, Adriana Matiuzo. O desafio dos gestores: quantos leitos de UTI a pandemia requer?. **Instituto Butantan**, 20 de maio 2020. Disponível em: <https://coronavirus.butantan.gov.br/ultimas-noticias/o-desafio-dos-gestores-quantos-leitos-de-uti-a-pandemia-requer>. Acesso em: 28 abr. 2021.

SILVA, Larissa Borsato da. Judicialização da saúde e a pandemia da covid-19. In: ASENSI, Felipe (org.). **Conhecimento e multidisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. p. 335-356. Disponível em: <https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2021/01/01-livro-Conhecimento-e-multidisciplinaridade-vol1-CMPA-2020-3.pdf#page=335>. Acesso em: 28 abr. 2021.

SILVEIRA, Márcio Rogério; FELIPE JUNIOR, Nelson Fernandes; COCCO, Rodrigo Giraldi; FELÍCIO, Rafael Matos; RODRIGUES, Lucas Azeredo. Novo coronavírus (sars-cov-2): difusão espacial e outro patamar para a socialização dos investimentos no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 22, p. 1-36, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbeur/v22/2317-1529-rbeur-22-e202024.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BIODIREITO E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS FUNDAMENTAIS¹

Lirton Nogueira Santos²

RESUMO: O grande desafio do século XXI será desenvolver uma bioética e um biodireito que resgate e valorize a dignidade da pessoa humana, ao considerá-la como paradigma biomédico humanista. Considerando-se que o genoma humano é patrimônio de toda a humanidade, destaca-se a necessidade de criação de referenciais bioéticos universais que garantam a dignidade, a biossegurança e a vida humana. Discute-se os princípios bioéticos sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro vigente à luz dos princípios fundamentais da bioética e do biodireito. Finalmente, analisa-se os aspectos da Constituição brasileira como compromisso maior dos dilemas bioéticos.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética. Biodireito. Biotecnologia. Dignidade Humana.

¹ Recebido em 20/08/2021

Aprovado em 28/06/2022

² Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz de Direito e Professor da Universidade Estadual do Piauí- Campus Clóvis Moura em Teresina-PI. E-mail: lirtonnogueira@bol.com

1. INTRODUÇÃO

Hoje, a humanidade defronta-se com a inclusão de múltiplas maneiras de inovações científicas, principalmente na área da genética em curtíssimo espaço de tempo.

Cabe ao microssistema do Biodireito orientar o desenvolvimento acelerado das novas técnicas de reprodução assistida, atendendo sempre à proteção dos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana. A simples observância e respeito aos direitos personalíssimos, presentes em quase todas as cartas constitucionais dos países do Ocidente, e do mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, por si só, já exclui uma série de experimentos científicos que brincam com a vida do homem.

Diversas são as inadequações que afloram, pairando ainda muitas dúvidas, até mesmo por parte dos especialistas envolvidos, sobre as barreiras éticas e jurídicas existentes ou em potencial.

Fundamentalmente, há o receio do descontrole, sobretudo ético, prejudicando a pessoa em sua individualidade e dignidade sagradas, não a concebendo como sujeito, mas apenas como objeto, o que externava realmente a sua coisificação.

O objetivo deste estudo é expor alguns dos principais problemas derivados do progresso da ciência – em particular a clonagem humana - seguindo os princípios bioéticos da autonomia, da justiça distributiva e da beneficência; e também examiná-los, levando em conta um dos princípios fundamentais existentes em nossa Constituição: a dignidade da pessoa humana.

2. O DESENVOLVIMENTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO EM FACE DAS TRANSFORMAÇÕES BIOTECNOLÓGICAS ATUAIS

Hoje, a humanidade defronta-se com a inclusão de múltiplas maneiras de invocações científicas, principalmente na área da genética em curtíssimo espaço de tempo.

Caberá ao microssistema do Biodireito orientar o desenvolvimento acelerado das novas técnicas de reprodução assistida, atendendo sempre à proteção dos direitos da personalidade e à proteção à dignidade da pessoa humana. A simples observância e respeito aos direitos personalíssimos, presentes em quase todas as cartas constitucionais dos países do Ocidente, e do mencionado princípio da dignidade da pessoa, por si só, já exclui uma série de experimentos científicos que brincam com a vida do homem.

Quando se está fazendo referências a pesquisas que envolvem modificações de espécies, principalmente a engenharia genética, a população em geral e a comunidade

BIODIREITO E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS FUNDAMENTAIS

científica, levantam inquietudes que além de indagar moralmente essas pesquisas, as colocam sob um intenso debate, visando pôr limites éticos a essas atividades.

Dessa forma, ante a possibilidade de se colocar limites éticos à pesquisa que envolve seres vivos, se diz que está diante de uma ciência nova chamada pelo nome de “bioética”.

Se procurarmos o verbete *bioético* num dicionário ou enciclopédia, teremos, provavelmente, a desagradável surpresa de não o achar. Trata-se de um conceito novo. O neologismo *bioético* foi cunhado e divulgado pelo oncologista e biólogo americano Potter (1911-2001) no seu livro *Bioethics: bridge to the future*, onde na contracapa, podemos ler.

Esta nova ciência, bioethics, combina o trabalho dos humanistas e cientistas, cujos, objetivos são sabedoria e conhecimento. A sabedoria é definida como o conhecimento de como usar o conhecimento para o bem social. A busca de sabedoria tem uma nova orientação porque a sobrevivência do homem está em jogo. Os valores éticos devem ser testados em termos de futuro e não podem ser divorciados dos fatos biológicos. Ações que diminuem as chances de sobrevivência humana são imorais e devem ser julgadas em termos do conhecimento disponível e no monitoramento de parâmetros de sobrevivência que são escolhidos pelos cientistas e humanistas.

O sentido do termo bioética tal como é usado por POTTER é diferente do significado do mesmo termo hoje atribuído. O teórico usou o termo para se referir à importância das ciências biológicas na melhoria da qualidade de vida; quer dizer, a bioética seria, para ele, a ciência que garantiria a sobrevivência no planeta.

Potter pensar a bioética como uma ponte entre a ciência biológica e a ética. Sua intuição consistiu em pensar que a sobrevivência de grande parte da espécie humana, numa civilização decente e sustentável, dependia do desenvolvimento e manutenção de um sistema ético.

Nascida há quase três décadas, a bioética mescla os avanços tecnológicos na área da saúde ao Direito, à moral e é fonte de questionamentos novos, propondo às vezes novas sugestões. São várias as correntes de estudo da bioética. Há os que se baseiam exclusivamente nos princípios; outros se baseiam na finalidade; e há ainda outra corrente que entremeia meios e finalidade com base em princípios.

A evolução do pensamento tem acompanhado a acelerada dinâmica. Há mais ou menos um século não se programava a natalidade com a facilidade que se programa hoje. Também, o momento do nascimento era tão imprevisível quanto o da morte. Hoje os

nascimentos são corriqueiramente conhecidos antecipadamente e a morte começa a ser questionada. Assim, da programação do nascimento questiona-se a eventual possibilidade de controlar o óbito.

A bioética nasceu do esforço da integração da ética, dos costumes, da conduta de vida, às ciências biológicas e da saúde, apoiando-se numa corrente filosófica de princípios, de valores tradicionais para, a partir deles, procurar soluções novas, novas filosofias para o enfrentamento dos desvios do desenvolvimento desumano da tecnociência.

A bioética (1971) de etimología – vida, ética – *ethos* – que significa *morada do ser*, surgiu ainda no mundo ocidental no apagar das luzes do século XVIII. Ela não nasceu com esse nome, mas como uma ideia, uma filosofia moderna de democracia participatória. Nasceu como resposta à incapacidade do paradigma médico-biológico dominante de encontrar respostas plausíveis às exigências pós-modernas de qualidade de vida, num contexto predominantemente pluralista como o da saúde.

Escassos são os conhecimentos sobre esta disciplina, notadamente no seu desenvolvimento conceitual e normativo.

Entende-se por bioética, enfim, a maneira de regulamentação das novas práticas biomédicas envolvendo três categorias de normas deontológicas, jurídicas e ética, que exigem comportamento ético nas relações da biologia com a medicina e o direito.

Trata-se, como se nota, de uma nova reflexão, de um novo perfil de pesquisa com expansão bastante acelerada e em processo crescente de descobertas, embora se defronte continuamente com complexos e inesperados problemas resultantes de uma sociedade pós-industrial, que se ocupa dos chamados direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa que permitirá manipulações no patrimônio genético de cada indivíduo. Seu objetivo, que forma o pano de fundo do estudo, deve, portanto, preocupar a todo cidadão.

A propósito, merece atenção a opinião de Sanvito (1999, p.2) sobre o assunto em debate:

A tecnociência está presente em nosso cotidiano e insinua-se até em nossas maneiras de calcular e de pensar (computadores), de fazer amor (pílula anticoncepcional), de dar a vida (fertilização *in vitro*) ou de administrar a morte (tanatotecnologia). A explosão das biotecnologias semeia confusão e conflitos. A tendência é confundir o homem e o animal, o ser vivo e a máquina, o homem e a mulher, a reprodução e a filiação, o pai e a mãe, o desenvolvimento tecnocientífico e o progresso. E agora, no fim do século, os

BIODIREITO E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS FUNDAMENTAIS

cientistas estão chegando perto da clonagem humana que, se consumada, provocará transformações profundas e imprevisíveis na sociedade.

Com relação à bioética, há necessidade de primeiro situá-la dentro do direito e delimitar o que seria interessante ao mesmo. O referido tema passou pela discussão da biologia (estudo da vida, em suas mais variadas manifestações) e a ética (a ciência do comportamento humano, num sentido mais simples); a fusão das duas ciências, fez nascer o que hoje se denomina “bioética”.

Para falar sobre o tema, estudiosos das mais variadas ciências (v.g. medicina, direito, teologia, filosofia, biologia, etc), estudam e debatem sobre valores morais e conceitos éticos; buscam, sem chegar a um consenso, explicar o que seria esta nova ciência dentro de cada área de atuação e como se deve lidar com os avanços trazidos por ela, assim chegando a erigir princípios sólidos para uma sensata convivência entre o progresso científico e tecnológico e, no que diz respeito ao direito, às leis.

Segundo Diniz (1998, p.416) bioética é:

O estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar se é lícito aquilo que é científico e tecnicamente possível. A bioética não pode ser separada da experiência efetiva dos valores da ‘vida’, ‘dignidade humana’ e ‘saúde’, que são inestimáveis.

Daí ocupar-se, por exemplo, de questões éticas atinentes ao começo e fim da vida humana, às novas técnicas de reprodução humana assistidas, à seleção de sexo, à engenharia genética, à maternidade substitutiva etc. Em suma, é o estudo sistemático do comportamento humano, sob a luz dos valores e dos princípios morais, na área da vida e dos cuidados da saúde”

Para Pessini (1994, p.30), bioética é: “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais”.

Atualmente, podemos dizer que a bioética trata da vida da natureza, da flora, da fauna e da vida humana, à luz dos valores humanos aceitos em uma sociedade democrática, pluralista, secular e conflitiva.

O conflito, no entanto, parece ser interessante à maioria desses temas e multiplica-se com o desenvolvimento das técnicas relacionadas com as ciências biomédicas, daí a importância da formação de todas as pessoas e do surgimento de Leis fundamentadas e do respeito ao bem-comum.

Também podemos referir-nos à bioética como sendo: “um estudo interdisciplinar,

ligado à Ética, que investiga, na área das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular”.

O nascimento e o desenvolvimento de uma reflexão bioética está, portanto, intimamente relacionada com o avanço das ciências biomédicas, sobretudo no que se refere à verificação de duas importantes revoluções observadas neste domínio: a revolução terapêutica e a revolução biológica.

A primeira, segundo ensina Bernard (1994,p.7), começa em 1936 com o desenvolvimento das sulfonamidas e dos antibióticos, permitindo vencer a tuberculose, a sífilis e as septicemias, quando a necessidade de experiências com os medicamentos exigia condutas como a formação de grupos de doentes que recebiam a nova droga e outros grupos de parâmetro, para comparação de dados, os quais recebiam placebo, para estabelecimento dos efeitos do tratamento proposto, procedimento este que prosseguia até o alcance das cifras antecipadamente previstas, ainda que, no curso do experimento, vários pacientes faleceram ou o medicamento se mostrasse, desde logo, ineficiente, tudo em nome do rigor científico que se pretendia atingir. Um método, nas palavras do professor parisiense, ao mesmo tempo moralmente necessário e necessariamente imoral.

A segunda revolução, a biológica, iniciou-se com a descoberta do código genético e de leis básicas que regem a formação da vida inspirando o conceito de patologia molecular, que perpassa todo o conhecimento médico moderno.

A bioética ocupa-se, principalmente, dos problemas éticos referentes ao início e fim da vida humana, dos novos métodos de fecundação, da seleção de sexo, da engenharia genética, da maternidade substitutiva, das pesquisas em seres humanos, do transplante de órgãos, dos pacientes terminais, das formas de eutanásia, entre outros temas atuais.

Convém salientar que a bioética não possui novos princípios éticos fundamentais. Trata-se da ética já conhecida e estudada ao longo da história da filosofia, mas aplicada a uma série de situações novas, causadas pelo progresso das ciências biomédicas. A bioética é a resposta da ética aos novos casos e situações originadas da ciência no âmbito da saúde. Pode-se definir a bioética como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas referentes à vida, saúde e morte do ser humano.

Há nela uma esperança de um resgate do ético para o direito e para as ciências ligadas à biologia. Ao se trazer a preocupação ética para o centro, evidentemente procura uma dimensão do ser humano postergada a uma disciplina isolada.

BIODIREITO E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS FUNDAMENTAIS

Entretanto, essa recuperação pode ser insuficiente. Talvez para recuperar ou alcançar a verdadeira dignidade do ser humano seja necessário mais que uma nova disciplina, um novo continente de estudos, mais que um campo interdisciplinar, e sim uma nova unidade de toda a ciência. Com este encaminhamento chega-se a duas vertentes de leitura: uma pela crítica epistemológica ao positivismo científico, e outra, por alguma reflexão sobre textos de psicologia.

A bioética questiona isso. Não é mais possível crer que todo conhecimento científico deve ser buscado e aplicado sem maior consideração quanto ao respeito e a dignidade de todos os seres vivos objeto de uma pesquisa ou técnica desenvolvida pela ciência.

Os processos de procriação assistida, artificial, em seres humanos têm os seus resultados positivos; a felicidade proporcionada é estampada, em deliciosos artigos de revista fazendo crer que a ciência permite a realização dos nossos desejos mais íntimos e essenciais. Todavia, existe um outro lado: o lado da frustração, de dor e ansiedade que esses procedimentos têm proporcionado, justamente porque a ciência, os cientistas têm esquecido o estudo da ética, da filosofia e da deontologia no processo de procriação artificial.

Nesta perspectiva a ciência tem sido responsável por muitas contradições, justamente por não se envolver profundamente com questões metafísicas. No direito, a questão da paternidade é uma das mais afetadas por isso. Revoltam-se os melhores estudiosos do direito de família com que o exame de DNA seja um dos critérios de definição da paternidade: juridicamente os laços de paternidade não são apenas biológicos, genéticos.

De fato, não são, mas também essas pessoas sensíveis estão a se esquecer de que se não pode ser apenas biológico, e ao que parece os seus argumentos fundados na melhor doutrina estão corretos, também não podem ser apenas sociais, afetivos, morais ou jurídicos, necessitando ser tudo isso e também biológicos.

Mas o grande problema da ciência é que realmente não se trata apenas de unir os mais inúmeros e diversos pontos de vista, mas sim adotar um ponto de partida mais unitário. Isso não é só uma questão de método de pesquisa, é na verdade uma questão de concepções iniciais, mais adequadas a toda integridade do ser humano.

A disparidade existente entre as opiniões morais sobre temas básicos, como são todos aqueles relacionados com a vida e a morte, evidencia o pluralismo moral da sociedade hodierna. De outro lado, devemos concordar que não há normas únicas para resolver as diversas situações que se possam apresentar. No caso de uma criança recém-nascida, com síndrome de Down e, fístula tráqueo-esofágica, podem ser dadas e justificadas opiniões

diferentes sobre o tratamento ou destino a serem outorgados à mesma. O importante, no caso anterior, como em todos os casos que se apresentem como conflitantes, é tentar conciliar as melhores soluções. A bioética procura, de maneira racional e pactuada, resolver os problemas biomédicos, decorrentes de visões diferentes dos mesmos, depois da consideração de princípios e valores morais. O desenvolvimento da bioética exige a atitude reflexiva que descobre se é o homem ou a mulher que usa a ciência ou se, contrariamente, são por ela usados.

A bioética precisa, portanto, de um paradigma de referência antropológico-moral que, implicitamente, já foi colocado: o valor supremo da pessoa, da sua vida, liberdade e autonomia. Esse princípio, porém, às vezes parece conflitar com aquele outro, relativo à qualidade de vida digna que merecem ter o homem e a mulher. Nem sempre os dois princípios se amoldam perfeitamente sem conflitos, no mesmo caso. Sabemos por experiência que, em determinadas circunstâncias, não é fácil tomar uma decisão. Constitui uma tarefa da bioética fornecer os meios para fazer uma opção racional de caráter moral referente à vida, saúde ou morte, em situações especiais, reconhecendo que esta determinação terá que ser dialogada, compartilhada e decidida entre pessoas com valores morais diferentes.

3. PRINCÍPIOS BIOÉTICOS FUNDAMENTAIS

Desde Hipócrates, a Medicina tem procurado desenvolver uma prática baseada no conhecimento científico. A busca de decisões é totalmente dependente das referências utilizadas para definir o que é certo ou errado e o que é bom ou mau.

São diversas as correntes na área da biociência, podendo ser reunidas em diferentes modelos de análise teórica, quais sejam: principialistas; libertário das virtudes; casuística; fenomenológico e hermenêutico; narrativo; do cuidado; do direito natural; contratualista; antropológico personalista. Todas essas correntes são importantes, na medida em que as dimensões da moral não podem ser estabelecidas por apenas uma perspectiva orientadora. Todos os modelos acima relacionados com suas inevitáveis limitações, apontam para um mesmo objetivo: a consagração e preservação da dignidade humana.

Uma introdução ao conteúdo da bioética não pode prescindir de uma breve explicação dos princípios básicos que compõem a sua estrutura reguladora. Quando em 1977 a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, criada pelo Congresso dos Estados Unidos, iniciou suas reuniões, teve que elaborar alguns princípios gerais que permitissem resolver os casos apresentados e que, ao mesmo tempo, fossem aceitos pela maioria. Esses princípios constituem uma parte do conhecido

BIODIREITO E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS FUNDAMENTAIS

Belmont Report, publicado pela Comissão em 1978.

O principialismo, modelo a ser seguido por nós, é, certamente, um dos mais divulgados modelos de análise bioética. Beauchamp e Childress, que se situam na origem desta corrente, propõem a existência de quatro princípios norteadores da ação que se quer boa e justa. São eles: o princípio da autonomia, beneficência, não-maleficência e o da justiça. Estes princípios não têm uma hierarquização *a priori*. São válidos *prima facie*. Em caso de conflito, é a situação que indica o que deve ter precedência.

Apesar das inúmeras críticas que lhe foram feitas, alguns autores continuam defendendo o principialismo como guia preferencial do processo decisório na prática biomédica. Na medida em que não estabelece normas ou regras absolutas para a conduta moral, nem elimina conflitos, o principialismo forneceria orientações flexíveis para a busca de soluções aos dilemas éticos que permeiam a medicina.

Os princípios da autonomia, da beneficência e da justiça ou equidade expressam, respectivamente, os pontos de vista do paciente, dos provedores de cuidados de saúde e da sociedade. Entretanto, por menos passível de contestação no parecer de cada um deles, o seu conjunto não parece funcionar adequadamente para orientar as decisões concretas que precisam ser tomadas. Há conflitos potenciais e reais entre eles, que parecem requerer o apelo a alguma instância superior de divisão para serem arbitrados.

A Ética Profissional traz, no seu bojo, histórias de respostas e fórmulas preestabelecidas para os conflitos, com base, essencialmente, nos denominados códigos de ética profissional. Já a bioética se caracteriza por uma análise dos conflitos, a partir de uma Ética, que permite a mediação e solução pacífica das diferenças.

Assim, o papel da bioética não é obrigatoriamente a resolução de conflitos, mesmo porque, no nosso entendimento, existem conflitos que não são solucionáveis sob a ótica de uma Ética, que se queira universal.

O direito à vida, que é devido a todo indivíduo, implica o direito a ter assegurados pela sociedade todos os recursos médicos sofisticados disponíveis no mundo, a qualquer custo? Deve-se, em termos de equidade ou justiça distributiva, “dar a cada um conforme a sua necessidade”, ou “dar a mesma coisa para todos”? Quem define a necessidade de cada um? Diante dos tão apregoados recursos escassos, como estabelecer critérios para a seleção de seus beneficiários? Como evitar que as preferências, valores e preconceitos do corpo médico ou dos administradores influem nessas decisões?

Em nome da autonomia todos deverão pagar a conta das escolhas de alguns ou certos comportamentos, embora não proibidos, devem onerar diretamente aqueles que os

assumem? Acerca desse questionamento, discorre com muita propriedade Lepargneur (1996, p.134):

A conclusão é óbvia: nenhum princípio esclarece sozinho uma orientação ética. O problema do agir moral, em situações delicadas, é, pelo contrário, o da escolha entre princípios que aconselham vias diversas e, amiúde, opostas. Estamos, já longe da problemática simplista de obedecer ou não a um princípio que monopoliza o dever. O trabalho de discernimento aqui evocado corresponde àquilo que outrora se chamava casuística (complementada como veremos, pela operação da virtude de prudência). É utópico pensar que a bioética possa usar um conjunto de princípios predeterminados, dispensando as dificuldades tradicionais da casuística. Em nosso terreno, a nova casuística chama-se precisamente 'bioética.

A *pólis* grega costuma ser a referência quando se pensa em um exemplo histórico que se aproxime do modelo de uma forma de vida caracterizada pelo consenso ético-social. O importante, nesse modelo, não é a ausência de conflitos, de injustiças ou de frustrações. O que importa é que, sejam quais foram as formas de enfrentar tais inconvenientes, essas formas são socialmente aceitas e não geram, por sua vez, novos conflitos de mesmo nível. Na *Grécia antiga*, a *natureza* era a instância a que se remetia em último recurso, e o conhecimento a chave que permite interpretá-la.

Na *sociedade moderna*, a autonomia do indivíduo e o pluralismo religioso, político e moral passaram a ser reconhecidos como ideal de sociabilidade. Através de diversos movimentos e fatores convergentes – da incorporação das idéias judaico-cristãs de dignidade da pessoa e de sentido progressivo da história à ascensão de uma burguesia que valorizava mais a iniciativa individual do que a ordem feudal estabelecida – assistiu-se ao progressivo descobrimento e afirmação dos direitos humanos.

O desafio para a nova (bio) ética dos novos tempos está em favorecer essas forças, que apontam para a constituição de um novo tipo de comunidade onde o consenso não exclui a diferença e nem mesmo o conflito. Reconhecer que nem todos os conflitos legítimos são conciliáveis é renunciar ao ideal da verdade, do bem ou da razão supremos, e contentar-se com o difícil e precário equilíbrio possível.

3.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Semanticamente, “autonomia” vem do grego *autonomia*, palavra formada pelo adjetivo pronominal *autos* que significa “si mesmo”, “ele mesmo e não um outro” e *nomos* –

BIODIREITO E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS FUNDAMENTAIS

que significa “compartilhamento”, “lei do compartilhar”, “lei”, “convenção”. Neste entendimento, autonomia significa propriamente a competência humana em “dar-se suas próprias leis”;

Filosoficamente, “autonomia” indica a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual quer se submeter. Seu antônimo é “heteronomia”.

O princípio da autonomia, denominação mais comum pela qual é conhecido o princípio do respeito às pessoas, exige que aceitemos que elas se autogovernem, ou sejam autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos. O princípio da autonomia requer que o médico respeite a vontade do paciente ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade. Limita, portanto, a intromissão dos outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja em tratamento.

O princípio da autonomia, cujas raízes se encontram na filosofia kantiana, é um dos pilares da bioética contemporânea. Sua relevância para a cultura atual é indiscutível, visto que este princípio se relaciona com a causa ética da emancipação do sujeito em direção à sua autodeterminação, causa essa que, em última instância, diz respeito à afirmação da cidadania.

Como observa Kant (1978, p.70/71)

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual é para si mesmo uma lei – independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. o princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas de escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.

Uma vez mais o que visamos explicar aqui é, até que ponto se admite a liberdade individual, até que ponto a liberdade é autônoma e qual o grau de consciência daquele que toma a decisão sobre si mesmo. Assim, a pessoa maior e capaz, dentro dos limites da lei, age livremente buscando o bem-estar físico e mental que propicie seu desenvolvimento em áreas de sua escolha ou oportunidade ou maior aptidão. Desde que lícita a conduta, não há interferência do Estado em sua autonomia, que em muitos países, é objetivo de forte proteção.

Como sempre, o problema surge quando outros direitos parecem restringir a ação decorrente do uso da liberdade individual. Tais direitos podem ser de terceiros ou do Estado. Merecem atenção os problemas na área da saúde, ou mais precisamente, na ausência da saúde, repensando em quais atos seriam legítimos por parte do paciente e dos profissionais da saúde.

Outro ponto que merece ser abordado refere-se à disponibilidade ou não do indivíduo, de certos direitos, bem como, quando na avaliação de sua capacidade, de consentir na prática de determinados atos.

Comumente se questiona a capacidade de decisão de uma pessoa em momentos críticos de saúde. Muitos afirmam que a dor impede de certa forma a lucidez e o desejo de vê-la desaparecer, faz com que o paciente avente todas as possibilidades, desde a ingestão de medicação excessiva, como o desejo de morrer a fim de colocar termo ao sofrimento. Quanto mais a ciência evolui, mais o conceito de vida se altera sincronizado com a definição de morte. No afã de manter a saúde e evitar a morte pode-se, hoje, prolongar o que se denominava vida, ou seja, manter por longos e às vezes, indeterminados períodos de tempo as funções respiratória e circulatória.

O princípio da autonomia como pressuposto da autodeterminação, inclusive autogoverno, representa o respeito à capacidade que tem a pessoa de se governar, escolher, dividir, avaliar sem restrições internas ou externas.

3.2 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

Proveniente do latim *facere* (fazer o bem), o princípio da beneficência indica a obrigatoriedade do profissional de saúde e do investigador, promover primeiramente o bem do paciente. Fundamenta-se na regra da confiabilidade. As máximas desse princípio são: fazer o bem; não causar dano; cuidar da saúde; favorecer a qualidade de vida; manter o sigilo médico.

O princípio da beneficência requer, de modo geral, que sejam atendidos os interesses importantes e legítimos dos indivíduos e que, na medida do possível, sejam evitados danos. Na bioética, de modo particular, esse princípio se ocupa da procura do bem-estar e interesses do paciente por intermédio da ciência médica e de seus representantes ou agentes. Fundamenta-se nele a imagem do médico que perdurou ao longo da história, e que está fundada na tradição hipocrática: “usarei o tratamento para o bem dos enfermos, segundo minha capacidade e juízo, mas nunca para fazer o mal e a injustiça”, “no que diz respeito às doenças, criar o hábito de duas coisas: socorrer, ou, ao menos não causar danos”.

Fundado nas máximas “*non nocere*” e “*bonum facere*”, alguns autores sugerem que um novo princípio, qual seja, o princípio da não-maleficência (*primum no nocere*) seja um elemento do princípio da beneficência, pois ele propõe a obrigação de não infligir dano intencional.

Segundo Frankena (1981, p.61/62),

O princípio da Beneficência não nos diz como distribuir o bem e o mal. Só

BIODIREITO E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS FUNDAMENTAIS

nos manda promover o primeiro e evitar o segundo. Quando se manifestam exigências conflitantes, o mais que ele pode fazer é aconselhar-nos a conseguir a maior porção possível de bem em relação ao mal [...]

O mundo moderno produziu grandes transformações nas relações sociais, incluindo, obviamente, as relações médico e paciente, que saíram de uma verticalidade decisória do médico para uma horizontalidade democrática na tomada de decisões.

Engelhardt (1998, p.134), afirma que:

As obrigações no sentido de agir com beneficência são mais difíceis de justificar em razão de comunidades morais particulares do que o princípio de evitar o uso da força não-autorizada, porque é possível chegar à resolução coerente de disputas morais por acordo sem aceitar o princípio de beneficência.

Não atribuindo tanta imperiosidade a esse princípio, na medida em que ele não é exigido para a coerência do mundo moral ou da bioética, Engelhardt diz que “podemos agir de maneiras não-beneficentes sem entrar em conflito com a mínima noção de moralidade”. A beneficência, por fim, traduz-se na virtude de atuar em favor de quem sofre, fazendo um bem maior, com o menor dano possível.

Havendo confronto entre beneficência e não-maleficência, deve ser priorizada a não-maleficência.

3.3 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

O princípio da justiça exige equidade na distribuição de bens e benefícios no que se refere ao exercício da medicina ou área da saúde. Uma pessoa é vítima de uma injustiça quando lhe é negado um bem ao qual tem direito e que, portanto, lhe é devido. Para a fundamentação filosófica do princípio da justiça podem ser utilizados diversos autores, merecendo ser destacados Aristóteles e John Rawls.

No pensamento aristotélico vamos encontrar o entendimento de justiça como um bem maior. Conforme Aristóteles, todas as coisas visam a um bem, e o bem maior é a justiça. Estabelecendo um sentido formal ao conceito de justiça, ARISTÓTELES parte da noção de equivalência, formulando o conceito de *justiça distributiva*, cuja premissa maior é a de que cada um deve receber uma porção das honras e dos bens, de acordo com o seu *mérito*. Daí resulta que devemos tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Nesse sentido “...se as pessoas não foram iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas. [...] Além do mais, isto se torna evidente porque aquilo que é distribuído às pessoas deve

sê-lo, ‘de acordo com o mérito de cada uma’. [...] O justo, então, é uma das espécies do gênero proporcional”. John Rawls defende uma teoria da justiça, que em seus aspectos gerais, posiciona-se a favor de uma ideia de justiça fundamentada no indivíduo, encontrando-se esse, acima dos interesses sociais. Rawls entende os problemas, surgidos em virtude de um consenso sobre o que deve ser compreendido como mais ou menos justo.

Os princípios de justiça seriam acordados em uma situação inicial, em uma situação equitativa, aceita por todos os indivíduos, entendidos como pessoas éticas. Ao assinalar os princípios de justiça que seriam escolhidos pelos indivíduos em uma situação inicial e de equivalência, Rawls (2000, p. 16) assevera, que em situação inicial as pessoas escolheriam os seguintes princípios:

O primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo, desigualdade de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade. Esses princípios excluem instituições que se justificam com base no argumento de que as privações de alguns são compensadas por um bem maior do todo. Pode ser conveniente, mas não é justo que alguns tenham menos para que outros possam prosperar. Mas não há injustiça nos benefícios maiores conseguidos por uns poucos desde que a situação dos menos afortunados seja com isso melhorada.

Assim como o princípio da autonomia é atribuído, de modo geral, ao paciente, e o da beneficência ao médico, o princípio da justiça pode ser postulado, para além das pessoas diretamente vinculadas à prática médica (médico, enfermeira e paciente), por terceiros, como poderiam ser as sociedades para a defesa dos direitos da criança, em defesa da vida, ou grupos de apoio à prevenção da AIDS, cujas atividades e reclamações exercem uma influência notável na opinião pública através dos meios de comunicação social.

Lei e justiça são vocábulos que às vezes são utilizados como sinônimos. Nas leis procura-se o ideal de justiça de determinada sociedade em determinado tempo histórico. O poder constituinte originário impõe um novo direito, que se posiciona no âmbito de um novo sentimento de justiça. Desse modo, é na Constituição que podemos avistar os princípios de justiça que devem nortear as relações sociais.

Justiça é o princípio que garante a relação justa, igualitária e universal dos benefícios dos serviços de saúde. Identifica-se aqui a justiça distributiva.

São esses os princípios que, inicialmente, sustentam o exercício da bioética. A

BIODIREITO E PRINCÍPIOS BIOÉTICOS FUNDAMENTAIS

aplicação dos mesmos nos diferentes casos nem sempre é fácil.

4. CONCLUSÃO

A vida e a dignidade se encontram acima das leis. Uma decisão ética é toda aquela que busca preservá-las. O Biodireito surgiu da necessidade de preservação do homem em face dos perigos de suas próprias conquistas, proporcionadas pelo conhecimento racional. Insere-se, pois, no contexto paradigmático de uma cultura que se constrói a partir da técnica, da previsibilidade e se eleva como construção teórica que expressa a consciência moral de um novo homem, que vem se aperfeiçoando e construindo uma nova civilização.

Assim, temos o Direito e as lições éticas imbricadas, reiterando seu compromisso com a vida. Importa ainda frisar que, mesmo havendo um vazio na legislação, o compromisso ético deve permear a atividade do profissional no seu trabalho de pesquisa. Não pode prevalecer o interesse de grupos econômicos que se dedicam a essa área de pesquisa, mas ao contrário, a ciência deve estar a serviço da vida.

É importante que não se pratique ciência sem filosofia, pois o conhecimento se torna vazio, antiético e prejudicial se não for usado em proveito de todos. A ciência quando usada por pessoas conscientes e em favor de uma sociedade preparada para recebê-la, pode trazer cada vez mais benefícios para o mundo, para a humanidade, numa perspectiva de desenvolvimento integrado.

O arremate conclusivo a que se chegou, e que se procurou mostrar no percurso do presente artigo, é que a Bioética, em sua face de disciplina e de movimento social, desponta como uma das trilhas adequadas e promissoras para o debate e a luta pelo direito à vida.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: Coleção “Os pensadores”, São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1996.

BEAUCHAMP, T. L. “The four principles approach”. In: *Principles of health care ethics*. Glicester: Gillan R. editor. John Wiles and sons, 1994.

BERNARD, Jean. *La bioéthique*. Paris: Flammarion, 1994.

CORREIA, Francisco de Assis. “Alguns desafios atuais da bioética”. In: PESSINI Léo & BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul (org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANKENA, W. K. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

H. TRISTAN ENGELHARDT, Jr. *Fundamentos da bioética*. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1978.

LEPARGNEUR, Hubert. “Força e Fraqueza dos princípios da bioética”. In: *Bioética*, v. 4, nº 2, Brasília-DF: Conselho Federal de Medicina, 1996.

PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. 2. ed., São Paulo: Loyola, 1994.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: bridge to the future*. Englewood Cliffs: Prentice – Hall, 1971.

RAWS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANVITO, Wilson Luiz. “O século da tecnociência, tempo de expectativas frustradas e desafios inéditos”. *Jornal da Tarde*. São Paulo: Cadernos de Sábado, 20 de março de 1999.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA¹

André Camilo Moura Fonsêca²

Mateus Scipião Moura³

Priscilla Ramos Silva⁴

RESUMO: O presente estudo objetiva analisar se a propalação de *fake news* encontra-se amparada ou não pelo ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de tema atual e bastante relevante em virtude da latente ameaça desse instrumento para as democracias modernas nas quais a rápida divulgação da informação por meio digital possibilita a influência das *fake news* em processos eleitorais e em outras áreas essenciais. Nesse diapasão, o estudo aborda a contextualização das *fake news* na sociedade da informação do Século XXI bem como o conceito desse fenômeno. Ademais, explica-se o fundamento constitucional do direito fundamental à liberdade de expressão, investigando-se o seu conceito e analisando-se as suas dimensões objetiva e subjetiva, seu conteúdo e seus limites aplicáveis. Verifica-se também se existe um direito fundamental às notícias lícitas e verdadeiras e se existem *fake news* toleradas pela Constituição Federal de 1988. Com o propósito de cumprir os fins pretendidos, realiza-se uma investigação doutrinária, legal e jurisprudencial. Como metodologia de estudo, adota-se a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão; Direitos fundamentais; *Fake news*; Democracia.

¹ Recebido em 07/08/2021

Aprovado em 13/06/2022

² Bacharel em Direito pelo Instituto de Ciências Sociais e Jurídicas Professor Camillo Filho. Servidor Público. Advogado. Contato: anddrefonseca@hotmail.com.

³ Bacharel em Direito pelo Instituto de Ciências Sociais e Jurídicas Professor Camillo Filho. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Escola Paulista de Direito e em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Procurador do Município de João Pessoa/PB. Advogado. Contato: mateusthe@hotmail.com.

⁴ Bacharela em Direito pela Faculdade Estácio de Teresina. Juíza Leiga do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Advogada. Contato: ramos-priscilla@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O direito à liberdade de expressão é um dos principais direitos garantidos pela ordem constitucional, porquanto relaciona-se diretamente à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988). Apesar de sua grande importância, ao longo da história, a liberdade de expressão sempre foi objeto de ataques.

Em relação ao passado recente no Brasil, verifica-se a sua limitação quando da vivência de regimes políticos autoritários, em especial, por meio da censura, tal qual ocorrido no regime ditatorial militar de 1964 a 1985.

Sobre a matéria, Fiúza (2006) afirma que até 1968, a Censura era regida pelo Decreto n. 20.493, de 1946, que criou o Serviço de Censura de Diversões Públicas, ligado ao Ministério da Justiça e estabeleceu as regras do permitido. Entretanto, com a Constituição imposta à população em 1967, foi criada uma estrutura de censura para todo o país. Mudança de fato operada com a criação da Polícia Federal em 1969, que responderia pelos serviços de diversões públicas. Observa-se, pois, a institucionalização de estruturas voltadas ao cerceamento daquele direito.

Quanto ao presente, por meio do advento da pós-modernidade e da consequente revolução na forma de comunicação, a liberdade de expressão passou a ser atacada de forma diferente, não mais por meio da violência e da censura, mas por meio do seu abuso a partir da disseminação de informações inverídicas e descontextualizadas.

Partindo desse cenário, a pesquisa aborda a contextualização das *fake news* na sociedade da informação do Século XXI, a análise do direito constitucional à liberdade de expressão e a reflexão acerca de se as informações inverídicas se encontram ou não abrangidas pela Constituição Federal de 1988. Vislumbra-se, pois, o objetivo geral do artigo científico: analisar se as *fake news* encontram-se amparadas ou não pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo a linha de raciocínio, a primeira seção trata da relação entre a propagação de informações e a sociedade moderna. Foca-se, ainda, no conceito de *fake news* e analisa-se a maneira pela qual podem constituir uma ameaça ao regime democrático.

Por sua vez, na segunda seção busca-se a importância e o fundamento constitucional do direito à liberdade de expressão, perquirindo-se acerca de seu conceito, conteúdo e limites. Além disso, argumenta-se pela existência de uma dimensão objetiva e subjetiva daquele direito.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Por seu turno, na terceira seção, foco deste trabalho, analisa-se a possível existência de um direito fundamental às notícias lícitas e verdadeiras e se existem *fake news* toleradas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nessa linha, explana-se a relação existente entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação com o propósito de constatar se tais direitos fundamentam juridicamente a permissibilidade da propalação de notícias inverídicas.

Ainda, com base na doutrina, argumenta-se pela categorização das *fake news* em três tipos: a) *fake news* lícitas; b) *fake news* penalmente ilícitas; c) *fake news* civilmente ilícitas.

Com a finalidade de alcançar os objetivos propostos, a pesquisa é bibliográfica, qualitativa e exploratória, baseando-se em textos de doutrina especializada, em especial, livros e artigos científicos, textos normativos legais e constitucionais e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, essencialmente, a do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o texto é fundamentado nas concepções de doutrinadores das diversas carreiras jurídicas e ramos do direito com o propósito de arquitetar uma visão diversificada e multidisciplinar acerca do amparo ou não das *fake news* pelo ordenamento jurídico brasileiro.

1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO COMO PALCO PARA AS *FAKE NEWS*

O conceito de sociedade da informação surgiu, ainda no século XX, como termo para caracterizar uma era na qual as mídias digitais, os meios de comunicação e a troca de informações atingiram dimensões jamais vistas pela humanidade, tanto no que diz respeito à quantidade e qualidade de conteúdo, quanto por sua velocidade de propagação.

Castells (2011) destaca os paradigmas da tecnologia de informação, essenciais para melhor compreensão das transformações sociais por ela acarretadas de forma a estruturar a sociedade da comunicação e a era da informação.

O primeiro ponto destacado pelo autor é que a matéria-prima utilizada pelo ser humano nas tecnologias da informação é a própria informação, de forma que possa agir sobre ela. A segunda característica é a “penetrabilidade dos efeitos da nova tecnologia”, explicitando que os indivíduos são moldados diretamente pelo “meio tecnológico” no qual estão inseridos (CASTELLS, 2011, p. 108).

O terceiro aspecto é o que chama de “lógica das redes”, isto é, a tecnologia da informação permite que a rede seja implementada a quaisquer tipos de processos e organizações propiciando-lhes estruturas das quais outrora não dispunham e, mesmo assim, mantendo sua flexibilidade. Nesse diapasão o autor pontua que isso potencializa o

crescimento das redes, e com isso as consequências ou “penalidades” por estar fora delas (CASTELLS, 2011).

A quarta característica, segundo Castells (2011, p. 108), determina que os processos são reversíveis e as organizações e instituições são passíveis de alterações. Traduz-se em dizer que existe “flexibilidade” e, mais do que isso, a sociedade se caracteriza pela mudança constante e pela fluidez organizacional.

Por fim, o quinto aspecto, discorrido por Castells (2011, p. 109), tem como mote a convergência de tecnologias para um sistema integrado, em suma, “As telecomunicações agora são apenas uma forma de processamento da informação; as tecnologias de transmissão e conexão estão, simultaneamente, cada vez mais diversificadas e integradas na mesma rede operada por computadores.”

Notadamente, hoje é possível verificar diversas redes sociais como meios para divulgação de informações, *Facebook*, *Twitter*, *What's App*, *Instagram*, todos por meio da rede mundial de computadores – *Internet*, e possuindo como vetores os mais diversos tipos de dispositivos eletrônicos, computadores, aparelhos móveis de telefonia, tornando simples e quase instantâneo o acesso a informações na palma de uma mão dentro do contexto de um mundo Globalizado.

Nesse sentido a União Internacional de Telecomunicações (UIT), agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU) voltada para Tecnologias da Informação (TIC) e fonte oficial para suas estatísticas elaborou relatório em 2019 no qual destaca, segundo o sítio eletrônico da ONU: “Mais da metade da população mundial, ou, 4,1 bilhões de pessoas, usam a internet” (ONU, 2019).

Diante desse quadro é possível aferir que existe uma enorme quantidade de informações compartilhadas em rede, tornando a internet um ambiente propício para o aparecimento e espalhamento das chamadas *Fake News* em larga escala.

1.1 CONCEITO

Em um mundo tomado pela globalização, no qual notícias viajam a uma velocidade estupenda entre países e seus acontecimentos podem reverberar de maneira incontestada nos quatro cantos do planeta é salutar ressaltar que nem sempre as informações que são repassadas têm teor verídico.

As *Fake News*, em que pese não serem novidades dos tempos hodiernos, como ressalta Paulo Brasil Menezes (2020), foram potencializadas pelo espaço cibernético que “ [...]

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

sobrelevou e redimensionou toda a forma de sua manifestação, encontrando nas plataformas digitais reverberações em escala fugaz, instituindo problematizações que envolvem ao mesmo tempo variados direitos e garantias fundamentais”

Nesse contexto, cabe, primeiramente, conceituar o que vêm a ser as *Fake News*, uma vez que, embora não fuja da concepção de sua tradução – notícias falsas, possui significado com maior complexidade do que se nota à primeira vista.

O dicionário Cambridge, de língua inglesa, as conceitua como “falsas histórias que parecem ser notícias, espalhadas na internet ou usando outras mídias, geralmente criadas para influenciar posicionamentos políticos ou como piadas”⁵ (tradução nossa).

Menezes, no entanto, traz quatro acepções do que podem vir a ser as *Fake News*, levando em conta a dificuldade de se delimitar um conceito único para o tema.

A primeira corrente as entende como a propagação de informações de maneira informal, sem um controle ou teste de veracidade, uma visão mais simplista. A segunda concepção adiciona ao primeiro conceito o elemento qualificador, isto se traduz, na comunicação não só da notícia, mas da intenção de quem a propaga, no “intuito de persuadir a vida da comunidade”.

A terceira teria cunho teleológico que segundo Menezes (2020):

Para esta vertente conceitual, não basta a propagação de uma mensagem nem a geral possibilidade de espalhar juízos de valor com poder de influência social. A teleologia das *fake news* tem a intenção específica de entusiasmar e instruir o corpo social para uma finalidade pre-determinada e definida. Enquanto não ocorre a confusão social específica, atingindo-se apenas um controle genérico, a teleologia não produz efeitos.

Portanto, depreende-se que é necessário para o aperfeiçoamento das *fake news* que haja uma finalidade específica, que tenha o condão de levar um determinado grupo social a uma ação ou omissão.

A quarta concepção, estende ainda mais a ideia anterior, pois há uma finalidade de criar um “nicho receptor de informações”, cuida-se, portanto, de estabelecer um “sistema direcionado de notícias”.

Lazer et al. (2018), traz um conceito para *fake news*:

Definimos “fake news” como informação falsa a ser produzida, a qual, em seu conteúdo, imita a mídia de notícias na forma, mas não no processo

⁵ False stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a joke.

organizacional ou na intenção. Os veículos de notícias falsas, por sua vez, para garantir a precisão e credibilidade das informações, carecem das normas e dos processos editoriais da mídia de notícias. Notícias falsas se sobrepõem com outros distúrbios de informação, como informação ilusória (informação falsa ou incorreta) e desinformação (informação falsa que é disseminada propositalmente para enganar as pessoas)⁶. (Tradução nossa).

Desse trecho, portanto, depreende-se que existem diversos tipos de *fake news* e esses, segundo os autores, podem ser sobre os mais variados temas, em que pese a primazia pelo cenário político, também podem versar sobre vacinação nutrição e até mesmo a bolsa de valores.

Em 2018, uma pesquisa feita por estudantes do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT, 2018) constatou que notícias falsas se espalham mais rápido que notícias verdadeiras, no *Twitter*. Segundo eles, essas são difundidas com maior alcance, profundidade e velocidade que as verdadeiras.

Além disso, constatou-se na pesquisa que histórias falsas tem 70% mais chance de serem compartilhadas no *Twitter*, enquanto as verdadeiras demoram cerca de seis vezes mais tempo para atingir a mesma quantidade de pessoas, porém esse número que pode chegar a ser dez ou até vinte vezes mais rápido.

Nesse contexto, o professor de teoria da comunicação da Universidade Federal da Bahia, Wilson Gomes, citado por Davi Oliveira (2018) entende que há uma crise no jornalismo que faz parte deste problema, uma vez que se torna dificultoso para a população ponderar o que é a prática jornalística profissional.

Isso se refletiu nas eleições presidenciais dos Estados Unidos da América em 2016, conforme aponta o portal de notícias G1 (2016), 20 histórias falsas foram compartilhadas 8,711 milhões de vezes no *Facebook*, alcance maior que 19 dos maiores veículos de notícias no país.

Diante disso, é patente que as *fake news* podem mudar o rumo de eleições e, além disso, apresentam grande potencial de perigo abstrato e concreto, conforme relata Edda Humprecht (2018), que elaborou artigo com a finalidade de comparar o teor e proliferação de notícias falaciosas em países ocidentais, ao narrar que nas eleições de 2016 uma notícia foi

⁶ We define “fake news” to be fabricated information that mimics news media content in form but not in organizational process or intent. Fake-news outlets, in turn, lack the news media’s editorial norms and processes for ensuring the accuracy and credibility of information. Fake news overlaps with other information disorders, such as misinformation (false or misleading information) and disinformation (false information that is purposely spread to deceive people).

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

publicada, alegando o envolvimento da então candidata à Presidência da República, Hilary Clinton, com uma rede de tráfico infantil, em uma pizzaria em Washington, levando um homem a disparar tiros de arma de fogo contra a pizzaria.

O sítio de notícias *EL PAÍS* (2018) indicou que o *Facebook* havia reconhecido que 126 milhões dos usuários teriam sido expostos a publicações de empresa ligada ao Kremlin, ou seja, um terço da base de usuários da rede social, ao passo que o *Twitter* identificara 3.814 destinadas ao espalhamento de notícias de teor duvidoso.

As eleições presidenciais do Brasil em 2018 também presenciaram esse fenômeno de maneira desenfreada, assim como o período do governo que se seguiu, levando até mesmo à instauração de um inquérito (n.º 4.781) apurado pelo Supremo Tribunal Federal sobre grupos destinados ao espalhamento de *fake news*, após ameaças sofridas pelos ministros do órgão. (BRASIL, 2018)

A situação, já crítica, vem se agravando desde o ano 2020, em decorrência da disseminação de desinformações acerca da pandemia da Covid-19, causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, bem como sua profilaxia e tratamentos, preocupando especialistas do Ministério da Saúde, segundo Agência Brasil (2020).

2 DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

De início, ressalta-se a importância da liberdade de expressão à sociedade brasileira. Conforme defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da ADI 4815, a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial por três motivos: primeiro, pelo histórico de violações a liberdade de expressão existente no país durante sua história, segundo, por ser a liberdade de expressão pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos políticos, e, por fim, por ser um direito indispensável para que as novas gerações conheçam a história e assim progridam como sociedade (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, verifica-se que a liberdade de expressão é basilar para a democracia pois permite a participação da coletividade nas discussões e definições de assuntos de interesse público (OSÓRIO, 2017).

Para que se compreenda a importância do direito à liberdade de expressão, bem como sua influência no controle da divulgação de notícias falsas, é necessário que se entenda primeiro o seu conceito.

2.1 CONCEITO

No Brasil, a liberdade de expressão tem previsão no art. 5º, inciso IV da Constituição Federal, que confere proteção mais geral e ampla aos cidadãos no que alude à manifestação e acesso a demonstrações de pensamentos, de ideias e de opiniões. Já no inciso VI do mesmo artigo, há proteção específica, referente a liberdade de religião e de culto. Outras disposições, como as dos incisos VIII e XIX asseguram liberdades políticas, filosóficas, artísticas e intelectuais, bem como a liberdade de comunicação e de imprensa. Além disso, há um capítulo constitucional dedicado especificadamente a liberdade de imprensa, conforme artigos 220 ao 224 da Constituição Federal, demonstrando a preocupação do constituinte com a vedação à censura (PINTO, 2017).

A liberdade de expressão é direito fundamental abarcado pela primeira dimensão dos direitos fundamentais (PINTO, 2017). Nesse sentido, observa-se que este direito é protegido em diversos instrumentos internacionais, como exemplo, cita-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Declaração de Chapultepec.

Outrossim, verifica-se que a liberdade de expressão possui uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Sob a perspectiva subjetiva, entende-se como direito subjetivo de manifestação do indivíduo, sendo assim, direito individual. (PINTO, 2017). Nesse sentido, Pinto (2017, p. 4-5) resume o pensamento de John Stuart Mill e Ronald Dworkin da seguinte forma:

No que tange à perspectiva subjetiva, John Stuart Mill ressalta a importância da liberdade de expressão para a busca da verdade, pelo que ela deve ser garantida sob qualquer circunstância, ainda que o ponto de vista manifestado pareça errado para a grande maioria das pessoas. Nessa toada, Ronald Dworkin, ao defender a importância do direito em questão, condena todo e qualquer tipo de restrição, sob pena de o Estado demonstrar menosprezo aos cidadãos, pois lhes impedirá de ouvir opiniões eventualmente desagradáveis.

Desse modo, observa-se que na dimensão subjetiva a liberdade de expressão é uma garantia do indivíduo em face do Estado, para que ele possa manifestar-se sem ser impedido (PINTO, 2017).

Já em sua perspectiva objetiva, revela-se o caráter coletivo do direito, pois permite o compartilhamento de ideias e o debate público, pilar para o regime democrático (PINTO, 2017). Nesse sentido, dispõe Pinto (2017, p. 4):

Disso decorre a relevância da liberdade de expressão para a constituição da democracia. Somente por seu intermédio é possível o debate aberto, que possibilite a livre participação de todos os grupos e cidadãos para

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

exprimirem seus pontos de vista e escutarem as opiniões de seus pares. Por outro lado, a liberdade de imprensa, em sua dimensão institucional ou objetiva, assume especial relevância no regime republicano, pois garante a transparência na organização e no funcionamento do Estado, atuando como principal instrumento de fiscalização pública.

Portanto, o direito a liberdade de expressão engloba duas perspectivas igualmente importantes, sendo uma voltada ao direito do indivíduo de se manifestar sem a interferência do Estado e outra a de permitir o compartilhamento de ideias e o debate público na sociedade. Compreendeu assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 05/85, conforme resumiu Pinto (2017, p. 4):

[...] De acordo com os juízes da Corte, o conteúdo da liberdade de expressão não diz respeito apenas à manifestação do pensamento, mas também à procura, ao recebimento e à transmissão de informações e ideias. Daí as dimensões individual e social do Direito aqui tratado, o qual, simultaneamente, impede a proibição arbitrária de manifestação do pensamento e garante a todos que tenham acesso à informação e ao pensamento alheio,²³ conforme garantido pelo art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Assim, ao restringir ilegalmente a liberdade de expressão, viola-se tanto o direito do indivíduo expressar seu pensamento quanto o da comunidade ter acesso a ele.

Analisado o conceito do instituto, passa-se a compreensão de seu conteúdo e abrangência.

2.2 CONTEÚDO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conforme Osório (2017, p. 101) o direito à liberdade de expressão *lato sensu* abrange a liberdade de expressão *stricto sensu*, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa, existindo uma presunção de que todas as expressões da liberdade de expressão estariam protegidas constitucionalmente, todavia, é possível afastar tal presunção no caso concreto, posto certas hipóteses podem justificar a restrição à liberdade de expressão, como se discutirá no próximo item.

Em relação à forma observa-se que o conteúdo da liberdade de expressão é amplo, incluindo tanto a linguagem, oral e escrita, quanto o uso de imagens e de condutas que podem

ser praticadas com intenção de transmitir uma mensagem, sendo que até mesmo o silêncio pode ser interpretado como expressão (OSÓRIO, Aline. 2017).

Ressalta Osório (2017, p. 104) que: “em relação aos tipos protegidos, as liberdades comunicativas incluem a expressão de ideias, pensamentos, opiniões, juízos de valor, informações, e quaisquer outros, veiculados por todos os meios de comunicação possíveis”. Além disso, deve proteger tanto as manifestações majoritárias e socialmente aceitas, como as minoritárias e contrárias aos costumes estabelecidos (OSÓRIO, Aline. 2017).

Por fim, quanto ao conteúdo, percebe-se que a liberdade de expressão abrange diversos tipos de discursos, como exemplo: discursos políticos, culturais, religiosos, acadêmicos e científicos (OSÓRIO, Aline. 2017).

2.3 LIMITES APLICÁVEIS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão, como os demais direitos fundamentais não possui aplicabilidade absoluta, estando sujeita a determinados limites. Todavia, para que tais limitações sejam válidas constitucionalmente devem observar limites formais e materiais, ou seja, devem respeitar os “limites dos limites”, conforme denomina a doutrina. Dentre estes, destaca-se: respeito ao princípio da reserva legal, objeto de proteção de outros interesses e valores constitucionalmente tutelados e observância do princípio da proporcionalidade (OSÓRIO, 2017).

Em relação a tese dos limites dos limites, explica Gilmar Mendes (2012):

Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou “limites dos limites” (Schraken-Scharanken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas (...).

Nesse aspecto, compreende-se que o princípio da proteção do núcleo essencial visa evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental, evitando, assim, restrições desproporcionais e sem necessidade (MENDES, 2012)

Quanto ao princípio da reserva legal, deve-se garantir que somente os representantes do povo tenham o poder de restringir o direito à liberdade de expressão, em respeito ao princípio democrático, e caso optem por restringir esse direito devem fazê-lo através de

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

normas claras, gerais e taxativas, evitando normas vagas e ambíguas que podem no caso concreto configurar verdadeira censura prévia. (OSÓRIO, 2017).

A constituição federal brasileira não previu quais finalidades podem ser invocadas para limitar a liberdade de expressão (OSÓRIO, 2017). Entretanto, é possível observar que a própria constituição restringe seu alcance em diversos dispositivos, como por exemplo: propaganda comercial de tabaco e bebidas alcoólicas (art. 220, p. 4º da CF), vedação à divulgação anônima de ideias (art. 5º, IV), direito de resposta e indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V).

Por fim, é necessário respeitar o princípio da proporcionalidade. Ensina Gilmar Mendes (2012) que a utilização do princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso envolve dois aspectos: a necessidade e a adequação da providência legislativa. Quanto ao subprincípio da adequação entende-se que as medidas limitadoras adotadas devem mostrar-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. Já o subprincípio da necessidade “significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos” (MENDES, 2012, p. 75).

Osório (2017) acrescenta que o princípio da proporcionalidade engloba um tríplice dimensão, envolvendo os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A proporcionalidade em sentido estrito envolve o processo ponderativo, ou seja, a constatação se as medidas restritivas aplicadas produzem maiores benefícios para os bens jurídicos protegidos do que os custos decorrentes da restrição a liberdade de expressão.

Desse modo, verifica-se que para a validade de eventual restrição ao direito de liberdade de expressão está vinculada ao respeito aos limites formais e materiais explicados nesta seção.

3 FAKE NEWS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO

Delineados o contexto fático da propagação de *fake news* e os contornos jurídicos acerca do direito fundamental à liberdade de expressão, necessário se faz analisar se a propalação de informações inverídicas está abrangida pela Constituição Federal de 1988, em especial, se existe um direito fundamental às notícias lícitas e verdadeiras e se existem *fake news* toleradas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a matéria, quanto à existência um direito fundamental às notícias lícitas e verdadeiras, aduz Paulo Brasil Meneses (2020, p. 179) que a liberdade de expressão é mais ampla e geral do que a liberdade de informação. Dessa forma, a primeira age de maneira

antecedente, sendo uma permissa para que a segunda detenha subsídios para instaurar uma comunicação e divulga-la na arena discursiva, elaborando um movimento de circulação das expressões dos atores sociais (MENESES, 2020, p. 181).

Nessa linha, a informação possui duas vertentes, quais sejam, a liberdade de informar e a liberdade de ser informado (MENESES, 2020, p. 180). Nesse diapasão, a primeira liberdade constitui a modalidade ativa do direito à informação e é o meio pelo qual o cidadão recebe os subsídios comunicativos alcançados quando do gozo da liberdade de expressão e os propaga para o corpo social (MENESES, 2020, p. 182).

Sob essa perspectiva, ponderando unicamente o caráter ativo da liberdade de informação, Meneses (2020, p. 183) conclui que a liberdade de informar passar a ser entendida como um fundamento para que as *fake news* recebam o estereótipo de regularidade, pois a disseminação de notícias estaria albergada pelo direito constitucional à informação sob a sua perspectiva ativa (liberdade de informar).

Por sua vez, a liberdade de ser informado é a modalidade passiva do direito à liberdade de informação, sendo dependente da ação inicial de propagação dos dados ocorridos pelo direito de informar (MENESES, 2020, p. 184). Nesse contexto, a relação entre a liberdade de ser informado e a propagação de notícias falsas passa a ser diferente, não mais de fundamento, mas de contenção, eis que a tolerabilidade do espaço democrático não pode aquiescer como normal a assunção simultânea de notícias alternativas e notícias coerentes, sob pena de formar uma homogeneidade comunicativa perigosa.

Como se percebe, as *fake news* encontram-se no ponto de encontro entre as liberdades de informar e de ser informado, pois, unicamente sob a perspectiva ativa, as informações inverídicas seriam toleradas ao passo que, exclusivamente sob o viés passivo, não seriam permitidas. Trata-se, pois, de direitos genéricos e, portanto, característicos processo constitucional global (MENESES, 2020, p. 187).

Nesse contexto, diante do conflito entre a liberdade de informar e a liberdade de ser informado, Meneses (2020, p. 189) concebe a existência de um direito fundamental às notícias lícitas e verdadeiras. Tal conclusão baseia-se em duas premissas: a) a importância do direito à informação para construção da sociedade; b) a necessidade de observância do exercício regular de ser informado.

Quanto ao primeiro fundamento, Meneses (2020, p. 190) afirma que a regra para a normalidade constitucional é possuir a informação com precisão, de forma que a tentativa de subverter essa situação instaura o caos e a desordem no constitucionalismo do Século XXI.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Nessa perspectiva, aduz que a disseminação de notícias fraudulentas, repletas de materiais imprecisos e teoricamente falsos, não gera informação, mas, na realidade, injeta malefícios intransigentes que fomentam a falta de coordenação social, o que ameaça o futuro da sociedade moderna (MENESES, 2020, p. 190).

No tocante ao segundo fundamento, Meneses (2020, p. 190) argumenta que enquanto as notícias dissimuladas repercutirem seus efeitos na sociedade, não se poderá falar no exercício regular do direito de ser informado. Isso se dá em razão de a segurança informativa cair em descrédito, o que torna as comunicações instáveis e as relações sociais maleáveis.

Dessa maneira, todos têm o direito de saber as *real news*, sob pena de evidenciar e aprimorar o absurdo comunicativo como um fenômeno hígido e coerente na modernidade (MENESES, 2020, p. 191).

Assim, o povo clama pelas *factual news*, pois não há como construir avanços democráticos e perspectivas emancipatórias de um constitucionalismo coeso sob a ótica de que a dissimulação informativa é um exercício legítimo do direito à informação, na modalidade passiva (MENESES, 2020, p. 191). Se os cidadãos não recebem notícias verdadeiras, precisas e naturais, isto é, não manipuláveis, por certo, o seu direito fundamental de ser informado não resta satisfeito (MENESES, 2020, p. 191).

Por fim, conclui que a liberdade de informação e a proliferação de notícias falsas passa a ser de controle e de restrição justificada, haja vista que a compressão a essa possibilidade não somente poderá colaborar com o balanceamento dessa prática nefasta, como tutelar a parcela da sociedade desejosa por não ser enganada com os artifícios informativos da contemporaneidade (MENESES, 2020, p. 193).

Todavia, como pondera Samuel Sales Fonteles (2021, p. X133) nem todas as informações inverídicas são rechaçadas pelo ordenamento jurídico. Nessa linha, aduz que existem três categorias de *fake news*: a) *fake news* lícitas; b) *fake news* penalmente ilícitas; c) *fake news* civilmente ilícitas.

Em relação à primeira categoria, Fonteles (2021, p. 134) argumenta que a Constituição Federal de 1988 protege quem difunde lendas, rumores, boatos e histórias míticas mesmo que inverídicas.

No tocante à propagação de desinformação científica, conquanto indesejada, afirma que o constituinte também a protege, pois não tratou o conhecimento científico como um dogma sacrossanto (FONTELES, 2021, p. 134). Nessa linha, defende que negar o conhecimento científico pode traduzir um ato de ignorância, entretanto as pessoas possuem tal

direito (FONTELES, 2021, p. 135). Caso não fosse assim, seria demasiado preconceituoso exigir credenciais acadêmicas de todos aqueles que desconfiam da ciência, em especial quando presente o caráter não inclusivo da educação brasileira (FONTELES, 2021, p. 135).

Dessa maneira, conclui que cidadãos têm o direito de ter opiniões e de expressá-las, sejam síncronas ou não com aquelas manifestadas pelos organismos estatais, protegendo, pois, a Constituição Federal de 1988 narrativas contrafactuais, refutações acadêmicas e até mesmo o indesejável desprezo social em relação à ciência (FONTELES, 2021, p. 136).

Quanto à segunda categoria, em algumas situações, a propagação de mentiras em contexto moralmente repudiável, sobretudo, quando há má-fé pode ser juridicamente censurada pelo Direito (FONTELES, 2021, p. 136).

Sobre a matéria, citando Oliver Holmes, Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos, Fonteles (2021, p. 136) menciona que a proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem ao gritar falsamente fogo em um teatro ocasionando pânico. Seria, pois, a liberdade de expressão um baú com bolas de ouro em que o legislador poderia mover-se no interior da moldura normativa estabelecida retirando algumas delas, ainda que jamais possa retirar todas elas (FONTELES, 2021, p. 137).

Dessa forma, algumas *fake News* foram retiradas do campo da licitude passando a ser penalizadas pelo Direito. De forma exemplificativa, seriam elas as *fake news* contra a economia popular criminalizadas na Lei n.º 1.521/51), as *fake news* publicitárias que induzem o consumidor a erro criminalizadas no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), as *fake news* eleitorais protegidas pelo Código Eleitoral (Lei n.º 4.767/65) e as *fake news* caluniosas sancionadas pelo Código Penal (FONTELES, 2021, p. 137).

Nesse contexto, o critério utilizado pelo legislador para incluir uma *fake news* no campo da ilicitude seria a alteridade, pois quando um discurso promove a periclitância de direitos fundamentais está o legislador legitimado a extirpá-lo do universo de declarações protegidas pela liberdade de expressão (FONTELES, 2021, p. 137).

Em relação à terceira categoria, as *fake news* civilmente ilícitas seriam aquelas em que a depender do caso concreto podem render ensejo a uma pretensão reparatória por dano moral possuindo, pois, aptidão para configurar um ilícito civil (FONTELES, 2021, p. 138). Em razão do caráter pernicioso e torpe de quem as propala, este é o campo adequado para a extraordinária medida da interferência judicial (FONTELES, 2021, p. 139).

Por fim, para a caracterização da ilicitude da *fake news* deve-se, pois, ultrapassar a fronteira de meras inexatidões, imprecisões e desinformações sobre os aspectos periféricos

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

passando-se a conspurcar a imagem e a comprometer o debate público (FONTELES, 2021, p. 138). Nos demais casos, a autocontenção na jurisdição constitucional seria a medida mais aconselhável (FONTELES, 2021, p. 139).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todos os pontos discutidos, com o advento da sociedade da informação, ainda no século XX, a comunicação atingiu dimensões jamais vistas pela humanidade, tanto no que diz respeito à quantidade e qualidade de conteúdo, quanto por sua velocidade de propagação.

Nessa linha, destacaram-se os paradigmas da tecnologia essenciais para melhor compreensão das transformações sociais: a) a matéria-prima utilizada pelo ser humano nas tecnologias da informação é a própria informação; b) os indivíduos são moldados diretamente pelo “meio tecnológico” no qual estão inseridos; c) a tecnologia da informação permite que a rede seja implementada a quaisquer tipos de processos e organizações propiciando-lhes estruturas das quais outrora não dispunham; d) os processos são reversíveis e as organizações e instituições são passíveis de alterações; e) a convergência de tecnologias para um sistema integrado.

Diante desse contexto de rápida propagação de informações, as *fake news* foram potencializadas, em especial, pelo espaço cibernético. Nesse diapasão, para a compreensão do tema, é necessário construir qual o conceito de *fake news*.

Sobre o tema, apresentaram-se quatro acepções do que aquelas podem vir a ser: a) a propagação de informações de maneira informal, sem um controle ou teste de veracidade; b) a comunicação não só da notícia, mas da intenção de quem a propaga, no intuito de persuadir a vida da comunidade; c) a propagação de informações inverídicas com a intenção específica de entusiasmar e instruir o corpo social para uma finalidade pré-determinada e definida; d) a propagação de informações inverídicas com o propósito de estabelecer um nicho receptor de informações.

Como consequência da propagação de *fake news*, observam-se seus efeitos nos mais variados aspectos relevantes da sociedade tais quais o cenário político, a vacinação, a nutrição e até mesmo a bolsa de valores, colocando-se, pois, o regime democrático em cheque.

Por conseguinte, defendeu-se a importância da liberdade de expressão para a sociedade brasileira, em virtude das seguintes razões: a) pelo histórico de violações a liberdade de expressão existente no país durante sua história; b) por ser a liberdade de

expressão pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais; c) por ser um direito indispensável para que as novas gerações conheçam a história e assim progridam como sociedade.

Ademais, conceituou-se liberdade de expressão como um direito fundamental de primeira dimensão e protegido por diversos instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Declaração de Chapultec.

Ainda, observou-se a dupla dimensão subjetiva e objetiva da liberdade de expressão. Dessa maneira, a primeira é o caráter coletivo do direito, pois permite o compartilhamento de ideias e o debate público, pilar para o regime democrático. Por sua vez, a segunda constitui uma garantia do indivíduo em face do Estado, para que ele possa manifestar-se sem ser impedido.

Além disso, quanto ao seu conteúdo, o direito em questão de forma *lato sensu* abrange a liberdade de expressão *stricto sensu*, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa. Como se percebe, a forma do seu exercício é ampla e inclui qualquer tipo de conduta que pode ser praticada com a intenção de transmissão de uma mensagem e em relação a qualquer tipo de discurso, seja político, cultural, religioso, acadêmico ou científico.

Em relação aos seus limites, a liberdade de expressão não possui aplicabilidade absoluta, tal qual os demais direitos fundamentais. Todavia, para que tais limitações sejam válidas constitucionalmente devem ser observados limites formais e materiais, ou seja, devem respeitar os “limites dos limites”.

Nesse contexto, os “limites dos limites” são balizadores da ação do legislador quando da restrição de direitos individuais. Decorrem da própria Constituição e referem-se tanto à necessidade de proteção do núcleo essencial quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. Visa-se, pois, evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental, evitando, assim, restrições desproporcionais e sem necessidade.

Por conseguinte, quanto à existência de um direito fundamental às notícias lícitas e verdadeiras, defendeu-se que a liberdade de expressão é uma premissa para que a liberdade de informação detenha subsídios para instaurar uma comunicação e divulgá-la na arena discursiva.

Nessa linha, a informação possui duas vertentes, quais sejam, a liberdade de informar e a liberdade de ser informado, as quais correspondem às modalidades ativa e passiva daquele direito.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Sob essa ótica, ponderando-se unicamente o caráter ativo da liberdade de informação, a liberdade de informar passaria a ser entendida como um fundamento para que as *fake news* recebam o estereótipo de regularidade. Por outro viés, ponderando-se unicamente o caráter passivo, não seriam permitidas, pois o espaço democrático não pode conceber como normal a assunção simultânea de notícias alternativas e notícias coerentes.

Nesse contexto, diante do conflito entre a liberdade de informar e a liberdade de ser informado, construiu-se a existência de um direito fundamental às notícias lícitas e verdadeiras, em virtude da importância do direito à informação para construção da sociedade e da necessidade de observância do exercício regular de ser informado.

No entanto, não se pode olvidar que nem todas as informações inverídicas são rechaçadas pelo ordenamento jurídico. Existem, pois, *fake news* lícitas e toleradas pelo ordenamento jurídico tais quais lendas, rumores, boatos e histórias míticas.

Além disso, argumentou-se que cidadãos têm o direito de ter opiniões e de expressá-las, sejam síncronas ou não com aquelas manifestadas pelos organismos estatais, protegendo a Constituição Federal de 1988 narrativas contrafactuais, refutações acadêmicas e até mesmo o indesejável desprezo social em relação à ciência.

Por fim, para a caracterização da ilicitude da *fake news* deve-se, pois, ultrapassar a fronteira de meras inexatidões, imprecisões e desinformações sobre os aspectos periféricos passando-se a comprometer a imagem e a comprometer o debate público. Nos demais casos, a autocontenção na jurisdição constitucional seria a medida mais aconselhável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815**, Distrito Federal, Relator: Ministra Carmen Lúcia. Data de publicação: 01/02/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n.º 4.781**, Distrito Federal, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CAMBRIDGE. **Cambridge Dictionary**: fake news. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>>. Acesso em: 02 de mai. de 2021.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. Volume 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

FIÚZA, Alexandre Felipe. **Entre um samba e um fado: a censura e a repressão aos músicos no Brasil e em Portugal nas décadas de 1960 e 1970**. 2006. 360 f. Tese (doutorado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras de Assis, 2006. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/103161>>.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GRAGNANI, Juliana. Um Brasil dividido e movido a notícias falsas: uma semana dentro de 272 grupos políticos no WhatsApp. **BBC News**, 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45666742>>. Acesso em: 09 de mai. de 2021.

HUMPRECHT, Edda. **Where ‘fake news’ flourishes: a comparison across four Western democracies**. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1369118X.2018.1474241>>. Acesso em: 03 de mai. de 2021.

ITU. **Measuring digital development: Facts and figures 2019**. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2019_r1.pdf>. Acesso em: 02 de mai. de 2021

ITU. **Measuring digital development: Facts and figures 2020**. Disponível em: <<https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2020.pdf>>. Acesso em: 02 de mai. de 2021.

LAZER, David. M. J. *et al.* **The science of fake news**. Disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094>>. Acesso em: 02 de mai. de 2021.

LISBOA, Vinícius. Disseminação de fake news sobre coronavírus preocupa especialistas. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-02/disseminacao-de-fake-news-sobre-o-coronavirus-preocupam-especialistas>>. Acesso em: 10 de mai. de 2021.

MARS, Amanda. Como a desinformação influenciou nas eleições presidenciais?. **El País**, 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/24/internacional/1519484655_450950.html>. Acesso em: 09 de mai. de 2021.

MELLO, Daniel. Para especialistas, difusão de fake news está ligada à crise do jornalismo. **Agência Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-04/para-especialistas-difusao-de-fake-news-esta-ligada-crise-do-jornalismo>>. Acesso em: 09 de mai. de 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENESES, Paulo Brasil. **Fake News: modernidade, metodologia e regulação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

NOTÍCIAS falsas sobre eleição nos EUA têm mais alcance que notícias reais. G1, São Paulo, 17 de nov. de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/noticias-falsas-sobre-eleicoes-nos-eua-superam-noticias-reais.html>>. Acesso em: 09 de mai. de 2021.

MIT. Study: On twitter, false news travels faster than true stories: Research project finds humans, not bots, are primarily responsible for spread of misleading information. Disponível em: <<https://news.mit.edu/2018/study-twitter-false-news-travels-faster-true-stories-0308>> Acesso em: 09 de mai. de 2021.

ONU. Estudo da ONU revela que o mundo tem abismo digital de gênero. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story.2019/11/1693711>>. Acesso em: 02 de mai. de 2021.

OSORIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão.** Belo Horizonte: Fórum, 2017. 456 p

PINTO, Indira Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano13 , n. 53, jul/set. 2013.

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK¹

Marcella Amud Botelho²

Natasha Yukie Hara de Oliveira Vasquez³

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a obrigatoriedade da vacinação contra a COVID-19. Diante da importância do tema, o artigo analisa a decisão proferida pela Suprema Corte, a qual as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.586 e 6.587, sob o prisma do critério da universalização, cunhado por Neil Maccormick no bojo de sua teoria da argumentação jurídica. Optou-se por adotar a doutrina de Maccormick em virtude de sua teoria agregar aspectos morais e práticos que envolvem o processo de tomada de decisões. A escolha de avaliar se a decisão possui critérios universais se justifica em razão do entendimento de que o Direito precisa buscar proposições lógicas universais a fim de garantir a segurança jurídica e a igualdade. Optou-se pelo método de pesquisa dedutivo, analisando-se primeiramente a teoria argumentativa de Maccormick e, de forma mais minuciosa, o critério da universalização. Parte-se, em seguida, para análise do julgado. Conclui-se, então, que as teses fixadas pelo acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal podem ser consideradas proposições lógicas universais uma vez que suas razões justificadoras podem servir a todos os casos futuros que possuam as mesmas características do caso analisado.

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19; Vacinação obrigatória; Supremo Tribunal Federal; Neil Maccomirck; Universalização.

¹ Recebido em 13/08/2021

Aprovado em 24/06/2022

² Graduada em Direito pela UFAM, especialista em Direito Processual, mestranda em Ciências Jurídicas e assessora jurídica de desembargador no TJAM. Contato: marcella.amud@gmail.com

³ Graduada em Direito pela UFAM, especialista em Direito Público, mestranda em Ciências Jurídicas, ex-Defensora Pública do Estado do Amazonas e Procuradora do Estado do Amazonas. Contato: natashaoliveira@icloud.com

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19 que assola o Brasil desde o ano de 2020, muito além de ter alterado as formas de convivência, de trabalho e de lazer, vem trazendo reflexões jurídicas e políticas a respeito de diversos temas. No Brasil, um dos temas atuais mais polêmicos diz respeito à obrigatoriedade de vacinação. Enquanto uma parcela da população entende que a vacinação não pode ser imposta pelo Estado à população sob pena de violação de garantias constitucionais, outra defende a possibilidade de sua compulsoriedade.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, após ser instado a se manifestar por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.586 e 6.587 propostas, respectivamente, pelo Partido Democrático Trabalhista e pelo Partido Trabalhista Brasileiro, conferiu interpretação conforme a Constituição ao artigo 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes. Outrossim, estabeleceu a Suprema Corte que tais medidas podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Dentre as muitas possibilidades de analisar o caráter argumentativo do julgado, encontra-se a análise sob o prisma de um dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick, qual seja, o da universalização. É justamente sob esse viés que se pretende analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no presente artigo.

A opção pela doutrina de Neil MacCormick se justifica pelo fato do autor agregar elementos teóricos da argumentação jurídica com os aspectos morais e práticos que envolvem a tomada de decisões. Com efeito, diante da crescente polarização social em que nos encontramos, mais do que nunca é necessário que uma decisão pública, para ser de fato legitimada em relação aos seus destinatários, possua argumentos razoáveis e capazes de convencimento. Como o próprio autor estatui no prefácio da edição brasileira da obra *Retórica e Argumentação Jurídica*, o Direito não é somente a vontade dos poderosos, sendo capaz de expressar a vontade racional de toda a sociedade.

A opção pelo recorte metodológico de avaliar se a decisão contém elementos universais se deu pelo mesmo motivo, uma vez que se parte da compreensão que o Direito precisa cada vez mais apresentar proposições lógicas universais com o intuito de que, finalmente, a igualdade e a segurança jurídica sejam alcançadas.

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK

No presente trabalho, será adotado o método de pesquisa dedutivo, iniciando-se pela análise da teoria argumentativa de Neil Maccormick e do critério do universalismo para se concluir se os argumentos utilizados na decisão judicial podem ser considerados universais. Em relação à técnica de pesquisa, será utilizada a pesquisa bibliográfica.

A fim de que a exposição acerca do tema seja fluida, primeiramente far-se-á uma breve explanação acerca da teoria da argumentação jurídica defendida por Neil Maccormick.

Como se optou por analisar a decisão sob o enfoque do critério do universalismo, a respeito dele aprofundaremos a análise. Na sequência, a decisão do Supremo Tribunal Federal será analisada, apresentando-se o caso em linhas gerais e identificando-se os argumentos utilizados para a tomada de decisão e verificando se os argumentos podem ser considerados universais.

Como conclusão, será apresentada reflexão a respeito do cotejo analítico da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em referência à universalização, tal como caracterizada por Neil Maccormick.

2. LINHAS GERAIS SOBRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

O escocês Neil MacCormick formou-se em Filosofia e Literatura pela Universidade de Glasgow e em Direito pela Universidade de Oxford. Publicou o livro *Legal Reasoning and Legal Theory* em 1978 com grande inspiração em Hart, demonstrando como uma teoria que objetiva assegurar consequências adequadas de uma maneira que seja tanto consistente quanto coerente com as regras de Direito estabelecidas necessariamente inclui uma abordagem dos princípios e políticas. Seu trabalho também inspirou-se em Hume, na suposição de que valores são dependentes de atitudes pessoais e por isso não suscetíveis à solução objetiva em caso de desacordo.⁴

Posteriormente em 2005, seu trabalho pós-positivista intitulado de *Retórica e o Estado de Direito* consolida a sua experiência acumulada, revisa e reconstrói a posição de seu primeiro livro, respondendo ao trabalho de outros estudiosos e levando em consideração críticas feitas à sua obra anterior. Embora tenha conservado uma posição similar dos elementos a serem encontrados na argumentação jurídica, o autor deixa de lado o ceticismo

⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad.: Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.368.

valorativo de Hume e passa a utilizar uma variante da “tese da resposta certa” de Ronald Dworkin, distanciando-se, assim, da teoria de Hart.⁵

Para MacCormick, a segurança e a certeza são ideais que devem fazer parte do Estado de Direito e entre a decisão de aplicação da norma e o fato concreto existe um percurso controverso de interpretação e argumentação.⁶ MacCormick busca oferecer concepções compatíveis de argumentação jurídica e da previsibilidade e certeza necessárias em um Estado de Direito, realizando abordagens jurídicas da argumentação no contexto da decisão judicial que ressaltam os trabalhos de Chaim Perelman e Robert Alexy⁷. Para ele⁸:

Alguns argumentos são genuinamente melhores que outros, ainda que seja frequentemente possível que juízes razoáveis e bastante experientes diverjam quanto à conclusão correta a ser atingida. Nesses casos, decisões devem ainda assim ser tomadas, em caráter final, mas não infalível, porque não é contrapartida razoável usar métodos como uma votação majoritária para resolver uma questão que deve ser resolvida no interesse da justiça e da boa ordem.

MacCormick defende que a argumentação jurídica é uma ramificação da argumentação prática (*practical reason*) que consiste no uso da razão, articulada, de ordinário, por um processo lógico de dedução que se realiza pela subsunção de uma regra abstrata a um caso concreto. Reafirma a importância da argumentação jurídica pelo fato de ser um meio para alcançar um Estado de Direito “genuinamente objetivo, mediado pelos julgamentos fundamentados das cortes”⁹, defendendo que a argumentação é a reconciliação entre o ideal do Estado de Direito e o caráter argumentativo do Direito.

O filósofo desenvolve uma interação entre vários componentes da argumentação jurídica, reiterando o argumento da importância do silogismo jurídico para moldar o tipo de problema que casos jurídicos devem resolver. Ademais, reconhece a insuficiência da argumentação puramente dedutiva e destaca o valor da universalizabilidade e de um tipo restrito de consequencialismo na solução de problemas que vão além da dedução. Realiza também uma abordagem da interpretação tanto de leis quanto de precedentes e uma discussão sobre a coerência normativa na justificação de decisões jurídicas. O filósofo também reconhece o caráter excepcional de muitas conclusões e argumentos jurídicos e que

⁵ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.368.

⁶ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.XVI.

⁷ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.367.

⁸ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.2.

⁹ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.XIII.

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK

normalmente respostas certas podem ser encontradas ainda que diante de casos jurídicos mais difíceis.¹⁰

Ademais, destaca-se que a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick também é colocada no contexto de uma apreciação do Direito a partir da perspectiva do legislador. A experiência de argumentação e raciocínio legislativos foram adquiridos no período de 1999 a 2004, enquanto membro do Parlamento Europeu. O autor afirma que a argumentação legislativa, em alguns aspectos, era menos diferente da argumentação judicial do que geralmente se imagina ou se sugere. Conclui que a imagem do legislador exercendo uma discricionariedade livre e ilimitada, em contraste com o juiz dotado de uma fraca discricionariedade dentro da margem de liberdade que as ambiguidades do Direito conferem, é certamente muito exagerada¹¹.

A teoria argumentativa do jusfilósofo escocês objetiva, portanto, estabelecer uma visão de quais elementos de força e de fraqueza na argumentação que nos habilita a discriminar entre argumentos melhores e piores, mais ou menos racionalmente persuasivos.¹²

Após estas considerações iniciais, passa-se a adentrar no universalismo com a subsequente análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.586 e 6.587, sob a ótica da universalização.

3. UNIVERSALIZAÇÃO

Para Neil Maccormick a importância da universalização dos argumentos jurídicos repousa na ideia de igualdade e segurança jurídica que devem pautar um Estado Democrático de Direito.

A universalizabilidade é um dos elementos, para Maccormick, que devem fazer parte do “roteiro” para a justificação das decisões em casos difíceis. Com efeito, para ele, é inconcebível que, num Estado de Direito, os casos difíceis sejam analisados à luz da discricionariedade do julgador, motivo pelo qual buscou estabelecer a reconciliação entre o caráter argumentativo e o ideal do Estado Democrático de Direito.

De acordo com o que defende, o critério da universalização se funda justamente na necessidade de justiça formal e caracteriza-se pela exigência de que, no caso concreto, o julgador, ao decidir um caso que lhe tenha sido apresentado pelas partes, trabalhe os seus argumentos de tal forma que os termos de sua decisão sejam aplicáveis igualmente a

¹⁰ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.367.

¹¹ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.370.

¹² MACCORMICK NEIL, op. cit., XIII.

quaisquer pessoas que, em mesmas circunstâncias, pratiquem condutas que tenham a mesma qualificação jurídica¹³.

Nesse contexto, Maccormick defende que, muito embora os casos particulares não possam ser desconsiderados, também não se deve dar a eles uma sobrevalorização. Isso porque em todos os casos particulares colocados a julgamento, deve-se perquirir quais seriam seus elementos universais. Para tanto, buscar o porquê da justificação dentro da moldura do caso apresentado pelas partes é fundamental, justamente para que as razões da argumentação sejam dotadas de universalizabilidade.

Assim, buscar a razão pela qual se julga de determinado modo um caso particular é universalizar os elementos particulares de um caso. Para isso, deve-se reduzir a lide ao que Maccormick denominou de elementos essenciais: disputa, expediente realizado e julgamento. Através da extração desses elementos essenciais, existentes em qualquer disputa jurídica, seria possível, então, buscar a universalização das razões justificadoras do julgamento, alcançando-se, por conseguinte, o que ele chamou de proposições normativas universais.

De todo modo, Neil Maccormick destaca que a proposição normativa universal encontrada não teria o condão de se apresentar de maneira absoluta, uma vez que, dada a diversidade de casos que podem derivar das relações humanas e jurídicas, diversas vezes haveria fatores relevantes contrapostos que deveriam ser levados em consideração¹⁴.

Com efeito, não seria prudente considerar que todos os fatores e nuances a respeito de um caso sempre são levados em conta pelo julgador. Pensar dessa maneira seria, na verdade, utópico porque esperado apenas de um julgador com características sobre-humanas. Nesse sentido, Maccormick estatui que o máximo que um tribunal deve fazer é satisfazer-se com a existência de razões suficientemente boas para justificar o julgamento no caso presente¹⁵. Vale dizer, o julgador deve possuir sabedoria e serenidade para refletir sobre os fatos e circunstâncias que as partes apresentaram dentro do caso analisado e verificar a sua suficiência para a solução do problema¹⁶.

Diante da suficiência das razões, estabelece-se, então, uma universalização básica da justificação apresentada, com a qualificação de uma lista não exaustiva de razões contrárias a essa universalização. Essa lista seria não exaustiva, segundo Maccormick, justamente porque a variedade de circunstâncias humanas é tal que nunca podemos estar absolutamente certos de

¹³ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.197.

¹⁴ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.117.

¹⁵ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.121.

¹⁶ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.123.

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK

termos antevisto cada possibilidade, significando que estar aberto a surpresas e responder a elas de forma inteligente, é uma simples questão de sabedoria prática¹⁷.

De fato, Neil Maccormick deixa claro nos seus ensinamentos que não há decisão perfeita e completa, sendo a busca da universalizabilidade jurídica de um julgador correspondente a uma universalidade excepcionável. Contudo, essa universalidade excepcionável deve ser mantida como condição de justificação no âmbito da argumentação jurídica, não se confundindo com a mera generalização de argumentos¹⁸.

Dentro desse panorama teórico traçado por Maccormick, deve-se ter sempre em mente que a universalização que ocorre no Direito funciona dentro de um esquadro que já é definido pelo próprio Direito. A bem da verdade, o raciocínio jurídico inclui sempre uma reflexão sobre a importância que as regras estabelecidas têm em relação a situações particulares¹⁹, motivo pelo qual a universalização de argumentos jurídicos deve ter como base o ordenamento jurídico em que se encontra inserido o julgamento.

Com efeito, registra-se que a universalizabilidade defendida por MacCormick consiste em critério de justificação de decisões judiciais que encontra limites o princípio da legalidade e demais ideais do Estado de Direito, justamente porque no Direito não se deve formular os critérios universais no vácuo, mas no contexto de regras previamente promulgadas por legisladores e discutidas ou propostas por juristas e juízes²⁰.

Frisa-se, nesse ponto, que no entendimento de Neil Maccomirck, sequer há justificação quando não há a universalização dos elementos de um julgamento, afirmando que para que fatos particulares – ou motivos particulares – possam ser razões justificadoras, eles tem que ser subsumíveis a um princípio relevante de ação universalmente afirmado, mesmo que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável²¹.

A partir dessas ilações, verifica-se que, como Atienza²² descreve, Maccormick dedica-se mais diretamente aos problemas imanentes à prática jurídica, sobretudo, à argumentação judicial, tendo como referência a análise dos casos concretos.

¹⁷ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.124.

¹⁸ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.125.

¹⁹ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.132.

²⁰ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.198.

²¹ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.131.

²² ATIENZA, Manuel. *As Razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2014, p. 8, 173 e 187.

Cláudio Michelin²³ também destaca essa dedicação de MacCormick de extrair de cada caso concreto peculiaridades relevantes para se chegar ao produto final do processo de tomada de decisão:

Na explicação de MacCormick, a correta tomada de decisão depende tanto de percepção aguçada dos aspectos relevantes de uma situação particular quanto da conceitualização desses fatos relevantes como algo, isto é, o entendimento de cada aspecto particular do caso a partir de um conceito universal. Em outros termos, MacCormick aceita que ninguém tomará corretamente uma decisão se o processo de tomada de decisão for iniciado com um conjunto fechado de conceitos universais que deveria ser identificado na situação particular de modo a informar a decisão. Deve-se estar aberto a aprender com o caso, ou seja, é necessário ser capaz de perceber certos aspectos da situação particular como relevantes ao produto final do processo de tomada de decisão. Entretanto, a abertura do tomador de decisão ao particular não significa que o particular possa entrar no processo de tomada de decisão como tal. Compreender é sempre compreender algo como algo e, por essa razão, a universalização também desempenha um papel chave na tomada de decisão. Em outras palavras, o fato de que razões são universais não significa que todos os universais relevantes são sabidos de antemão antes de o agente que toma a decisão ter contato com o caso particular.

Ainda que MacCormick defenda a necessidade se alcançar a proposição universal para a tomada de decisão, ele admite que seria impossível caracterizá-la como absoluta, trazendo à lume o conceito de *defeasibility*:

O que se segue daí é que qualquer proposição universal concernente ao que seja correto pode acabar sujeita a exceções e qualificações até então não cogitadas, resultantes da integração entre mais de um princípio relevante(...) É certamente verdadeiro que qualquer universalização feita a partir de uma razão particular em um caso particular tem que ser aceita com uma certa cautela, porque diferentes circunstâncias podem sugerir exceções e qualificações que não haviam surgido à vista das circunstâncias do caso em consideração.

²³ MICHELON, Claudio. **Razão prática e traços de caráter: um comentário à teoria sentimentalista de MacCormick sobre a percepção moral.** Revista Brasileira de Filosofia, Editora Nacional, Ano 58, n. 233, 2009, p.296-311.

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK

Pode-se traçar um paralelo da concepção de MacCormick sobre defeasibility e o conceito de superabilidade das regras, de Humberto Ávila²⁴. Este último autor aduz que o intérprete, em casos excepcionais e devidamente justificáveis, termina analisando razões para adaptar o conteúdo da própria regra. Do mesmo modo, a excepcionalidade da proposição universal surge como possibilidade de adaptação à realidade com o objetivo de evitar injustiças, garantindo-se, assim, a segurança jurídica.

4. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 6.586 E N. 6.587

4.1. ANÁLISE DOS CASOS

O art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020²⁵ teve sua constitucionalidade, alcance e interpretação questionadas perante o Supremo Tribunal Federal através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.586²⁶ e 6.587²⁷ propostas, respectivamente, pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB).

Referida lei, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, prevê em seu art. 3º que as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, determinação de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas.

O Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com pedido de cautelar para ser dada interpretação conforme os arts. 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198, da Constituição Federal, ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020²⁸, desde que as medidas adotadas, amparadas em evidências científicas, acarretem maior proteção ao bem jurídico transindividual.

Por sua vez, o Partido Trabalhista Brasileiro – PTB ajuizou ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar arguindo a inconstitucionalidade do art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, por entender que tal dispositivo violaria os arts. 5º, caput, 6º e

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74.

²⁵ Brasil. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 [Internet]. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 6 fev. 2020 [citado em 23 junho. 2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm

²⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586 [Internet]. Repte: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>

²⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587 [Internet]. Repte: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>

²⁸ Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

(...)

III - determinação de realização compulsória de:

(...)

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

196 e seguintes, todos da Constituição Federal. Subsidiariamente, requereu a aplicação da interpretação conforme a Constituição Federal, para impedir que seja realizada vacinação compulsória nos casos em que as vacinas carecem de comprovação científica quanto a sua eficácia e segurança, evitando-se, assim, que a vacinação seja compulsória, diante da insegurança quanto à eficácia e eventuais efeitos colaterais das vacinas.

A ADI 6.587/DF foi distribuída por dependência à ADI 6.586/DF e o Ministro Ricardo Lewandowski foi o relator de ambas as ações. Diante da causa petendi aberta, característica das ações de controle concentrado, procedeu ao julgamento conjunto de ambos os feitos e aplicou aos processos o rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei das ADIs (Lei 9.868/1990), remetendo-os diretamente ao Plenário do STF, em razão da importância da matéria e a emergência de saúde pública decorrente do surto de coronavírus.

A seguir, serão abordados os argumentos utilizados no voto do Ministro Relator.

4.2. IDENTIFICAÇÃO DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS

De início, são mencionadas as duas garantias essenciais asseguradas às pessoas: a intangibilidade do corpo humano e a inviolabilidade do domicílio, ambas decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, III, da Constituição de 1988²⁹.

Aduz que inúmeros tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, estabelecem os parâmetros jurídicos e éticos que precisam ser levados em consideração no debate acerca dos limites da obrigatoriedade da vacinação, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto 592/1992³⁰. Aponta que o direito à incolumidade física também é assegurado pelo Pacto de San José da Costa Rica, o qual integra o ordenamento jurídico pátrio, por força do Decreto 678/1992, cujo art. 5º, 1, consigna que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Afirma que no âmbito da biomedicina, a reverência à integridade física, psíquica e moral das pessoas tem sido alvo de atenção por parte da comunidade internacional, com foco nos procedimentos médicos e experimentos científicos, desenvolvendo-se o conceito do livre convencimento informado.

Relembra que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também tem se direcionado à defesa da intangibilidade do corpo das pessoas, decorrente da dignidade com

²⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

³⁰ Art. 7º. Ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis ou degradantes, em todas as suas formas. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas.

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK

que devem ser tratados todos os seres humanos e aponta o julgamento que culminou na proibição de exame de DNA compulsório. Lembra, ainda, que esta Suprema Corte, no julgamento das ADPFs 395/DF e 444/DF, declarou inconstitucional a condução coercitiva de suspeitos indiciados ou acusados para interrogatório e outros atos processuais e, que editou a Súmula Vinculante 11³¹ seguindo a mesma *ratio decidendi* da afirmação de que as pessoas não podem sofrer qualquer violência física ou constrangimento corporal por parte do Estado e de seus representantes.

Cita dispositivos constitucionais e precedentes, concluindo que a obrigatoriedade a que se refere a legislação sanitária brasileira quanto à determinadas vacinas não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, bem como das demais garantias alhures mencionadas.

Ao analisar a disciplina legal e infralegal, segue ressaltando que observa que a Lei 13.979/2020 não prevê em nenhum de seus dispositivos a vacinação forçada e não estabeleceu consequência para o eventual descumprimento da imunização compulsória, limitando-se a consignar, no art. 3º, § 4º, que as “pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei. Não visualizando, portanto, a priori, nenhuma inconstitucionalidade no dispositivo legal, sem excluir a possibilidade do surgimento de situações nas quais a Constituição Federal venha a ser vulnerada, especialmente no momento em que o Poder Público decidir colocar em prática a “determinação de realização compulsória” da “vacinação e outras medidas profiláticas” (art. 3º, III, d), tendo em vista que as ações das autoridades sanitárias, podem suscitar possíveis conflitos entre direitos relacionados à liberdade individual e aqueles relacionados à saúde coletiva. Argumenta que a lei não inova nessa matéria, mas representa, tão somente, um reforço às regras sanitárias preexistentes.

Ademais, aduz que a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas. E rememora que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da CF, sobressai o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos.

³¹ “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Ao avançar e expor os demais argumentos a favor da restrição da autonomia individual assevera que a decisão política sobre a obrigatoriedade da vacinação deve considerar os consensos científicos, a segurança e eficácia das vacinas, a possibilidade de uma distribuição universal, os possíveis efeitos colaterais, sobretudo aqueles que possam implicar risco de vida, além de outras ponderações da alçada do administrador público e menciona ações que utilizaram o referido fundamento. Também afirma que, assim como ocorre com os atos administrativos em geral, é preciso respeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Afirma que³²:

Em suma, ainda que a vacinação não seja forçada, a imunização compulsória jamais poderá ostentar tal magnitude a ponto de ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. Afinal, é perfeitamente possível a adoção de uma política de saúde pública que dê ênfase na educação e na informação, ao invés de optar pela imposição de restrições ou sanções, como instrumento mais adequado para atingir os fins pretendidos.

Superada a discussão acerca da obrigatoriedade da vacinação, passa-se a analisar a controvérsia relativa a quais entes federativos compete adotar medidas relativas à vacinação no combate à pandemia da COVID-19.

Afirma-se de início que o Sistema Único de Saúde, rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos, qualificada pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle, ao qual compete, dentre outras atribuições, “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos”, assim como “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (art. 200, I e II, da CF)³³ É compatível com o “federalismo cooperativo” ou “federalismo de integração”, adotado pelos constituintes de 1988 que encontram previsão na competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF)³⁴ e na competência comum a todos eles e também aos Municípios de cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II, da CF)³⁵.

³² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586 [Internet]. Repte: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>

³³ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

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

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

³⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

³⁵ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK

Argumenta que o fato do Ministério da Saúde coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de vacinação não exclui a competência dos Estados, Municípios, e do Distrito Federal para adaptá-los às peculiaridades locais, no exercício da competência comum. Afirma que a Constituição Federal outorgou a todas as unidades federadas a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia.

Para demonstrar que já se utilizou do mesmo argumento anteriormente, cita a ADI 6.341-MC-Ref/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 15/4/2020, e relembra que a Corte referendou a cautelar por ele deferida, asseverando que os entes federados possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia em curso. Menciona que o Plenário do STF assentou que o exercício da competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica não restringiu a competência própria dos demais entes da Federação para a implementação de ações na saúde, como decidido na ADPF 672/DF.

E conclui que a atuação do governo central e das autoridades estaduais, distritais e locais há de ser, obrigatoriamente, concomitante para o enfrentamento da Covid-19, sem prejuízo da necessária coordenação exercida pela União.

Adotou-se, o parecer da Procuradoria Geral da República no sentido de que todas as medidas que vierem a ser implementadas, em qualquer nível político administrativo da Federação, para tornar obrigatória a vacinação, devem derivar, direta ou indiretamente, da lei, tendo em conta a incontornável taxatividade do princípio da legalidade.

A conclusão foi no seguinte sentido³⁶:

Isso posto, voto pela parcial procedência das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que:

(I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

³⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586 [Internet]. Repte: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>

lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e

(II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, firmou o entendimento que a vacinação compulsória não viola a Constituição, mas não pode se traduzir em vacinação forçada, por sempre exigir o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas e que tais medidas podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

5. UNIVERSALISMO E A DECISÃO TOMADA NA ADI N. 6.586

Ao Supremo Tribunal Federal coube encontrar a solução para os casos difíceis em questão, sendo possível identificar a adoção do universalismo de MacCormick. Pode-se afirmar que a colisão de princípios foi solucionada por meio da universalização do caso, da promoção da coerência do sistema de uma atenção com o futuro, na ótica de MacCormick³⁷.

O Ministro Luís Roberto Barroso³⁸, ao tratar da colisão de direitos, assim expôs:

Como se sabe, Presidente e prezados Colegas, inexistente hierarquia entre normas constitucionais, inexistente hierarquia entre direitos fundamentais. Portanto, não é constitucionalmente legítimo dizer que um direito valha, em tese, abstratamente, mais do que outro. Quando direitos entram em rota de colisão, a técnica que a interpretação jurídica generalizadamente praticada no mundo adota é a da ponderação entre esses direitos. Ponderar significa atribuir pesos a direitos contrapostos. Abstratamente, inexistente hierarquia entre direitos fundamentais, mas, diante das situações concretas, é possível sim, até porque senão não haveria solução, atribuir pesos e verificar qual deles deve ter precedência naquela situação concreta. Na ponderação, o

³⁷ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.253.

³⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587 [Internet]. Repte: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>.

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK

intérprete, idealmente, deve fazer concessões recíprocas entre os direitos em disputa de modo a preservar o máximo possível de cada um deles e, no limite, preservando, pelo menos, o núcleo essencial daquele direito. Desse modo, ponderar significa, em primeiro lugar, tentar fazer uma acomodação na maior intensidade possível entre os direitos contrapostos. Porém, em muitas situações, não é possível essa harmonização, e o intérprete, então, terá que fazer escolhas para que um direito prevaleça circunstancialmente sobre outro naquela situação concreta. Em tais situações, em que ele vai determinar a precedência de um direito sobre o outro, cabe ao juiz constitucional expor as razões pelas quais estará procedendo assim, estabelecendo a precedência em concreto de um direito fundamental sobre o outro.

Por sua vez, a Ministra Carmem Lúcia³⁹, menciona Robert Alexy:

22. Contrapõe-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.587 e no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.879, por um lado, a saúde pública e a necessidade de vacinação da população e, de outro, os direitos à liberdade de consciência e de integridade física da pessoa. Robert Alexy, sobre a teoria dos direitos fundamentais, ensina que, quando dois princípios colidem, um deles terá que ceder, sem que nenhum deles seja declarado inválido. Enfatiza que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, pois, “nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e (...) os princípios com o maior peso têm precedência”. , assim, que conflitos entre princípios “ocorrem (...) na dimensão do peso” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros 2. ed. p. 93-94 e 96). Assim, no caso concreto e em determinadas condições, um princípio pode ter precedência sobre outro.

O Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, conforme se depreende dos argumentos do voto do Ministro Relator, embasou-se em argumentos universais, já utilizados quando do julgamento de casos similares.

No voto dos demais Ministros da Suprema Corte também é possível identificar que a interpretação dada foi verificada em situações anteriores e podem ser seguidas em posteriores. Nas palavras de MacCormick “*se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente*

³⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587 [Internet]. Repte: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>

*casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (prima facie, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados*⁴⁰

Ao expor a respeito da intangibilidade do corpo humano, o Ministro Nunes Marques⁴¹ também fez alusão ao histórico a respeito da impossibilidade de qualquer medida sanitária levar à aplicação forçada da vacina, mediante meios de constrangimento físico, concluiu:

Não apenas pelo exemplo histórico, mas também pela própria configuração constitucional do direito à autodeterminação e ao próprio corpo, não é possível que haja imposição de vacinação por meios físicos. A obrigatoriedade da vacina, se decidida pelas autoridades competentes, nos termos das leis, pode ser sancionada tão somente por medidas indiretas de coerção, proporcionais e razoáveis, tais como multas e interdição de direitos cujo exercício possa ter alguma ligação com a falta da vacina, sem que haja qualquer tipo de constrangimento físico ao cidadão para tomar a vacina.

A Ministra Carmen Lúcia⁴², por sua vez, ao citar Ingo Sarlet, assim pontuou:

24. A compulsoriedade de vacinação não significa, nem poderia, imunização forçada, em desrespeito à integridade física do ser humano. Ingo Sarlet explica que o direito à integridade física ou corporal não foi reconhecido de modo expresse na Constituição de 1988, mas constitui, indiscutivelmente, “elemento essencial à dignidade da pessoa humana” e “assume a condição de direito fundamental da mais alta significação” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 443-444).

Como se pode inferir, o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade não apenas expôs os argumentos constitucionais, legais e morais que serviriam ao deslinde do caso. Houve a devida justificação do porquê de tais argumentos estarem sendo utilizados.

Quando se estipula que a vacinação não pode ser forçada aos cidadãos, o julgado não se restringe a dizer que a Lei questionada sequer fez tal exigência, mas, pelo contrário, utiliza-se do sucedâneo do princípio da dignidade humana, o qual garante a intangibilidade do corpo e proibição de invasão do domicílio.

⁴⁰ MACCORMICK NEIL, op. cit., p.191.

⁴¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587 [Internet]. Repte: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>.

⁴² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587 [Internet]. Repte: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>.

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK

De igual modo, ao fixar a tese de que a vacinação apenas poderia ter caráter obrigatório se cumprisse os requisitos do § 1º, do artigo 3º, da Lei n. 13.979/2020, justifica a razão pela qual o mandamento legal deve ser seguido: o dever de sopesamento, motivação e informação que deve guiar a conduta das políticas públicas de saúde.

Considera-se, então, que o Supremo Tribunal Federal alcançou o desiderato de universalização dos elementos particulares do caso exposto, uma vez que, tendo em vista os argumentos utilizados, novos casos com circunstâncias fáticas e jurídicas semelhantes poderiam ser julgados da mesma maneira.

6. CONCLUSÃO

Finalmente, cabe apresentar as considerações conclusivas a respeito do cotejo analítico da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em referência ao universalismo, tal como caracterizado por Neil Maccormick.

Como demonstrado ao longo do presente artigo, o universalismo, entendido por Maccormick como critério de avaliação de decisões judiciais tomadas em casos difíceis, parte do pressuposto de que a partir de um caso específico possibilita-se que a razão justificadora da decisão tomada seja consagrada como uma proposição universal.

Nesse sentido, extrai-se que a importância da universalizabilidade das decisões reside justamente na possibilidade de se alcançar um julgamento nos mesmos moldes de outras situações que envolvam os mesmos elementos essenciais.

Esse encadeamento entre as particularidades de um caso e a universalização extraída das razões justificadoras da decisão e, posteriormente, da aplicação dessas mesmas razões justificadoras em casos futuros é justamente o que, para Neil Maccormick, garantiria a segurança e a isonomia de um ordenamento jurídico.

Quando se transportou essa concepção de universalismo para a análise da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal – que tratou de um caso difícil - verificou-se que os argumentos utilizados pelo Ministro Relator podem ser considerados, à luz dos ensinamentos de Maccormick, como universais.

Isso porque, como delineado no tópico específico, a Suprema Corte, ao analisar os argumentos dos autores das duas ações diretas de inconstitucionalidade, demonstrou as razões justificadoras da tese fixada, as quais podem servir a todos os casos futuros que possuam as mesmas características. Com base nas disposições constitucionais, sobretudo com base no

respeito à dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, e considerando também a legislação de saúde brasileira que dispõe sobre o Programa Nacional de Imunizações, caso enfrentássemos uma nova pandemia e surgisse uma nova vacina, cuja obrigatoriedade fosse eventualmente questionada, os mesmos argumentos utilizados no julgamento em análise poderiam ser novamente utilizados.

A característica do universalismo dos argumentos trabalhados foi fruto justamente da plena justificação das razões que levaram a Corte a fixar a tese, tendo, a nosso ver, sido levado em consideração os diversos lados dessa questão tão delicada que diz respeito à imunização da COVID-19 por meio de vacina.

Com efeito, foi discutida a questão da impossibilidade de coação direta dos cidadãos pelo Estado, partindo-se da defesa de garantias constitucionais oriundas do princípio da dignidade humana, mas, ao mesmo tempo, ressaltando-se a importância de se alcançar a imunidade de rebanho, tendo por base a solidariedade social prevista também na Constituição, uma vez que, naturalmente, haveria pessoas que não poderiam ser vacinadas por questões imunológicas. De todo modo, também se ponderou que, de novo tendo por base garantias constitucionais, a vacinação apenas poderia ser obrigatória caso tivesse por base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes e viesse acompanhada de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes. Além disso, outro fator muito importante não foi olvidado pela Corte: a vacinação obrigatória apenas poderia ser implementada caso sua distribuição fosse universal e gratuita.

Obviamente, ao se afirmar aqui que os mesmos argumentos poderiam ser utilizados num caso futuro com as mesmas características, considera-se que a mesma moldura jurídica permanecesse, ou seja, que as disposições constitucionais e a legislação acerca do Programa Nacional de Imunização fossem as mesmas.

Diante desse panorama, entende-se que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.86 e 6.587 não possui o que Neil Maccormick denomina de problema de justificação das decisões jurídicas, porquanto houve a universalização dos elementos particulares do caso na medida da suficiência que se espera de um julgado.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. As Razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2014.

**VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA ANÁLISE DA
DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS ADI 6.586 E 6.587 À LUZ DO
CRITÉRIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DE NEIL MACCORMICK**

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros.

Brasil. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 [Internet]. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 6 fev. 2020 [citado em 15 fev. 2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586 [Internet]. Repte: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587 [Internet]. Repte: Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Intdo: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília; 17 dez 2020 [citado em 23 junho 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>

MACCORMICK, Neil. Retórica e Estado de Direito. Trad.: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MICHELON, Cláudio. Razão prática e traços de caráter: um comentário à teoria sentimentalista de Maccormick sobre a percepção moral. Revista Brasileira de Filosofia, Editora Nacional, ano 58, n. 233, 2009, p. 296-311.

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS¹

Ana Cândida Sousa Fonseca²

Virna Gonçalves Dourado Valiante³

RESUMO: Em virtude do processo de globalização, as migrações internacionais se tornaram uma tendência mundial. Hoje, a intensificação das desigualdades socioeconômicas, dos conflitos políticos e religiosos e até mesmo dos desastres naturais, impulsiona um intenso fluxo migratório que desafia a capacidade de resolução de conflitos da comunidade internacional. Tendo em vista o caráter global da questão migratória, que resulta no entrelaçamento de vários ordenamentos jurídicos em torno da discussão, o presente artigo pretende apontar como a tese transconstitucionalista de Marcelo Neves, e as pontes transversais que ele preconiza, se revelam como um caminho oportuno para a proteção efetiva dos Direitos Humanos de migrantes e refugiados, apesar de suas limitações.

PALAVRAS-CHAVE: Transconstitucionalismo. Direitos Humanos. Migração.

¹ Recebido em 20/08/2021

Aprovado em 27/06/2022

² Ana Cândida Sousa Fonseca – graduanda de Direito na Universidade Federal do Piauí – UFPI – anacsfonsecab@gmail.com

³ Virna Gonçalves Dourado Valiante - graduanda de Direito na Universidade Federal do Piauí – UFPI – virnagdv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A intensificação do fenômeno migratório é consequência direta do acentuado processo de globalização que se desenvolveu a partir da segunda metade do Século XX. Diante do fim da Segunda Guerra Mundial e com o advento da terceira revolução industrial - também chamada de revolução técnico-científico-informacional - as distâncias e as fronteiras passaram a ser obstáculos mais facilmente transponíveis. Assim, com a relativa superação das barreiras geográficas e com o crescente estreitamento das relações políticas e econômicas entre diversos países, as migrações internacionais se tornaram uma possibilidade palpável e, depois, uma tendência global.

É preciso, no entanto, analisar de forma mais crítica as causas e os impactos gerados por esse fenômeno. Segundo as estimativas da Organização Internacional para Migrações (OIM), divulgadas através do Relatório de Migração Global 2020, existem atualmente cerca de 272 milhões de migrantes internacionais ao redor do mundo. É um número expressivo, que tende a aumentar e que gera preocupação quando se coloca em perspectiva o fato de que cada um desses indivíduos possui uma série de necessidades a serem supridas, bem como direitos a serem protegidos.

Apesar de se tratar de um processo instável, no sentido de que é influenciado por uma série de variáveis até certo ponto imprevisíveis, como desastres naturais, conflitos políticos, questões religiosas e crises econômicas, é de extrema importância buscar entender a sistemática e o ritmo dessas migrações internacionais, justamente a fim de proporcionar uma assistência adequada a esses indivíduos.

Com frequência, pesquisadores apontam que o agravamento das desigualdades socioeconômicas a nível global é um dos principais estímulos contemporâneos para a intensificação das migrações internacionais. Nesse sentido, a maioria desses migrantes são indivíduos que estão em busca de melhores condições de vida, que emigram porque se veem sem perspectiva de progresso em seus países de origem. Isso significa que muitas dessas pessoas já se encontram em algum tipo de situação de vulnerabilidade social e econômica, que pode acabar se perpetuando, ou até mesmo se agravando, ao se deslocarem para um país que não proporciona os meios para que esses estrangeiros se integrem de forma digna à sociedade.

Além disso, em um mundo globalizado, o tratamento dispensado a esses migrantes é um problema de interesse internacional, inclusive sob a ótica jurídica. Existem hoje diversos ordenamentos jurídicos cujo âmbito de incidência vai além de fronteiras estatais e que, em conjunto com organizações internacionais, criam múltiplos níveis de proteção aos Direitos Humanos. Nesse contexto, a discriminação e a restrição de direitos básicos a que os

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

migrantes internacionais podem vir a ser expostos é um problema que, também, vai além das fronteiras estatais.

O Brasil, especificamente, é um país que vem recebendo um fluxo maior de migrantes nos últimos anos. De acordo com os dados divulgados pelo Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais – OBMigra 2020, entre 2011 e 2019 foram registrados 1.085.673 imigrantes no Brasil, considerando todos os amparos legais. Entre eles, cerca de 660 mil são imigrantes de longo termo, isto é, com tempo de residência superior a um ano. São pessoas oriundas, principalmente, da América Latina, com destaque para haitianos e venezuelanos que, considerando a realidade de seus países de origem, muitas vezes chegam ao Brasil precisando de amparo e proteção humanitária.

De um ponto de vista puramente legal, nosso país é bem equipado para tratar, internamente, das questões relativas à migração. Em primeiro plano, temos a Constituição Federal de 1988, que concede aos estrangeiros residentes no país, em seu art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Em segundo plano, destaca-se a nova Lei de Migração, que entrou em vigor em 21 de novembro de 2017, em substituição a antiga Lei 6.814 de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, que foi instituída ainda durante a ditadura militar e que demonstrava um forte caráter protecionista, focado na segurança nacional.

Acompanhando a necessidade de mudança, a nível internacional, no tratamento aos migrantes, e trazendo um maior foco na questão social, sob o paradigma de respeito aos Direitos Humanos, a Lei de nº 13.445 representou um avanço significativo quanto à postura do Estado brasileiro em relação à recepção de estrangeiros. Além de colocar a proteção dos direitos desses indivíduos como ponto central, outros aspectos importantes da lei podem ser ressaltados, como a garantia de acesso igualitário a serviços e benefícios sociais e o fato de que a regularização da migração passou a ser regra.

Considerando, também, que o migrante estrangeiro pode ser um refugiado, é importante salientar que o Brasil possui legislação específica sobre o tema: a Lei de nº 9.474 de 1997, que definiu o conceito de refugiado - qualquer pessoa que busca refúgio em outro país por fundado temor de perseguição ou devido à grave e generalizada violação de direitos humanos em seu local de origem - e que criou o CONARE - Comitê Nacional para Refugiados, pertencente ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, que é o órgão responsável por conceder o status de refugiado no Brasil.

Ademais, o Estado brasileiro é signatário de uma série de documentos que defendem a proteção dos Direitos Humanos e a livre circulação de pessoas, como o Pacto de San José da

Costa Rica de 1969 e a Convenção sobre Refugiados de 1951, por exemplo. Desse modo, é fato que o país possui um histórico de respeito e incentivo aos direitos dos indivíduos que estão em seu território, assumindo e reafirmando seu compromisso, inclusive, diante da comunidade internacional.

Entretanto, apesar de ser possível identificar no Brasil, além da ordem jurídica estatal, a influência de ordens locais, supranacionais e internacionais que tratam da proteção dos Direitos Humanos, na prática, essa proteção é falha. Em muitos casos os migrantes que resolvem se estabelecer no Brasil são expostos a graves violações até de seus direitos mais básicos, que conversam diretamente com a dignidade da pessoa humana. Para além dos graves malefícios causados por potenciais situações de xenofobia, a falta de efetividade desses diversos níveis de proteção aos Direitos Humanos marginaliza esses indivíduos.

A situação se agrava ainda mais quando se leva em consideração os migrantes em situação irregular, indocumentados, que se tornam invisíveis aos olhos do Estado e consequentemente sujeitos a violações ainda mais graves. No fim, os migrantes são negligenciados duplamente: primeiro pelo ordenamento jurídico brasileiro e, depois, em muitos casos, pela própria sociedade civil. Na obra *As Origens do Totalitarismo*, Hannah Arendt defende que: “O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade”. Sob essa ótica, é imprescindível que o imigrante seja acolhido como integrante da nossa comunidade e não visto como “o outro”.

Entretanto, a desconstrução da visão negativa do imigrante no imaginário social, por si só, não produz mudanças estruturais. É na tentativa de chegar a soluções práticas que proporcionem maior segurança quanto ao respeito aos Direitos Humanos que, no presente artigo, colocaremos em evidência a teoria transconstitucionalista de Marcelo Neves, que aponta para a necessidade de promoção de “conversações constitucionais”, isto é, defende o entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas de modo a chegar em uma solução que é fruto do aprendizado recíproco, da absorção do dissenso.

A seguir, será introduzido um breve panorama que trata desde as ideias kantianas acerca do chamado direito cosmopolita, passando pela tese do constitucionalismo global, até chegar ao transconstitucionalismo e seu diferencial. Aproximando, então, a teoria da realidade das migrações internacionais, ressaltar-se-á a posição impeditiva que o Estado brasileiro vem assumindo em relação ao diálogo constitucional para, a partir disso, ponderar sobre os limites da teoria enquanto potencial instrumento de transformação da realidade dos imigrantes no Brasil.

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

2. METODOLOGIA

Em face à problemática introduzida, desenvolve-se o presente artigo por meio de uma análise crítica da obra “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves, embasada, ainda, pela pesquisa bibliográfica de teóricos do assunto, de modo a contrapor suas elucidações com o contexto fático das migrações e da disposição de territórios mundiais sob o viés da política, cidadania e dignidade humana, com um recorte especial para o âmbito brasileiro.

Desse modo, optou-se por construir um itinerário de teorias - todas levadas em consideração pelo idealizador do transconstitucionalismo - que começa por Immanuel Kant, passa por Habermas e Canotilho, e desemboca no célebre Neves, com apontamentos críticos, positivos e negativos, das construções supracitadas frente ao cenário global atual.

Por conseguinte, será interligada a tese transconstitucionalista ao cenário do fenômeno migratório brasileiro, apontando as razões de sua melhor adequação à solução das problemáticas envolvidas. Por último, abandonando ideais utópicos, levanta-se os limites inerentes à própria teoria de Neves, discutindo fatores que impedem a sua plena aplicação e ressaltando a posição impeditiva que o Estado brasileiro vem assumindo em relação ao diálogo constitucional para, a partir disso, ponderar sobre os limites da teoria enquanto um possível instrumento de transformação social.

3. O DIFERENCIAL DO TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE OUTRAS TEORIAS

Em face à historicidade e à relevância da questão do direito de disposição sobre o território, diversos teóricos dedicaram estudos e reflexões acerca do tema, fazendo de suas concepções relevantes pressupostos para fomentar discussões sobre uma questão tão presente no contexto mundial. Isso posto, abordar-se-á, sob a perspectiva de pressupostos teóricos, o movimento da migração, com enfoque nos direitos humanos e no direito ao território.

No tocante à disposição à Terra, o jusfilósofo alemão Immanuel Kant aborda, em sua obra *À Paz Perpétua*, o Direito Cosmopolita e a questão da “hospitalidade universal”. Na sua concepção, “*ninguém tem mais direito do que o outro de estar em um lugar da Terra*”, e, em vista disso, defende o direito dos estrangeiros de não serem recepcionados de maneira hostil em solo alheio, criticando, de maneira análoga a esse tratamento, práticas que configurariam o que posteriormente foi chamado de colonialismo.

Desenvolvendo a ideia de que há um direito de visita – sob a égide de iguais proprietários da superfície terrestre -, e não um direito de hóspede – o qual iria conceber um maior poder de disposição da região ao grupo nativo, em detrimento dos que ali chegam -, os

Estados devem aceitar estrangeiros em seu território, se estes não configurarem dano ou perigo, tratando-os com hospitalidade, uma vez que todos os indivíduos são proprietários comuns do território mundial. Esse sentimento de hospitalidade e acolhimento levaria, inevitavelmente, ao que Kant concebe como sendo uma “constituição cosmopolita”, comum a todos os seres humanos, construindo, a partir disso, uma grande comunidade humana, que se aproxima da paz perpétua pela fundamentação de um direito público geral.

Em virtude disso, considerando tal direito universal como um instrumento essencial para a paz entre as nações, põe-se em relevo a importância de tal teoria kantiana para o contexto mundial atual, uma vez que o chamado Direito Internacional vem ganhando cada vez mais espaço, força e importância, em face, por exemplo, da efetivação dos Direitos Humanos em uma perspectiva universal. Nesse ínterim, adotando tal concepção de iguais proprietários, concebe-se um ideal de fluidez populacional entre as nações, ideal este que não iria expor os imigrantes a ameaças de violações a direitos próprios da sua condição de pessoa humana e que devem ser respeitados independente do lugar em que estejam. Ainda, tal cenário utópico conduzia as pessoas migrantes a uma condição de paridade em relação aos nativos, não estando, portanto, submetidos a subjugações nos diversos setores sociais em que irão fazer parte.

Todavia, apesar de elaborar tão célebre teoria idealista, Kant não apresenta, de forma sistemática, uma forma de aplicação prática que superasse os diversos conflitos que, de fato, decorrem do processo de migração. Em que pese o cenário ideal, que se torna um objetivo a ser alcançado pela comunidade mundial, enfrenta-se, na realidade, diversos entraves à efetiva integração digna do sujeito imigrante no território de chegada, motivados, principalmente por um olhar preconceituoso, tornando mais difícil ao imigrante o acesso a direitos sociais (à saúde, à moradia, segurança), direitos trabalhistas, privando-lhes, gradativamente, da sua dignidade, direito humano universal, que deve nortear o indivíduo independente do território. Isso posto, torna-se latente a exposição do imigrante e do refugiado ao agravamento de sua situação de vulnerabilidade e o distanciamento do que ora foi idealizado por Kant como sendo o direito cosmopolita.

Nesse contexto, sob outra ótica, o sociólogo e filósofo alemão Jürgen Habermas discorre acerca da formação da sociedade como tal a partir de um processo comunicativo, o qual irá incluir o indivíduo no pacto de nação, dispondo, assim, de seus direitos. A partir de um encadeamento de ideias, o ilustre sociólogo teoriza o processo de estruturação da sociedade a partir de dois princípios basilares: comunicação e pertencimento.

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

Desse modo, em sua Teoria da Ação Comunicativa, Habermas traz a ideia de que a comunicação das experiências constrói o conhecimento e, por tabela, a sensação de pertencimento, o que dá forma à sociedade. A partir do processo de comunicação – que é a base da democracia, segundo ao autor –, do momento em que ouve a outra experiência, o indivíduo se torna membro da sociedade e do pacto de nação, em uma situação de igualdade política e performática, ou seja, detém o direito de ter direitos e de reivindicar seus direitos, quando sentir que foi violado (direito de petição). Nesse sentido, de acordo com o autor, os direitos humanos se baseiam em iguais liberdades, em “ser membro” do pacto de nação e em ter direito à participação, configurando, assim, o ponto de partida para todos os demais direitos do indivíduo e da sociedade como um todo.

Nesse cenário, trazendo a construção teórica habermasiana para o contexto da migração, concebe-se que, a partir de um processo comunicativo, no qual o nacional se põe no lugar de ouvinte das experiências do imigrante, poderia haver a inclusão deste na sociedade, como um igual pertencente do pacto de nação e sujeito de direitos em uma situação de igualdade performática. Todavia, a problemática que surge da teoria comunicativa de Habermas é a ideia de um processo voltado para um consenso, um ponto de acordo comum entre os interlocutores. Tal ponto revela-se problemático no momento que se atenta à tendência da cultura dominante e majoritária da sociedade nativa se sobrepor às experiências do imigrante, em minoria, o que levaria a um consenso desequilibrado no que se refere a prevalência de culturas e experiências e, por conseguinte, a anulação e desvalorização da história e carga cultural do imigrante.

Outrossim, a Teoria do Constitucionalismo Global desenvolvida pelo jurista português Joaquim Gomes Canotilho, é de considerável importância para a análise de um problema mundial, como é o caso da imigração, que perpassa os limites das constituições estatais e integra uma perspectiva global. De acordo com tal teoria, a partir da interação jurídico-política entre Estado e Povo e da vertiginosa ascensão de um *jus cogens* internacional – preocupações globais com a defesa de direitos básicos a todos fixadas declarações, convenções e outros documentos internacionais – em torno da firmada concepção de prioridade de proteção e garantia da dignidade da pessoa humana nos constitucionalismos estatais, põe-se toda a comunidade mundial em uma estrada que leva a um fim comum: uma Constituição Global. Tal documento estaria voltado à proteção dos Direitos Humanos comuns a todos os indivíduos, independente da sua nacionalidade, e limitaria arbítrios estatais que possam ferir a efetivação de tais direitos.

Ao teorizar tal espécie de Carta, considera-se, de início, uma alternativa coerente, prática e possível para o tratamento de questões internacionais, que envolvem vários Estados e a perspectiva dos Direitos Humanos. Contudo, com a análise mais profunda dos efeitos de uma Constituição Global, em especial a longo prazo, identifica-se a problemática de que tal documento “ideal” funcionaria como *ultima ratio*, com uma concepção de Direito baseado em uma cultura jurídica comum.

Nesse panorama, ao considerar a pluralidade de sociedades existentes no mundo - cada qual com suas cultura e percepções jurídicas próprias adequadas a sua evolução histórico-social – formando minorias e majorias no contexto global, relembra-se a tendência constante do contexto dominante absorver os contextos mais enfraquecidos. Desse modo, ao criar uma constituição global que regeria igualmente contextos estatais tão diversificados, impondo suas prerrogativas - baseadas em óticas dominantes - a todo o mundo, o risco de aniquilação da identidade de culturas minoritárias pela adoção de um sistema jurídico não condizente com sua realidade fáticas seria concreto. Isso posto, a teoria do constitucionalismo global não seria eficaz para tratar de problemas mundiais envolvendo ordens diferenciadas – como é o caso da migração – sem que essas ordens e seus indivíduos percam sua identidade.

Diante do supracitado, em que pese a relevância e o mérito de cada teoria apresentada, infere-se não serem as mais adequadas para uma solução mais benéfica e respeitosa a todos os envolvidos no que tange à migração. É por tal razão que vem à tona o Transconstitucionalismo, teorizado pelo professor brasileiro Marcelo Neves, como a forma mais apropriada de diálogo para tratar e lidar com o assunto dos imigrantes e a questão da salvaguarda de seus direitos humanos e fundamentais em território estrangeiro, preservando sua cultura e identidade.

O Transconstitucionalismo, por sua vez, vem como uma forma de diálogo que inclui diversas ordens jurídicas, constitucionais e até mesmo anticonstitucionais, por meio de “pontes transversais”, em busca de um consenso que seja válido para todos os interlocutores. A teoria em tela considera e respeita as assimetrias das diversas ordens envolvidas na busca de uma solução para uma questão constitucional.

Dessa forma, para Neves é importante que, através dessas “conversações constitucionais” haja observações recíprocas entre as mais diversas ordens jurídicas em prol de uma reconstrução contínua de sua identidade a partir da alteridade, ou seja, os diferentes constitucionalismos, por meio de pontes de transição, conversam e identificam no outro aquilo de que sua própria ordem é carente e limitada para que possam reconstruir sua identidade e chegar a uma forma de resolução de um problema que os perpassa. As ordens,

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

portanto, influenciam-se e modificam-se mutuamente sem que cheguem a um consenso, a uma única resposta, mas sim a um dissenso que os preservem em essência e particularidades, mas também os melhorem, como o ilustre professor defende: “o aprendizado recíproco mediante o conflito”. Neves (2014) elabora:

Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, [...], cabe acrescentar que o ‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver.⁴

Com vistas à célebre teoria, não há hierarquias de ordens jurídicas, a solução para um problema específico comum é facilitada sem que haja conflitos ou subjugação de ordens em relação a outras. Assim, os problemas envolvendo Direitos Humanos e as diversas ordens constitucionais, decorrentes das práticas migratórias, são observadas agora buscando um dissenso reconstrutor.

O país de acolhida dos imigrantes está inserido em um diálogo com o país de saída do indivíduo e com outros países que lidam com a migração e, com isso, pode identificar nas outras ordens e experiências modos de solução de problemas e de efetivação dos direitos humanos e fundamentais do imigrante da forma que melhor se adapte e à sua realidade e melhore-a, sem que haja imposição das prerrogativas de outros países. Justifica-se, em virtude disso, que o diálogo transconstitucional se apresenta como a melhor alternativa mundial para o gerenciamento das inéditas questões geradas pelo movimento migratório.

4. O TRANSCONSTITUCIONALISMO E O FENÔMENO MIGRATÓRIO NO BRASIL

É possível argumentar que o elo entre a tese transconstitucionalista e a questão dos Direitos Humanos nasce precisamente da constatação de que as diversas ordens jurídicas do cenário mundial compreendem e tratam esses direitos de forma assimétrica. Entende-se que a principal causa dessa assimetria está na possibilidade de diferentes leituras sobre o tema, não havendo consenso absoluto, a nível teórico e, principalmente, dentro dos mais diversos contextos políticos pelo mundo, sobre o seu conteúdo, sobre a sua extensão de proteção e, especialmente, sobre quais são os instrumentos adequados para a sua efetivação.

⁴ NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 2014, n. 93, pp. 201-232. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>. Acesso em 5 de jul. 2021.

Essa problemática se revela de forma bastante clara nas situações que envolvem a proteção dos direitos dos migrantes internacionais, pois é inevitável que haja o envolvimento de mais de uma ordem jurídico-constitucional. Os problemas gerados pela intensificação do fluxo migratório são, portanto, problemas transconstitucionais. No entanto, a existência de diferenças históricas, culturais e políticas pode acabar dificultando a exequibilidade das soluções para esses problemas. Em outras palavras, a questão dos Direitos Humanos faz surgir relações transversais entre diferentes sistemas jurídicos que possuem e buscam solucionar os mesmos problemas de forma simultânea, mas não necessariamente semelhante, nem paralela, o que abre margens para situações de colisão.

Nesse contexto, o interessante da visão transconstitucionalista de Marcelo Neves é que a sua proposta de diálogo entre ordenamentos jurídicos não funciona de forma hierárquica ou impositiva. O diálogo e o aprendizado se desenvolvem sem que se defina a primazia de uma das ordens sobre as demais, não admitindo-se uma *ultima ratio* jurídica. Nesse contexto, o teórico infere que olhar para e através do outro é indispensável para entender o todo, afirmando que há, na visão de cada ordenamento jurídico, um ponto cego que o outro talvez já tenha visto.

É esse inter-relacionamento entre ordenamentos, em um plano reflexivo de suas estruturas normativas, que possibilita a incorporação recíproca de conteúdos. Trata-se de uma construção reflexiva de identidade que pode ser reconstruída continuamente. Oferece-se, assim, uma fonte inesgotável de caminhos para a solução de novos problemas que podem emergir, em âmbito jurídico-constitucional, como resultado do constante processo de transformação social ocasionado pelo deslocamento migratório pelo mundo.

Como mencionado anteriormente, esse sistema é, ao menos na teoria, bastante adequado para solucionar conflitos jurídicos gerados pela migração internacional. Entretanto, ao aproximar a possibilidade da realidade brasileira, identificam-se algumas barreiras que precisam ser melhor discutidas. Nesse ponto, a problemática em torno da proteção da soberania nacional ganha especial relevância.

Recentemente, a retirada do Brasil do Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular chamou atenção por se tratar de uma postura retrógrada. O documento em questão foi o primeiro a ser negociado de modo intergovernamental que trata especificamente sobre o problema da migração mundial de modo sistêmico, reconhecendo a necessidade de uma abordagem cooperativa, focada em resguardar, prioritariamente, o indivíduo migrante. Como justificativa, o atual governo afirmou a necessidade de tratar da questão dos migrantes de acordo com a realidade brasileira, colocando como preocupação central a soberania do país. A

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

comunidade internacional, claro, se posicionou de maneira receosa quanto à essa decisão brasileira.

Decisões como essa são delicadas e podem colocar o Brasil em desvantagem diante dos demais países, o que não é desejável em um mundo globalizado, onde relações políticas e econômicas internacionais são impostas como essenciais para o desenvolvimento de um país. Porém, ainda mais grave é a postura impeditiva ao diálogo transconstitucional que se revela diante da resistência do Estado brasileiro em aceitar a conversação constitucional, aclarando seu entendimento de que o ordenamento jurídico estatal brasileiro deve ser encarado como *ultima ratio*.

Sob o argumento de proteção da soberania nacional, o Brasil está indo na contramão da tendência - cada vez mais forte - de se buscar soluções globais para os problemas comuns à comunidade internacional, procurando-se, inclusive, superar as assimetrias na visão dos Direitos Humanos. Em última análise, trata-se de uma situação paradoxal. O entendimento do próprio Marcelo Neves é o de que relacionamentos transconstitucionais já existem e, em razão disso, precisam receber maior atenção para que se possa ampliar as suas possibilidades de aplicação. Resistir a essa realidade não só contribui para a perpetuação de situações de ofensa grave aos direitos humanos em território brasileiro, como também expõe o país a sanções políticas e, em casos extremos, até à interferência de ordenamentos jurídicos internacionais que, diante da impossibilidade do diálogo, podem vir a exercer as prerrogativas da sua posição hierárquica e impor uma solução, prejudicando, por fim, o que se procurava proteger: a soberania nacional.

No fim, a preocupação com o desrespeito aos direitos humanos dos imigrantes, não pode, no atual cenário global, ser colocado em segundo plano frente à soberania, pois diante do caráter universal atribuído a esses direitos fundamentais, a responsabilidade por sua efetivação se torna uma demanda global, principalmente quando o ordenamento jurídico brasileiro se mostra incapaz, mesmo com diversos mecanismos à disposição, de proteger e assegurar dignidade a cada um desses indivíduos. De fato, quanto maior o fluxo migratório, maiores os desafios que se apresentam, sendo insensato dispensar o aprendizado que pode nascer do entrelaçamento de ordens que enxergam e decidem acerca de problemas iguais, ou pelo menos bastante próximos.

Do ponto de vista do transconstitucionalismo, o diálogo é instrumento para desvelar a “melhor” verdade, isto é, contribui de forma decisiva para que se chegue na resposta jurídica mais adequada. Nesse sentido, utilizar o ordenamento estatal brasileiro como *ultima ratio* limita as possibilidades de solução, desconsiderando aquelas que poderiam surgir da absorção

do dissenso entre ordenamentos e a consequente necessidade de diálogo. Por último, é preciso ressaltar que esse obstáculo significativo não é exclusivo ao caso brasileiro. Existem limitações a nível global para o transconstitucionalismo enquanto um instrumento de mudança da realidade internacional, especialmente no campo das problemáticas geradas pelas migrações.

O aprendizado recíproco entre diferentes ordens jurídicas, constitucionais e também anticonstitucionais, nos moldes teorizados por Marcelo Neves, aponta para soluções cada vez mais consistentes e próximas, porém, ainda que o transconstitucionalismo permita, por seu caráter heterorreflexivo, que a identidade desses ordenamentos seja rearticulada em face uns dos outros, a assimetria entre essas ordens ainda será uma realidade e, apesar de serem respeitadas, ainda funcionam, até certo ponto, como obstáculo, principalmente nos casos de assimetrias mais severas.

5. OS LIMITES DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Em prosseguimento à linha de raciocínio supracitada, apesar de a ideia central do Transconstitucionalismo – de diálogo transversal entre ordens constitucionais diversas por meio de pontes de transição em busca de um dissenso que identifique em si o que falta a partir do olhar para o outro – apresentar-se como um meio ideal de solução para conflitos mundiais ao priorizar o respeito e a preservação da cultura, da identidade e da história de cada grupo em torno da ordem constitucional, cabe apontar a pretensão um tanto utópica de tal teoria. Ao considerar a realidade fática mundial, não se pode ignorar as reais dinâmicas de poder existentes entre as nações centrais e as nações periféricas, sobretudo quando ocorre a sobreposição daquelas em relação a estas em questões econômicas, culturais e, de maneira análoga, no âmbito da tentativa de debate político-jurídico-constitucional.

Nesse íterim, o movimento predominante da política mundial assenta-se no escalonamento e na hierarquização de instituições de poder fortes e dominantes como *ultima ratio* argumentativa para o contexto global, impondo seu *modus vivendi* como o ideal a ser seguido e copiado. Tal visão e comportamento configuram, dessa forma, uma limitação à efetivação do Transconstitucionalismo, uma vez que contraria a “heterarquia” preconizada pelo modelo ideal e cria uma espécie de bloqueio operativo aos países dominados.

Nesse contexto, à luz de Zygmunt Bauman (2017), “problemas globais pedem soluções globais”, portanto, o diálogo transconstitucional requer, para sua efetiva realização, posições equitativas entre todos os interlocutores e influências recíprocas entre eles para a busca de uma resposta mais adequada a um problema de dimensão internacional. Com um

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

olhar sensível à migração e à situação dos imigrantes, a hierarquização das potências mundiais culmina no uso político da retórica dos Direitos Humanos para fins de imposição de interesses de países centrais sobre os países periféricos, bem como as suas concepções de Direito e Justiça, configurando uma espécie de “Imperialismo dos Direitos Humanos”, como Neves (2014) conceitua. Tal dinâmica se mostra ineficaz e danosa às ordens minoritárias pois o modelo jurídico de Direitos Humanos que lhes é imposto para solucionar problemas supranacionais é baseado na construção histórica e cultural de países estruturalmente diversos, o que acaba por desvalorizar e suprimir as particularidades das nações periféricas.

Sob outra ótica, no tocante à aceitação dos imigrantes no país de acolhida, percebe-se que os incentivos a tal situação são condicionados a uma visão benéfica do imigrante por lentes economicistas e nacionalistas, ou seja, preocupa-se e destaca-se o benefício que tal indivíduo pode trazer à economia do país de acolhida. Essa visão limitada e autocentrada desumaniza o imigrante, coloca em uma posição inferior à população nacional e impõe a ele um estigma de “mão de obra” a ser explorado pelo Estado.

Ademais, cabe pôr em relevo a controvérsia existente entre o Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (2018) e a visão utilitário-economicista que os países sustentam quanto à migração. Enquanto o pacto propõe a humanização da pessoa do imigrante, vendo-o primeiro como sujeito de direitos e voltando a adjetivação “segura”, “ordenada” e “regular” para a pessoa do imigrante – não para o país que o está recebendo -, as motivações para a acolhida se voltam para os benefícios econômicos que ele pode trazer para o Estado de chegada e, até mesmo, para o Estado de saída (quando se pensa no envio de dinheiro para sustento de família que fica no país de origem).

Nessa perspectiva, a redução do imigrante a um gerador de renda o coloca em uma posição de desigualdade em relação à população nativa, e atribui a ele a busca por um “merecimento” para alcançar direitos que já lhe são inerentes pela sua condição de pessoa humana e status de pertencente ao pacto de nação. O imigrante, portanto, deve provar seu valor e contribuição ao país para que seja inserido na sociedade dali. A referida estratégia é dotada de um reducionismo economicista do indivíduo migrante e contraria, dessa forma, a concepção kantiana consagrada em “À Paz Perpétua” de que todos os indivíduos são proprietários comuns da Terra.

No que tange à realidade brasileira, conforme já abordado, ainda que signatário de documentos internacionais que legislam sobre Direitos Humanos, o Brasil continua a adotar uma visão hierárquica, priorizando a ordem político-jurídica nacional. Ademais, é possível identificar - de forma latente - nas políticas governamentais a respeito da migração, uma

posição utilitarista em relação aos imigrantes, que são considerados como fonte de produção de capital. Essa visão anula a cultura, história e personalidade desses povos imigrantes em prol da supremacia brasileira por questões territoriais, o que dificulta a inserção igualitária e a verdadeira formação de uma comunidade global.

6. CONCLUSÃO

É notório que o Brasil segue fechado a diálogos transconstitucionais, adotando uma posição consideravelmente autocentrada e limitada. Diante dessa realidade, seria interessante ao país – e não só ao Brasil, mas a todos aqueles que adotam posturas semelhantes – preocupar-se em assegurar, primeiro, a efetividade dos direitos dos imigrantes e refugiados, encarando-os, antes de tudo, como sujeitos de direito e como iguais “merecedores” de estar em território nacional.

Isso posto, compreende-se que indivíduos amparados e acolhidos como iguais, tendo os direitos inerentes à condição humana e o acesso a condições básicas para existência digna assegurados, vão, naturalmente, se incorporar à sociedade e movimentar a economia. Não se deve reduzir a permanência dessas pessoas no país às potenciais contribuições econômicas que possam proporcionar. A participação direta e positiva na economia de um país não é resultado da imigração, mas das condições que esses migrantes encontram para construir uma vida em seu país de destino. Necessita-se promover, portanto, um alinhamento entre a efetivação dos Direitos Humanos e o tratamento humanizado do indivíduo imigrante, para que ele se sinta devidamente acolhido e inserido na nação, preservando, por meio da sensação de pertencimento, sua dignidade, tal como preconiza Hannah Arendt.

Nesse sentido, infere-se que tal alinhamento pode ser desenvolvido através de um diálogo transconstitucional, no qual as nações interlocutoras se mostrem abertas a identificar em si mesmas os problemas e fraquezas que possuem no tratamento do tema e, ao mesmo tempo, identificar em outras realidades, para além de ordenamentos jurídicos estatais, pontos que podem ser absorvidos para a sua própria, sem que se perca a sua essência. Esse diálogo, todavia, seria otimizado se estes países, bem como os diferentes sistemas jurídicos que tratam das migrações internacionais, estivessem em uma posição de paridade, proporcionando, assim, uma troca equitativa. O fim dessas dinâmicas de poder no cenário mundial ainda é uma realidade distante, mas que deve servir como um norte para que se possa desenvolver o transconstitucionalismo enquanto instrumento para solução de problemáticas envolvendo os Direitos Humanos.

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Retrotopia**. Tradução Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 de jul. de 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 3 de jul. de 2021.

BRASIL. Lei 9.474 de 22 de julho de 1997. **Lei de Refúgio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em 1 de jul. de 2021

BRASIL. Lei 13.445 de 27 de maio de 2017. **Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 1 de jul. 2021.

CAVALCANTI, L. ; OLIVEIRA, T. MACEDO, M., **Imigração e Refúgio no Brasil. Relatório Anual 2020**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2020. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>. Acesso em: 1 de jul. de 2021.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. 4º ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997.

HANNAH, Arendt. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HANNAH, Arendt. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. 1 ed. Editora Companhia das Letras, 2013. KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projeto Filosófico**. Tradução de Artur Mourão. Universidade da Beira Interior. Covilhã - Portugal. 2008.

LMAUER, D. Transconstitucionalismo: **Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 108, p. 855-864, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68006>. Acesso em: 5 jul. 2021.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 2014, n. 93, pp. 201-232. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>. Acesso em 5 de jul. 2021.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ONU NEWS. **Número de migrantes internacionais no mundo chega a 272 milhões.** 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1696031>. Acesso em: 1 de jul. 2021.

SOLIANO, Vitor. **Transconstitucionalismo, interconstitucionalidade e Heterorreflexividade:** alternativas possíveis para a proteção dos Direitos Humanos na relação entre ordens jurídico-constitucionais distintas - primeiras incursões. *Direito UNIFACS–Debate Virtual* 144, 2012. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2147>. Acesso em 5 de jul. 2021.

SPOSATO, Karyna; LAGE, Renata. **A retirada do Brasil do Pacto Global para Migração Segura: um olhar crítico pela ótica do transconstitucionalismo.** Caderno de Relações Internacionais, [S. l.], v. 11, n. 20, 2020. Disponível em: <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1261>. Acesso em: 3 jul. 2021.

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INCLUSIVA PARA OS SURDOS¹

Manoel Eudâmidas Damasceno Segundo²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre a legislação brasileira que criou ações afirmativas em favor de grupos especiais, os quais, devido a situações orgânica-funcionais: deficiência sensorial auditiva não estão completamente inseridos na sociedade seja para o trabalho, a academia ou mesmo a convivência em grupos sociais e familiares. Este artigo faz uma revisão documental daquilo que hodiernamente há no sistema jurídico brasileiro em promoção de ações afirmativas para com os indivíduos que detêm necessidades especiais em geral e dos surdos em particular. Os resultados demonstram que a despeito da farta legislação em benefício dos portadores de necessidade especial, na prática pouco tem sido feito para a verdadeira inserção destes nos ambientes a que lhes é assistido o direito e que mesmo tendo leis que criam desigualdades em benefício daqueles que são desiguais em decorrência de sua situação física o ordenamento jurídico não alcança estes cidadãos ou quando o fazem limitam sobremaneira a atuação destes reproduzindo e perpetuando uma realidade ruínosa para os deficientes físicos no geral e os surdos em específico.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de Leis brasileiro. Ações afirmativas. Surdos.

¹ Recebido em 18/08/2021

Aprovado em 09/06/2022

² Licenciado em ciências biológicas pela Universidade Estadual do Piauí, Professor de Biologia no Ensino Médio da rede pública do Estado do Piauí, Oficial de Gabinete de Magistrado lotado na 2ª Vara da Comarca de São Raimundo Nonato – PI, Mediador e Conciliador Judicial no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, e-mail: Manoel.segundo@tjpi.jus.br ou manoeusrn@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas (ONU 1948) cujo Brasil inclusive é signatário prescreveu em seu artigo 2º:

Art. 2º: Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

(...)

Ou seja, todos os indivíduos podem invocar os direitos e as liberdades garantidas pelos sistemas de normas criados pelos variados países partícipes da referida declaração e este é o caso da nação brasileira. Como se verá a própria Constituição Federal e legislação adjetiva a ela subordinada realmente criou inúmeras normas de inclusão social, laborativa e diversas formalidades para serem seguidas.

Indivíduos portadores de necessidades especiais, em suas mais variadas formas, possuem uma série de direitos garantidos pela farta legislação brasileira que pelo menos desde a Constituição Federal de 1988 (BRASIL 1988), os insere, promove sua integração e a convivência na sociedade quer por antever programas de inserção e/ou integração social, quer por meio de ações afirmativas que prescrevem desigualdades de direitos comuns aos demais cidadãos e diferenciados aos mesmos em razão de sua situação física.

Contudo, a literatura cita que a criação de leis nem sempre asseguram direitos, conforme descrevem Câmara e Souza:

criação de leis não garante, por si só, a efetivação das propostas bilíngues defendidas pelo movimento surdo, já que, como visto, o discurso jurídico é politicamente marcado, e tampouco o Direito é uma instância que promove a justiça ou a alteração das práticas existentes” (2017. p. 60)

Por meio de revisão de literatura e documental este trabalho objetivará, a despeito da legislação abrangente, moderna e integradora para com as pessoas portadoras de necessidades especiais, demonstrar se o que tem sido feito em termos de políticas públicas em benefício destes e especificamente dos surdos, têm realmente tornado o país mais inclusivo. Objetiva-se

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INCLUSIVA PARA OS SURDOS

saber em qual patamar se encontra a nação brasileira, tendo em conta a realidade de milhões de indivíduos que são portadores de necessidades especiais (IBGE 2017).

O Poder público resiste em se adaptar a legislação que há muito tem criado benefícios para os desiguais devido sua condição física, ou ele promove a inclusão e é partícipe da verdadeira inserção dos indivíduos portadores de necessidades especiais?

Estas respostas são muito importantes uma vez que grupo considerável de indivíduos brasileiros apresentam algum tipo de necessidade especial e ações afirmativas não podem ficar apenas no campo das leis são necessárias ações executáveis e seguidas por todos. Isto assume uma importância ainda maior quando se pensa que todos os que são humanos podem desenvolver necessidades especiais e que a estes são assegurados os direitos inerentes à pessoa humana.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Há bem mais de três décadas, no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988 foram, aos poucos, sendo prescritos diversos direitos aos Portadores de Necessidades Especiais. Muito mais que direitos especiais, estes indivíduos especiais têm prerrogativas enquanto seres humanos, que por definição são um conjunto de privilégios especiais ou vantagem inerente a determinado grupo ou instituições (LEXICO 2017).

Assim, não se espera que a sociedade seja igualitária, uma vez que há variadas necessidades por parte das pessoas com deficiência, entretanto, se deve, ao rigor da carta maior da república, prescrever condições diferenciadas a estas com a finalidade de atingir a dignidade esperada para a natureza humana.

Por exemplo, não seria adequado que dois indivíduos tivessem as mesmas condições de acesso à uma sala de aula se um destes fosse cadeirante, evidentemente sua cognição não seria afetada por um problema físico, entretanto, caso não haja acessibilidade o indivíduo em cadeira de rodas seria prejudicado quanto ao acesso à informação propiciada através da aula e, portanto, teria uma maior dificuldade para alcançar o conhecimento e o que este desencadeia.

É fácil perceber que estes indivíduos, aí incluídos dentre os deficientes físicos outros que têm alguma limitação sensorial e mesmo intelectual, necessitam de desigualdades a fim de lograr êxito em coisas que talvez sejam simples para outros que não tem uma limitação incapacitante;

Há nisso a máxima expressa na Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, “*caput*”:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

Diz o ordenamento jurídico basilar brasileiro que “todos são iguais” (BRASIL 1988) fazendo então entender-se que há uma ideia principiológica de igualdade o que de fato deve haver no sentido geral da terminologia, porém, não há como haver igualdade pelos desiguais em sentido físico, sensorial, intelectual. Nesta senda, deve-se entender a contrario sensu desse ordenamento, a saber: ‘Direitos iguais para os iguais, na medida de sua igualdade e Direitos desiguais para os desiguais na proporção de sua desigualdade’.

Isto de fato tem sido reconhecido na legislação pátria nas últimas três décadas, como exemplo, a própria Constituição Federal de 1988 nos seus artigos 7º e 37º:

Artigo 7º- (...)

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Artigo 37º- (...)

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Aborda-se acima aquilo que, por óbvio, deve haver numa sociedade plural em que há um enorme número de pessoas deficientes, inclusive as estimativas dão conta de que no Brasil cerca de 46 milhões de pessoas sofrem com algum tipo de deficiência (IBGE 2017). Assim seria de se esperar um sistema que permita a integração dos deficientes à sociedade.

Há, no campo das leis, inúmeras previsões em benefício dos deficientes físicos, citar-se-á neste trabalho Legislações que abordam os Direitos destes, como percentual de quadro de pessoal em instituições públicas com capacitação em atendimento especializado até a não discriminação de portadores de necessidades especiais.

Ao abordar-se esta temática se demonstrará que há farta e abrangente legislação em favor dos portadores de necessidades especiais em particular os surdos, objeto preponderante do presente trabalho, bem como alguns de seus direitos garantidos por lei. Será verificado, **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, PI, Vol.3, N.1, jul/jun, 2022. ISSN:2526-7817

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INCLUSIVA PARA OS SURDOS

observando a literatura, se estes indivíduos têm obtido êxito para si próprios considerando as desigualdades criadas em decorrência de sua situação física.

Para esta demonstração será feita uma breve retrospectiva dos Direitos alcançados, no plano frio das leis, pelos portadores de necessidades especiais desde a constituição de 1988 até o presente, com os avanços que foram feitos com o novel Estatuto da Pessoa Com Deficiência, através da Lei que o cria, a qual seja: Lei Brasileira de Inclusão nº 13. 146/15 (BRASIL 2015) e normas infra legais estabelecidas.

Para o correto entendimento e uma melhor visão cronológica, bem anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, há a Lei Federal 10.098 (BRASIL 2000) que prescreveu normas básicas e critérios gerais para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Esta legislação no âmbito federal é a primeira que determina no seu artigo 18 que o Poder Público implementaria formação de profissionais capacitados para comunicação entre ouvintes e aqueles com deficiência sensorial: cegueira, surdos.

Após este marco inicial ocorre outra importante inovação legislativa, a qual seja: A lei que reconhece a língua brasileira de sinais como meio legal de comunicação Lei Federal 10.436 (BRASIL 2002). Dentre outras inovações este pergaminho legal em seu artigo 3º antevê:

Art. 3º As instituições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva, de acordo com as normas legais em vigor.

(...)

Verifica-se um engrossamento do arcabouço jurídico de forma a prestigiar, ou pelo menos prever, a inclusão nas mais variadas esferas de atuação das pessoas portadoras de deficiências e em particular dos surdos. Contudo, para pessoas portadoras de necessidades especiais, notadamente, até a promulgação das alinhavadas leis não havia previsão legal englobando estes públicos, que já ascendiam a milhões de indivíduos inclusive havia ausência de previsão até mesmo pelo poder público.

Entretanto, ainda havia lacunas a serem preenchidas, no campo das Leis para com os desiguais em função de suas deficiências sensoriais. De maneira que se estabeleceu através do Decreto 5.626 do governo federal, no ano de 2005 (BRASIL 2005). Esta norma prescreve novamente a obrigatoriedade da inclusão dos surdos e determina a Libras como disciplina

curricular obrigatória nos cursos de licenciatura e outros bem como oferta optativa nos demais cursos, conforme seu artigo 3º

Art. 3º A Libras deve ser inserida como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação de professores para o exercício do magistério, em nível médio e superior, e nos cursos de Fonoaudiologia, de instituições de ensino, públicas e privadas, do sistema federal de ensino e dos sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º Todos os cursos de licenciatura, nas diferentes áreas do conhecimento, o curso normal de nível médio, o curso normal superior, o curso de Pedagogia e o curso de Educação Especial são considerados cursos de formação de professores e profissionais da educação para o exercício do magistério.

§ 2º A Libras constituir-se-á em disciplina curricular optativa nos demais cursos de educação superior e na educação profissional, a partir de um ano da publicação deste Decreto.

(...)

O Decreto 5.626 fez outras importantes inovações no campo das previsões legais, como a escolarização bilíngue – em Português e Libras – com possibilidade dos alunos surdos, desde os primeiros anos da educação formal, juntamente com os ouvintes terem professores com qualificação tanto em uma quanto em outra língua formando um modelo mais inclusivo e que se conhece como Atendimento Educacional Especializado (AEE).

Outro Decreto que se tornou parte da constituição Federal, através de uma emenda, é a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência. Este Decreto sob número 6.949/09 (BRASIL 2009), enfatiza a garantia de educação de pessoas, em particular crianças, cegas, surdocegas e surdas, que deverá ser ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes nos quais sejam favorecidos o máximo de seu desenvolvimento acadêmico e social.

Dispondo sobre a educação especial, inclusive tratando de questões econômico-financeiras o Decreto 7.611, (BRASIL 2011) em seu artigo primeiro explica o dever do estado em prover a educação das pessoas público-alvo da educação especializada

seguindo as diretrizes que discorre, mas merece consideração especial que novamente mencionam-se os surdos, atrelando-os à norma regulamentada no Decreto Lei 5.626, de 22 de dezembro de 2005. Também enfatizando o que a união é obrigada a prover, no artigo 5ª, prescreve:

Art. 5º A União prestará apoio técnico e financeiro aos sistemas públicos de ensino dos Estados, Municípios e Distrito Federal, e a instituições

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INCLUSIVA PARA OS SURDOS

comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, com a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, matriculados na rede pública de ensino regular.

(...)

§ 2º O apoio técnico e financeiro de que trata o **caput** contemplará as seguintes ações:

(...)

III - formação continuada de professores, inclusive para o desenvolvimento da educação bilíngue para estudantes surdos ou com deficiência auditiva e do ensino do Braile para estudantes cegos ou com baixa visão;

(...)

Descrevendo o Plano Nacional de Educação (PNE) que se converteu na Lei 13.005/14 (BRASIL 2014) com metas e estratégias para até o fim de sua vigência que se dará em 2024 estabelecer percentuais mínimos de atendimento. Merece destaque para a análise aqui ventilada as estratégias 4.7 e 4.8 do referido diploma legal:

4.7) garantir a oferta de educação bilíngue, em Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS como primeira língua e na modalidade escrita da Língua Portuguesa como segunda língua, aos (às) alunos (as) surdos e com deficiência auditiva de 0 (zero) a 17 (dezessete) anos, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas, nos termos do [art. 22 do Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005](#), e dos arts. 24 e 30 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como a adoção do Sistema Braille de leitura para cegos e surdos-cegos;

4.8) garantir a oferta de educação inclusiva, vedada a exclusão do ensino regular sob alegação de deficiência e promovida a articulação pedagógica entre o ensino regular e o atendimento educacional especializado;

(...)

É que o estado brasileiro, através do susomencionado imperativo legal, garante que a oferta de educação bilíngue, em Língua Portuguesa e Libras aos alunos surdos ocorrerá de 0 (zero) a 17 (dezessete) anos em escolas e classes bilíngues. Assim como seria vedada a exclusão do ensino regular para supostamente promoção da educação apenas aos surdos, dando guarida ao Atendimento Educacional Especializado.

Não menos importante, o Decreto 9.656 (BRASIL 2018), alterando o Decreto 5.626, dando nova redação aos artigos 26 e 27 deste, prevê, inclusive um percentual mínimo de seus

quadros de pessoal que possuam qualificação básica em Libras, não apenas órgãos públicos, mas até mesmo os concessionários dos referidos serviços, conforme abaixo:

Art. 1º O [Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 26. O Poder Público, as empresas concessionárias de serviços públicos e os órgãos da administração pública federal, direta e indireta, deverão garantir às pessoas surdas ou com deficiência auditiva o seu efetivo e amplo atendimento, por meio do uso e da difusão da Libras e da tradução e da interpretação de Libras - Língua Portuguesa.

§ 1º Para garantir a difusão da Libras, as instituições de que trata o **caput** deverão dispor de, no mínimo, cinco por cento de servidores, funcionários ou empregados com capacitação básica em Libras”.

(...)

No campo das leis a nº 12.319 (BRASIL, 2010) regulamenta a profissão de tradutor e intérprete de Libras (TILS) nos vários contextos educacionais dos estudantes surdos ela combinada com o Decreto 5.626 (BRASIL, 2005) prevê a necessidade de formação em nível de graduação do TILS através de curso superior de Tradução e Interpretação, com habilitação em Libras-Língua Portuguesa.

Na presente revisão documental e bibliográfica levanta-se inúmeros dispositivos legais, estes que criam muitas desigualdades para os desiguais na medida de suas diferenças de natureza física. Contudo, o que se pretende é destacar se de fato as alterações legislativas melhoraram a inclusão dos portadores de necessidades físicas, em particular os surdos?

A criação de leis nem sempre asseguram direitos, e não garante, por si mesmas, a efetivação das propostas que venham de encontro aos anseios da comunidade surda uma vez que o discurso jurídico é politicamente marcado para atingir determinados grupos e o Direito nem sempre promove a justiça ou a alteração das normas existentes para beneficiar indistintos grupos, na prática o que se observa é que os sistemas de Leis atendem a interesses e que nem sempre são das pessoas portadoras de necessidades especiais (CÂMARA; SOUZA 2017. p. 60).

O mais grave no caso é que as Leis criadas, dificilmente trazem algum tipo de reprimenda para quem descumpre. Ao que se verifica parecem ilegalidades veladas ou despercebidas. E a rigor, estas ilegalidades deveriam ser específicas, diagnosticadas, taxativas e devidamente punidas (FOUCAULT, 1987).

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INCLUSIVA PARA OS SURDOS

Em grande parte das vezes o poder público cria normas para todos seguirem, inclusive ele próprio, contudo, às vezes até mesmo as instâncias públicas fecham os olhos para normas a todos impostas. Muitas vezes, é necessário até mesmo se socorrer do Poder Judiciário para ver um direito, garantido por farta legislação devidamente efetivado, embora as políticas educacionais já estejam definidas mas não implementadas a efetivação em geral é feita através da judicialização (RODRIGUES; ASSIS 2019).

3 METODOLOGIA

Trata-se de uma revisão documental e bibliográfica, constituindo técnica que alberga e resume as leis em vigência que criaram normas para os portadores de necessidades especiais e sua aplicação prática, por meio da análise das tratativas do tema evidenciadas em estudos iniciais.

O desenvolvimento da revisão utilizou-se como fonte primária de dados consulta, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e da Constituição Federal, bem como às leis federais: Lei de acessibilidade, Nº 10.098/00 (BRASIL 2000), Lei 10.436/02, (BRASIL 2002), Decretos 5.626 (BRASIL 2005), 6.949 (BRASIL 2009), 7.611 (BRASIL 2011), Leis 12.319 (BRASIL, 2010), 13.005 (BRASIL 2014) – Plano Nacional de Educação, com vigência até o ano de 2024, Decreto 9.656 (BRASIL 2018) e a Lei 13. 146 (BRASIL 2015), que é o Estatuto da Pessoa com Deficiência e como fonte secundária artigos para a revisão; definição das características das pesquisas; análise dos trabalhos; interpretação dos resultados e, relato da revisão.

O procedimento utilizado para o desenvolvimento do presente artigo foi a reunião de informações, baseadas na busca na legislação brasileira, tratados internacionais em que o Brasil é signatário, bem como documentos formais do governo brasileiro, dissertações e teses que possuam referência sobre o assunto, indexadas nas mais diversas plataformas, utilizou-se como buscas, as seguintes palavras-chaves: Pessoas com deficiência. Sistema de Leis brasileiro. Ações afirmativas. Surdos.

Após a reunião do material documental e bibliográfico que atenderam aos critérios de inclusão foi feita a coleta de dados de interesse, evidentemente as legislações brasileiras em vigor que tratam do tema e arcabouço consistente em artigos que problematizam a situação delimitada. Abrangendo um espectro enraizado nas leis que são ou foram parte do sistema político-jurídico que norteiam a sociedade atual. Por fim a análise dos dados.

Para este trabalho de pesquisa foram avaliadas as publicações entre os anos de 1988 e

os dias atuais – uma vez que se tratou de uma pesquisa documental em fontes legais e que estas podem ter uma abrangência para muito além da data em que foram produzidas, é que se trata na sua maioria de leis brasileiras ou tratados em que o sistema brasileiro tornou-se signatário, assim como teses, dissertações e artigos nos anos de 2017 a 2021 acessíveis, na íntegra ou em parte no idioma português para que se evidenciem com o trabalho os avanços em torno do tema.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Após se debruçar pelas fartas, abrangentes, envolventes e integradoras legislações hodiernamente em vigor, que criam desigualdades para pessoas desiguais por serem estas portadoras de necessidades especiais, físicas ou sensoriais, se verifica que o legislador não poupou em criar um sistema jurídico complexo, que há mais de trinta anos tem oportunizado direitos ao público especial que deve, realmente, à luz da Constituição Federal e (Brasil 1988) legislação adjetiva, verifica-se que muito foi feito no campo das Leis.

Deveras, há cerca de uma dezena de leis atualmente em vigor apenas tratando da inserção e/ou inclusão de todos independentemente de suas deficiências. Desde a Constituição Federal, até mesmo decretos que fazem parte do arcabouço jurídico vigente. Se pode mencionar, sem dúvidas, que estas criações legislativas são excelentes intenções do legislador pátrio em promover a inserção e inclusão dos portadores de necessidades especiais.

Dentre os direitos previstos poder-se-iam citar inúmeros, mas concentrar-se-á naqueles que dizem respeito aos deficientes em geral, mas surdos em particular, como Constituição de 1988 (BRASIL 1988) que descreve que todos são iguais, assim sendo: todos são iguais perante a Lei, os desiguais precisam de mecanismos para estar em pé de igualdade de condições com outros que por não ter deficiências físicas ou sensoriais poderão se beneficiar daquilo disponível tanto em nível de programas públicos como em instituições privadas, razão pela qual há necessidade de ações afirmativas por parte do poder público para integrar a estes.

Neste sentido, a Lei de acessibilidade, Nº 10.098/00 (BRASIL 2000) estabelece que não devem haver barreiras físicas, arquitetônicas, urbanísticas ou quaisquer outras, por força desta que é um imperativo legal, para a acessibilidade daqueles que cadeirantes ou que com função motora limitada não sejam então impedidos de adentrar em logradouros públicos ou espaços privados de uso coletivo. Este marco legal é fundamental, mas distante da realidade, uma vez que embora a Constituição Federal de 1988 já previu, a contrario sensu, que todos deveriam ter igualdade de condições.

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INCLUSIVA PARA OS SURDOS

Verifica-se, portanto, a demora para o poder público se obrigar e obrigar aqueles que estão sob sua tutela, ou seja, toda a sociedade, a integrar e fazer incluir aqueles que assim não podiam por conta de impedimento físico ou sensorial.

Após este avanço, houve significativo avanço para com a comunidade surda, oriunda da Lei 10.436/02, que determinou dentre outras medidas que a Língua Brasileira de Sinais é um idioma oficial do Brasil e que, portanto, este deveria ser implementado, inclusive tentando inserir os surdos e corretamente “obrigando poder público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos, formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais - Libras como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil” (BRASIL 2002).

Também a referida legislação obrigou que os órgãos públicos ou os seus permissionários nos seguintes termos: “As instituições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos assistência à saúde devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva, de acordo com as normas legais em vigor” (BRASIL 2002). Uma novidade importante, uma vez que até mesmo a carta maior da república prescreve que saúde é Direito de todos, contudo, como este direito pode ser efetivado caso não haja pessoas que detenham conhecimento para comunicarem-se?

Novamente, muito tempo depois da Constituição Federal já prever normas, uma legislação traz a forma como este Direito deve ser assegurado. Talvez demasiadamente tarde, uma vez que indizível a quantidade de pessoas que foram prejudicadas com a ausência da norma.

Outra inovação muito apropriada e oportuna foi o Decreto 5.626 (BRASIL 2005) que tornou obrigatório no currículo de todos os cursos de licenciatura, fonoaudiologia e aqueles que têm relação com educação a disciplina de Libras. Contudo, tal ordenamento ocorreu apenas em 2005! O abismo linguístico que havia e ainda há entre os ouvintes e os surdos, só foi objeto de Lei a pouco mais de uma década e meia. Um atraso colossal, dado que os censos oficiais do governo já enfatizavam a quantidade de pessoas surdas em variados graus.

Em verdade embora esta imposição tenha sido determinada no ano de 2005 muitíssimos acadêmicos de licenciaturas espalhados pelo Brasil afora nunca sequer tiveram aulas ao menos instrumentais de Libras. Este subscritor, que graduou-se em 2012, nunca teve sequer um curso de extensão ofertado pela Instituição de Ensino na qual estudou e que inclusive era uma licenciatura e também era uma universidade pública. Ou seja, o Direito foi garantido, mas não efetivado.

Outro marco importante foi o decreto 6.949 (BRASIL 2009) este garantiu aos alunos surdos e outros portadores de necessidades especiais o direito à educação ministrada em língua, modos e meios de comunicação mais adequados aos indivíduos em ambientes que possam proporcionar aos cidadãos envolvidos o favorecimento de seu máximo no desenvolvimento acadêmico. Este Decreto, também abrange outras questões como a saúde e determina em seu artigo 25:

(...)

“Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero”.

(...)

Este decreto foi na verdade a ratificação de um tratado internacional que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e com Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007. Mas o Brasil como membro e também signatário do referido tratado não só ratificou o mesmo como o transformou no decreto com o número: 6.949 em 2009. Novamente se discute o quão tardio foi para normatizar o óbvio.

Ainda nesta senda de legislações que trouxeram ou garantiram direitos para a comunidade em questão há o decreto 7.611 (BRASIL 2011). A inovação trazida por este é a “garantia” de formação continuada de professores para o suporte bilíngue – Língua Portuguesa e Língua Brasileira de Sinais – de alunos surdos, inclusive com aporte financeiro, conforme o artigo 5^a, parágrafo 2º, inciso III, a seguir transcrito:

(...)

Art. 5º A União prestará apoio técnico e financeiro aos sistemas públicos de ensino dos Estados, Municípios e Distrito Federal, e a instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, com a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, matriculados na rede pública de ensino regular.
§ 1º As instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos de que trata o **caput** devem ter atuação na educação especial e serem conveniadas com o Poder Executivo do ente federativo competente.

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INCLUSIVA PARA OS SURDOS

§ 2º O apoio técnico e financeiro de que trata o **caput** contemplará as seguintes ações:

I - aprimoramento do atendimento educacional especializado já ofertado;

II - implantação de salas de recursos multifuncionais;

III - **formação continuada de professores, inclusive para o desenvolvimento da educação bilíngue para estudantes surdos ou com deficiência auditiva** e do ensino do Braille para estudantes cegos ou com baixa visão;

IV - formação de gestores, educadores e demais profissionais da escola para a educação na perspectiva da educação inclusiva, particularmente na aprendizagem, na participação e na criação de vínculos interpessoais;

V - adequação arquitetônica de prédios escolares para acessibilidade;

VI - elaboração, produção e distribuição de recursos educacionais para a acessibilidade; e

VII - estruturação de núcleos de acessibilidade nas instituições federais de educação superior.

§ 3º As salas de recursos multifuncionais são ambientes dotados de equipamentos, mobiliários e materiais didáticos e pedagógicos para a oferta do atendimento educacional especializado.

§ 4º A produção e a distribuição de recursos educacionais para a acessibilidade e aprendizagem incluem materiais didáticos e paradidáticos em Braille, áudio e Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, **laptops** com sintetizador de voz, **softwares** para comunicação alternativa e outras ajudas técnicas que possibilitam o acesso ao currículo. (grifos acrescentados)

(...)

Algo muito importante, poder-se-ia dizer crucial, é a formação continuada de professores com vistas a capacitar a estes para o mercado de pessoas portadores de necessidades especiais, o Direito foi garantido, contudo, conforme (CÂMARA et al 2017.) a literatura a Lei nem sempre garante que o que é Direito seja realmente implementado. A grosso modo, se pode mencionar que há leis que “pegam” outras que não.

Assim menciona-se, por, novamente observa-se que vários dispositivos obrigando o Estado a criar percentual mínimo, profissionais com formação continuada falando em contrapartida e aporte financeiro federal, mas os acadêmicos que saem das universidades pública até bem recentemente sequer saiam com noção mínima da segunda e obrigatória língua oficial! Se vê um disparate surreal.

Ainda há no plano das leis o relativamente recente Estatuto da Pessoa com Deficiência
Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.3, N.1, jul/jun, 2022. ISSN:2526-7817

– Lei 13. 146 (BRASIL 2015). Logo em seu artigo primeiro ela demonstra para o que veio, artigo 1º: “É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”. Destinado a assegurar e promover em condições igualitárias direitos e liberdades para portadores de necessidades especiais.

Este diploma traz muitos avanços necessários. Prevê acessibilidade, a não utilização de barreiras, inovando no sentido de infirmar que podem haver barreiras até mesmo de natureza atitudinal que impeça ou prejudique a participação social das pessoas portadoras de necessidades especiais a fim de que estás em situação de igualdade de condições possam ter as mesmas oportunidades que as pessoas não portadoras de deficiências. Antevê igualdade e não discriminação, atendimento prioritário em diversas situações tanto para si próprios quanto para aqueles que os acompanham em função de sua condição.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é um grande marco legal no sistema jurídico pátrio. Isto poderia ser objeto de um artigo a parte por conta de relevância nas mais variadas áreas em que ele perpassa – Saúde, Educação, Assistência Social, de atos da vida pública e política à esfera criminal – contudo, as inovações trazidas e garantidas por esta lei além de chegar no atraso de séculos de civilização brasileira, traz o direito mas não necessariamente a garantia de que ele será colocado em prática, na medida em que não prevê sanções para aqueles que descumprem o que ali determinado.

E, é importante frisar, é o próprio Estado o maior descumpridor das medidas que ele mesmo promulgou. Observa-se isso facilmente quando se percebe que não há sanções para o Estado por ele mesmo descumprir aquilo que ele submete a todos, o que seja: um arcabouço legislativo complexo. Segundo Foucault (FOUCAULT; 1987) em sua obra vigiar e punir é preciso um sistema de normas com prescrições bem delimitadas:

É então necessário um código, e que seja suficientemente preciso para que cada tipo de infração possa estar claramente presente nele. A esperança da impunidade não pode se precipitar no silêncio da lei. É necessário um código exaustivo e explícito, que define os crimes, fixando as penas

Quando se tem que o próprio agente que cria as normas não as cumpre, ou deixa de fixar reprimendas ou sanções para os descumpridores, se verifica que o motivo pelo qual foi criado o sistema normativo, mas atende a uma premissa de narrativa ideológica de que Política Pública prática. Restando, tão somente aos outros e não a si próprio – O Estado – a Obrigatoriedade de cumprir com as exigências legais. Fala-se aqui, especialmente de um

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.3, N.1, jul/jun, 2022. ISSN:2526-7817

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INCLUSIVA PARA OS SURDOS

percentual mínimo de servidores que deveriam ter conhecimento básico em repartições públicas, capacitação de profissionais de educação de forma contínua, suporte financeiro da união para que os entes federados possam colocar em prática a Política Pública imposta, a garantia de sistemas bilíngues

Finalmente, levantada na introdução deste breve trabalho a Lei 13.005 (BRASIL 2014) que nada mais é que o Plano Nacional de Educação, com vigência até o ano de 2024, ou seja, vige hodiernamente e que garante dentre outras coisas uma educação inclusiva com Atendimento Educacional Especializado e que traz uma questão bastante pertinente: ensino bilíngue para alunos surdos com a Libras como primeira língua e na modalidade escrita a Língua Portuguesa como segunda língua a alunos de 0 (zero) a 17 (dezesete) anos.

Novamente tardiamente o governo traz inovações legais que chegam bastante postergadas para o ordenamento jurídico pátrio. Verificável, contudo, que antes tarde de que nunca seja implementado no campo das leis norma que inspira pessoas de direitos no convívio social, ainda que de forma incipiente. Contudo, mesmo chegando tarde, as imposições legais nem sempre são efetivadas uma vez que o poder público fica silente, devendo, em grande medida o próprio indivíduo “ir” atrás de seus direitos assegurados e garantidos, mas não efetivados. É necessário judicializar para conseguir o mínimo de atendimento. (RODRIGUES; ASSIS 2019).

Se verifica, com este breve levantamento, que não são poucas as Leis que prescrevem direitos diferenciados – para não dizer desiguais – para os portadores de necessidades especiais, o que é bastante belo, do ponto de vista teórico. Contudo, de nada valem leis e mais leis se estas não são aplicadas. Em verdade, até mesmo parece que sequer são conhecidas.

Isto porquê, para que um direito, há muito garantido, como o de ter um professor proficiente em Libras para ministrar, a Língua Brasileira de Sinais, como primeiro idioma para o caso dos surdos e a Língua Portuguesa como idioma escrito secundário tal qual a legislação em vigor preconiza e mesmo assim ser necessário recorrer ao poder Judiciário para efetivação deste direito, percebe que pouco fez diferença, já que houve expensas grandes para simplesmente cumprir a lei.

É claro, que felizmente pelo menos existem leis que prescrevem direitos aos portadores de necessidades especiais e que criam ações afirmativas em benefício destes. Mas o ponto nevrálgico é: Por que não são auto executáveis tais direitos? Será que seria porque em grande parte estes públicos são monetariamente desfavorecidos ou em geral tem pouca voz por serem oriundos de famílias menos abastadas?

Não se precisa de novas leis, que mais confundem de que auxiliam aos cidadãos, se precisa de uma postura mais conhecedora da norma e mais ativa para exigir que o poder público coloque em prática aquilo que ele mesmo criou: um sistema de normas que insiram os desiguais e que permitam se não igualdade de condições equivalência entre as pessoas, para que elas possam atingir todo o potencial que como indivíduos humanos todos têm.

5 CONCLUSÃO

Se depreende do exposto que a despeito da farta, abrangente, bela e integradora legislação em benefício dos portadores de necessidade especial, na prática pouco tem sido feito para a verdadeira inserção destes nos ambientes a que têm direito e que mesmo tendo muitíssimas leis que criam desigualdades em benefício daqueles que são desiguais em decorrência de sua situação física o ordenamento jurídico até alcançar estes cidadãos no plano da teoria ou quando o fazem limitam sobremaneira a atuação destes reproduzindo e perpetuando um sistema que limita, reduz e isola o potencial que os portadores de necessidades especiais no geral e os surdos em específico têm.

Não só isto, do detido exame acima, se percebe uma lentidão muito grande no processo de inserção social e coletiva dos indivíduos Portadores de Necessidades Especiais por parte do Poder Público. Desde a Declaração Universal do Direitos Humanos, ainda em 1948, até a Constituição da República muito tempo se passou para que certas garantias estivessem no corpo do texto de lei, lembrando que a Constituição Federal em vigência só figurou na cena brasileira em 1988, ou seja trinta anos após a referida Declaração Universal, sendo que ambas prescrevem a não discriminação e serem todos iguais.

E desde a Constituição de 1988, até o primeiro marco para os portadores de necessidades especiais passaram mais de vinte anos, levando em conta que a primeira lei específica que trata da acessibilidade que houve no Brasil foi no ano 2000. É muito oportuno que ações afirmativas sejam implementadas, em favor dos que têm necessidades e desde os anos 2000 até hoje, outras leis foram promulgadas, mas na prática os cidadãos brasileiros portadores de necessidades são sempre excluídos. Mesmo que não sejam excluídos, ficam às margens da sociedade ou tendo que implorar a este ou aquele ente que assegure o que as leis já determinam.

Não devem ser feitas novas leis, mas sim o comportamento dos indivíduos deve ser mudado. Para que as garantias legais sejam implementadas, o cidadão deve saber de seus

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INCLUSIVA PARA OS SURDOS

direitos e deveres, cobrar do poder público e perseguir o resultado. Caso isso não aconteça a legislação estará a favor, mas não a serviço dos portadores de necessidades especiais.

REFERÊNCIAS

BRASIL; Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Lei 13.005/14 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm >. Acesso em 27/07/2021.

BRASIL; Constituição da República Federativa do, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. acesso em 02/04/2018.

BRASIL; Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Decreto 7.611/11. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm >. Acesso em 27/07/2021.

BRASIL; Lei Brasileira de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida – Lei 10.098/00; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm#art18 >. Acesso em 27/07/2021.

BRASIL; Lei Brasileira de Inclusão – Lei 13. 146/15; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm >. Acesso em 27/07/2021.

BRASIL; Lei Brasileira que reconhece como oficial a Língua Brasileira de Sinais – Lei 10. 436/02; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10436.htm >. Acesso em 27/07/2021.

BRASIL; Lei que regulamenta a profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS. Lei 12.319/10; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12319.htm >. Acesso em 28/07/2021.

BRASIL; Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Decreto 6.949 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm >. Acesso em 27/07/2021.

CÂMARA, Leandro Calbente; **SOUZA,** Regina Maria de. Das leis para a inclusão de surdos às (im)possibilidades de mudanças nas práticas escolares para a implantação da Educação Bilíngue no Brasil. *In:* LINS, Heloísa Andréa Matos; NASCIMENTO, Lilian Cristine Ribeiro; SOUZA, Regina Maria de (org.); SANTOS, Gildenir Carolino (Ed.) **Afirmativas afirmativas para pessoas surdas no processo de escolarização.** [e-book]. Campinas, SP: Biblioteca/UNICAMP, 2017. 109 p. ISBN 9788585783709. (Série Setembro Azul; 5). Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Gildenir-Santos/publication/318503374_Acoes_afirmati

vas_para_pessoas_surdas_no_processo_de_escolarizacao/links/596e2692aca272d552fe326c/Acoes-afirmativas-para-pessoas-surdas-no-processo-de-escolarizacao.pdf >. Acesso em 27/07/2021.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Lisboa: Edições 70, 2013. Arquivo digital sem paginação. Disponível em https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf >. Acesso em 28/07/21.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA; Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques> >. Acesso em 26/07/2021.

LEXICO DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS Disponível em <https://www.lexico.pt/prerrogativa/> >. Acesso em 02/04/2018.

ONU; DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948; Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> >. Acesso em 27/07/2021

RODRIGUES, C. S.; ASSIS, A. E. S. Q. Judicialização da educação de surdos: caminho para sua efetivação?. **Educação em Perspectiva**, Viçosa, MG, v. 10, p. e019011, 2019. DOI: 10.22294/eduper/ppge/ufv.v10i0.7113. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/educacaoemperspectiva/article/view/7113>. Acesso em: 28 jul. 2021.

ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS RELATÓRIOS DE AVALIAÇÃO DO PPA 2016-2019¹

Aline Galvão Vilarindo²

RESUMO: Considerando que o Plano Plurianual (PPA) apresenta programas, objetivos e metas a serem alcançados pela Administração Pública, optou-se por realizar pesquisa qualitativa mediante análise documental a fim de investigar como o Enfrentamento à Corrupção na Administração Pública Federal está inserido no PPA 2016-2019. Para tanto, este artigo tomou como base os Relatórios Anuais de Avaliação do PPA 2016-2019 referentes aos anos 2016 a 2019, efetuando a discussão sobre o cumprimento das metas previstas para o quadriênio nos quatro anos do ciclo e sobre os meios de controle e enfrentamento da corrupção. A análise se deu a partir do Programa Temático “Justiça, Cidadania e Segurança Pública” por meio do seu objetivo que trata especificamente “1664: Enfrentar a corrupção na Administração Pública Federal aprimorando os mecanismos de prevenção, detecção e punição, no qual estão contempladas as metas em discussão. Constatou-se alinhamento dessas metas com o proposto no programa, pois as metas encontram-se em andamento adequado, conforme o planejado, no entanto apenas em 2018, em uma das metas foi adotada medidas de gestão, nas demais metas, nenhuma medida foi adotada. Ademais, observou-se medidas de controle, prevenção, detecção, correção e punição ao enfrentamento da corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Plano Plurianual; Enfrentamento à Corrupção na Administração Pública Federal; Planejamento Orçamentário.

¹ Recebido em 11/08/2021

Aprovado em 24/06/2022

² Mestranda em Gestão Pública pela Universidade Federal do Piauí. Pós-Graduada em Controladoria Governamental. Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Piauí. E-mail: alinegvilarindo@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O planejamento governamental no Brasil vem ganhando maior confiabilidade à medida que se aprimoram os instrumentos de planejamento. Nesse sentido, podem-se citar as leis que compõem o processo orçamentário no país e que são de iniciativa do Poder Executivo, instituídos pela Constituição Federal: o Plano Plurianual, as Diretrizes Orçamentárias e os Orçamentos Anuais.

Esses três instrumentos de planejamento destacados na Carta Magna e, por compatibilização, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas, correspondem ao processo integrado de planejamento e orçamento atualmente vigente para os entes federados (BEZERRA FILHO, 2013). Contudo, neste artigo será abordado apenas o Plano Plurianual (PPA) que, conforme dispõe o § 1.º do art. 165 da Constituição Federal (CF), é um dos principais instrumentos de planejamento da Administração Pública (BRASIL, 1988). Um importante aspecto sobre esse Plano é que ele entra em vigor, nas três esferas de governo, no segundo ano de mandato do Chefe do Poder Executivo para viabilizar a continuidade das ações do Governo quando da mudança de pleito.

Desse modo, “o PPA tem, na concepção do sistema orçamentário brasileiro, a função primordial de orientar a programação de ações da Administração Pública, as quais deverão estar sempre em consonância com aquele” (SANTOS, 2012, p. 23). Em suma, o PPA deve, pois, estabelecer a ligação entre objetivos indicativos de Estado, presentes em um planejamento de longo prazo; políticas de governo, de médio prazo, e, finalmente, realização dos gastos, previstos pelo orçamento anual (PAULO, 2010). Isso significa que esse instrumento assume a “função de organizar, orientar e viabilizar a ação governamental de modo a cumprir os objetivos fundamentais da República” (NAVARRO; SANTOS; FRANKE, 2012, p. 26). Entre esses objetivos se enquadram a proteção do Estado aos cidadãos e a promoção de dignidade, igualdade e cidadania, os quais são orientados por meio de políticas públicas específicas.

Por essas razões, este artigo toma por objeto de pesquisa o PPA 2016-2019 avaliar a relação entre o planejamento governamental e o objetivo proposto para o Enfrentamento à Corrupção na Administração Pública Federal através do aprimoramento dos mecanismos de prevenção, detecção e punição, a partir do programa Justiça, Cidadania e Segurança Pública. Enquanto objetivo de um dos Programas constantes no Plano, o enfrentamento à corrupção na Administração Pública Federal, constitui um dos itens fundamentais para uma gestão pública de qualidade.

ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS RELATÓRIOS DE AVALIAÇÃO DO PPA 2016-2019

Assim, considerando que o PPA apresenta programas, objetivos e metas a serem alcançados pela Administração Pública, optou-se por realizar uma análise documental a fim de identificar o processo de Enfrentamento à Corrupção na Administração Pública Federal no PPA 2016-2019, a partir da comparação entre as metas previstas para o quadriênio e sua execução durante esse período. Entretanto, considera-se oportuna, antes, a compreensão estrutural do PPA Federal 2016-2019.

2 O PPA 2016-2019 COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

A CF de 1988 estabelece, em seu artigo 165, que a lei que instituir o PPA “estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada” (BRASIL, 1988). A CF introduziu no sistema orçamentário do País as seguintes leis que são de iniciativa do Poder Executivo e foram instituídas no ordenamento jurídico como instrumentos de planejamento governamental: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

Dessa forma, iniciou-se, na Administração Pública, uma técnica de alocação de recursos dentro da perspectiva de integração entre planejamento e orçamento. Os três instrumentos de planejamento destacados na Carta Magna e, por compatibilização, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas, correspondem ao processo integrado de planejamento e orçamento atualmente vigente para os entes federados. Ao elaborar o Projeto de Lei do PPA, o gestor público deve levar em consideração, dentre outros, a identificação dos problemas vivenciados pela sociedade, o estabelecimento de diretrizes, objetivos e metas, o levantamento de programas que visem à solução dos problemas e demandas sociais, além das metas físicas (BEZERRA FILHO, 2013).

É possível, ainda, observar a relação direta existente entre o planejamento governamental e o ciclo de políticas públicas: agenda, formulação, implementação e avaliação, uma vez que sem uma correta definição da etapa de formulação mais voltada para o planejamento não há meios viáveis de se executar com bom desempenho os projetos do governo (SILVA; AMORIM, 2012). No campo da gestão pública convém notar que, como meio de fortalecimento do planejamento governamental, tem se destacado muito o

monitoramento e a avaliação de políticas públicas e programas governamentais (SANTOS; RAUPP, 2015).

A avaliação de políticas públicas objetiva examinar qual foi o real desempenho de determinada política dentro da sociedade, estimando, inclusive, como será o resultado futuro e, considerando para tanto, os meios utilizados e os objetivos alcançados na prática (WU et al., 2014). Para melhor entendimento sobre a importância da avaliação como etapa do ciclo de gestão do PPA, a própria Carta Magna dispõe em seu Art. 74 que:

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União (BRASIL, 1988).

As metas, que podem ser quantitativas ou qualitativas, identificam-se como a medida de alcance do objetivo e estão, assim como os programas e objetivos, devidamente codificadas (BRASIL, 1988). Avaliar metas do PPA, como se vê acima, tornou-se uma atividade preconizada no texto constitucional. Diante disso, no âmbito do Governo Federal, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), através da Secretaria de Planejamento e Assuntos Econômicos (SEPLAN), elabora e divulga anualmente o arquivo oficial do Governo intitulado “Relatório Anual de Avaliação” de cada ano-base de vigência do PPA. Ressalta-se que sua elaboração e divulgação consistem em obrigação legal preconizada pela Lei n.º 13.249/2016, a qual institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019, como se vê:

Art. 13. O Poder Executivo: I - publicará em portal eletrônico dados estruturados e informações sobre a implementação e o acompanhamento do PPA 2016-2019; e II - encaminhará ao Congresso Nacional o Relatório Anual de Avaliação do Plano, que conterá: [...]. b) análise da situação, por Programa, dos Indicadores, Objetivos e Metas, informando as medidas corretivas a serem adotadas quando houver indicativo de que metas estabelecidas não serão atingidas até o término do Plano; [...] (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, chama-se atenção para o PPA 2016-2019, instrumento definido como objeto de estudo desta pesquisa. Este Modelo de Gestão do PPA 2016-2019 se consolidou como uma importante ferramenta porque, a exemplo do Plano anterior, exaltou as funções de monitoramento e avaliação típicas da Administração, mas além de manter o foco na eficiência e efetividade, estabeleceu como alguns de seus princípios também a publicidade, a impessoalidade e a economicidade. Manteve a adoção das dimensões estratégica, tática e

ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS RELATÓRIOS DE AVALIAÇÃO DO PPA 2016-2019

operacional, mas inovou demonstrando um caráter mais estratégico ao evidenciar com maior clareza a conexão da estratégia de governo com os objetivos e metas de seus programas (PALUDO, 2018).

A estrutura do PPA contemplada no quadriênio em análise apresenta-se introduzida pela Mensagem Presidencial ao Poder Legislativo, na qual está contida a dimensão estratégica que abrange a visão de futuro do governo, os eixos e as diretrizes estratégicas, além do cenário macroeconômico. A referida Mensagem também apresenta a dimensão tática e identifica as alternativas para as transformações, compreendidas nas diretrizes estratégicas, da realidade, abordando a disponibilização de bens e serviços à sociedade. Já a dimensão operacional não consta nesse espaço por ser tratada no Orçamento e visa à aplicação de recursos e a qualidade do que é ofertado ao usuário do serviço público (BRASIL, 1988).

Apesar de se apresentarem separadas entre si como anexos do PPA, observa-se uma conexão entre as dimensões estratégica e tática do PPA. Na dimensão estratégica encontram-se, dentre outros, os eixos estratégicos e as diretrizes estratégicas em que se identifica uma relação direta com os programas e demais atributos como objetivos, metas e iniciativas apontados na dimensão tática. Tal alinhamento é importante que esteja claro para o cidadão, pois, além de possibilitar um melhor entendimento sobre a estrutura do PPA, permite que se visualize a interação entre o núcleo de governo na participação da construção da dimensão estratégica e as escolhas das políticas públicas pactuadas com os demais órgãos governamentais. Ao mesmo tempo, essa interação aparece declarada na dimensão tática através dos programas que, apesar de receberem um tratamento mais estratégico nesse PPA, têm como finalidade aglutinar as ações a serem executadas pelo governo.

Sejam administrativas ou oriundas de extratos de políticas públicas, as ações do governo são vistas na dimensão operacional e a execução é viabilizada por meio do Orçamento Público traduzindo “um modelo de planejamento que busca o planejamento estratégico de médio e curto prazo, evidenciando suas metas e prioridades de ação, servindo então como instrumento norteador das ações executadas nos próximos anos” (SILVA; AMORIM, 2012, p. 437).

De modo geral, o PPA conta com um relevante atributo chamado Programa, o qual se constitui como uma agregação de ações que quando bem desempenhadas podem atingir ao objetivo do programa que, na visão de Albuquerque, Medeiros e Silva (2013, p. 39) “pressupõe a necessidade de solucionar um problema da sociedade ou do próprio Estado”. Os

Programas apresentados no aludido PPA classificam-se em dois tipos: Programa Temático e Programa de Gestão, Manutenção e Serviços ao Estado. Este reúne um complexo de ações que são destinadas a atividades de apoio, gestão e manutenção da atuação do governo, sendo que cada órgão tem um programa dessa natureza (BRASIL, 1988).

Por outro lado, o Programa Temático abrange os desafios do governo de modo a refletir suas prioridades setoriais evidenciando a transversalidade e a multissetorialidade das políticas públicas e orientando a gestão do Plano sob a perspectiva do processo de monitoramento e avaliação, além de, sobretudo, orientar a ação governamental (PALUDO, 2018). Vale salientar, ainda, que o Programa Temático, além de apresentar como atributos, indicadores e valor global, está desdobrado no atributo Objetivo que é codificado e, por sua vez, mensurado por Meta, outro atributo que configura as medidas de alcance de cada objetivo. Nesse contexto, destaca-se que os objetivos dos programas do PPA 2016-2019 correspondem à expressão do que deve ser feito e deve refletir as escolhas governamentais no que tange às políticas públicas, assim como estabelecer metas que venham a ser factíveis considerando a realidade econômica, política e social existente no período de vigência do Plano (BRASIL, 1988).

No PPA 2016-2019 da União, objeto deste estudo, também há uma evidenciação da importância do caráter operacional do orçamento, pois as ações são vinculadas aos programas, mas, diferentemente dos Planos anteriores não são detalhadas no PPA, e sim, no Orçamento Anual por se fundamentarem em estratégias de operacionalização na Administração Pública. Isso vem a corroborar com o papel da Lei Orçamentária Anual (LOA), que é de viabilizar a operacionalização das ações de governo. Por isso, é importante também citar os valores que alicerçam a construção do PPA 2016-2019, uma vez que servem de guia para os comportamentos, atitudes e decisões, norteando o compromisso do governo com a execução daquilo que é previsto.

Nesse sentido, o programa “Justiça, Cidadania e Segurança Pública” reúne políticas que buscam garantir à população a preservação de seus direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal, no artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. O acesso à justiça, a melhoria da segurança pública e a promoção e proteção de direitos de cidadania, constituem-se em políticas fundamentais para a proteção e promoção de oportunidades para públicos vulneráveis, para o alcance da coesão social e a consolidação do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS RELATÓRIOS DE AVALIAÇÃO DO PPA 2016-2019

Na metodologia do PPA, fortalecendo a relação entre as dimensões, há o alinhamento entre os seus atributos e as diretrizes estratégicas. O Programa mencionado está devidamente alinhado com as seguintes diretrizes: “Fortalecimento da segurança pública e redução de homicídios, com integração de políticas públicas entre os entes federados, controle de fronteiras e promoção de uma cultura de paz”, “Fortalecimento da cidadania e dos direitos fundamentais, promovendo a participação social, o acesso à justiça, os direitos da pessoa idosa, dos jovens, da pessoa com deficiência, o respeito à população LGBT e o enfrentamento a todas as formas de violência” e “Fortalecimento da capacidade de gestão do Estado, com foco no aumento da qualidade dos serviços prestados ao cidadão, na qualidade do gasto, na transparência, na comunicação e participação social, bem como da prevenção e do combate à corrupção.” (PPA 2016-2019)

Registra-se que do PPA, deixa clara a compatibilidade entre o Programa Temático em destaque com um dos quatro eixos estratégicos do PPA: “fortalecimento das instituições públicas, com participação e controle social, transparência e qualidade na gestão”. É, portanto, a partir dessa perspectiva que serão abordados a seguir alguns aspectos teóricos e legais do enfrentamento à corrupção no cenário nacional com vistas a conhecer o tema no planejamento governamental do país.

3 ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

O PPA vem implementando ao longo dos anos, o programa Justiça, Cidadania e Segurança Pública que busca, por meio de ações, projetos e atividades, garantir a proteção social, a igualdade de oportunidades, o acesso e disponibilidade de serviços de atuação do Estado, que formam a base da política de acesso à justiça, à segurança pública, o combate à corrupção, a proteção social, o enfrentamento à criminalidade e à promoção e proteção de direitos de cidadania, que permitirão a coesão social exigida para a implementação de uma sociedade mais segura, justa e igualitária.

E para isso o programa constitui políticas que buscam ao aperfeiçoamento de diversas ações, dentre elas o Combate à Corrupção na Administração Pública Federal. Considerando a relevância do tema corrupção para os diversos órgãos de defesa do Estado, é preciso aprimorar a relação entre eles, de forma a determinar ações que proporcionarão uma maior efetividade à punição de agentes e à recuperação de ativos. O fenômeno da corrupção, tem causado um grande dano à sociedade, exigindo, além de uma atuação repressiva, também

uma ação preventiva por parte do Estado. Portanto, um dos Objetivos do Programa trata de medidas para aumentar os padrões de ética e de integridade dos agentes da administração pública no desenvolvimento de suas funções, bem como das instituições privadas que se relacionam com o setor governamental (PPA 2016-2019).

Em pesquisa brasileira realizada recentemente por (GONÇALVES, 2019), constatou-se que o envolvimento dos representantes dos poderes Legislativo, Executivo, e das empresas de grande porte, aliados a ausência do processo de punição por parte do poder Judiciário, demonstra que as instituições políticas sofrem influência da corrupção e ainda observa-se que esta exerce controle em diferentes e relevantes instituições políticas, econômicas e sociais.

Estudos realizados em instituições políticas dos países latino-americanos apontam que o fenômeno da corrupção não é uma questão isolada ou circunstancial das instituições políticas, mas, algo que gera efeitos sobre a governabilidade e o desenvolvimento econômico. Uma das suas graves consequências, por exemplo, relaciona-se com a perda de confiança da sociedade civil no sistema judicial (CARVAJAL MARTINEZ; HERNANDEZ DIAZ; RODRIGUEZ MARTINEZ, 2019).

E a partir desta concepção de mudança por uma gestão eficiente e transparente, surgem as reformas administrativas, tanto nos países desenvolvidos quanto nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Convém ainda destacar que na concepção de Santo e Montenegro Filho (2013) a procura pela eficiência sugere uma melhor utilização dos recursos, resultando, dessa maneira, no combate à corrupção.

Nesse sentido, aponta-se que as mudanças pelas quais a gestão pública passou ao longo do tempo estão aliadas às mudanças comportamentais e culturais da nação. É oportuno destacar que a Reforma do Estado inaugurada em meados da década de 90 inicia, no Brasil, um novo modelo de políticas públicas mais voltadas à promoção da autonomia e participação popular, ampliando, dessa maneira, o espaço para a fiscalização do recurso público (SENHORAS, 2007).

A promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/1988), inaugura no cenário político e social novas condutas em relação aos cuidados com os recursos públicos, portanto, e sua respectiva utilização. O enredo posto é trazido por princípios que emanam da Lei Maior vigente imprimindo delimitações importantes quando na implementação de ações públicas, em todos os entes da federação. Como elementos norteadores dos objetivos de gestão pública surgem os principais princípios eleitos pela Carta Magna: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS RELATÓRIOS DE AVALIAÇÃO DO PPA 2016-2019

As ações públicas devem ser conduzidas pela legalidade, legitimidade, economicidade e outros princípios que norteiam a administração pública, como já sinalizado. Outra relevante proposição trazida após a CF/1988 é o fortalecimento do controle das contas públicas e o efetivo enfrentamento da corrupção, por exemplo exercidos por instituições como o Tribunal de Contas da União ou dos Estados e Corregedorias, por exemplo, orientando os gestores a sofisticar sua prestação de contas.

Entretanto, o amadurecimento da democracia e a cultura relacionada a esse sistema político direciona a sociedade para um espaço interessante, necessário para o desenvolvimento do país, ou seja, a participação e vigilância das ações públicas, porém essa ainda é uma cultura que provavelmente necessita de maior abrangência e introdução no cenário político e social da atualidade. A partir desse pressuposto é que se sublinha a relevância do estado no Enfrentamento a Corrupção no âmbito do setor público.

4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Este artigo teve como norteameto metodológico a abordagem qualitativa com fins de pesquisa exploratória. Para tanto, a coleta das informações se deu por meio da análise documental e do diálogo com recursos teóricos sobre o tema: livros e artigos científicos. A pesquisa documental se caracteriza como análise “[...] de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa” (GIL, 2008, p. 45). É essa característica, inclusive, que a diferencia da pesquisa bibliográfica. Podem ser objetos de investigação nesse caso, relatórios de pesquisas ou estudos, memorandos, atas, reportagens, cartas, diários pessoais, filmes, gravações, fotografias, entre outras (KRIPKA; SCHELLER; BONOTTO, 2015).

Neste estudo, efetuou-se uma análise dos relatórios anuais de avaliação do PPA 2016-2019 para examinar o processo de execução do Enfrentamento da Corrupção na Administração Pública Federal, abrangido pelo programa “Justiça, Cidadania e Segurança Pública”. Os referidos relatórios são meios de referência para a análise documental, pois possuem, dentre outros aspectos, a legitimidade, já que foram emitidos e divulgados oficialmente pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, por meio da SEPLAN. Tais documentos evidenciam o uso do monitoramento e da avaliação como partes integrantes do modelo de gestão do plano plurianual ora em destaque.

Como delimitador da pesquisa utilizou-se metas expostas no Plano cujo desempenho é evidenciado em Relatórios de Avaliação de cada ano base, para este trabalho,

avaliou-se os anos de 2016, 2017, 2018 e 2019. Assim, o processo da análise se iniciou pela escolha desses documentos e a especificação do campo no qual o foco de estudo se ateve: ao Enfrentamento da Corrupção na Administração Pública Federal, enquadrada como um dos objetivos do Programa de codificação “2081”. O objetivo, nessa perspectiva, é representado pelo código “1664” com a seguinte redação: “Enfrentar a corrupção na Administração Pública Federal aprimorando os mecanismos de prevenção, detecção e punição”.

Para a realização da análise, optou-se pelo método de análise de conteúdo (AC) conforme Bardin (2009), pois o ponto de partida para a análise de documentos é a compreensão interpretativa do texto. A AC consiste em um conjunto de técnicas de análise que visa obter de maneira sistemática e objetiva, e por meio da descrição do conteúdo das mensagens, indicadores que permitam a inferência de conhecimentos atrelados a esse conteúdo. Desse modo, esse método de análise se constitui em três fases: pré-análise (organização do material), exploração do material e o tratamento dos resultados: a inferência e a interpretação (BARDIN, 2009).

Para desenvolver a análise de conteúdo, recorreu-se aos Relatórios dos exercícios de 2016 a 2019, oficialmente publicados pelo MP. Ademais, para efeitos de verificação de alinhamento, foram consultados alguns dos instrumentos necessários para compreendermos as políticas públicas voltadas ao enfrentamento da corrupção.

Na pré-análise foi feita a escolha do que seria possível analisar levando-se em consideração os elementos que melhor explicitam o conteúdo do documento. Na exploração do material, foi realizada a leitura atenta de toda a documentação a fim de associar as informações do PPA e as adotadas no programa “Justiça, Cidadania e Segurança Pública”. Por fim, o tratamento dos dados coletados permitiu a condensação e o destaque das informações para análise, culminando nas interpretações inferenciais (KRIPKA; SCHELLER; BONOTTO, 2015). Frisa-se que os métodos ora citados consistem no mapeamento das informações importantes para a análise e, sobretudo, em estabelecer uma relação entre a meta prevista para os quatro anos e o que foi executado durante esse período.

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Conforme explicitado anteriormente, dos Relatórios Anuais de Avaliação do PPA 2016-2019 dos exercícios 2016 a 2019, foram analisadas as metas associadas ao objetivo 1664 “Enfrentar a corrupção na Administração Pública Federal aprimorando os mecanismos de prevenção, detecção e punição”.

ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS RELATÓRIOS DE AVALIAÇÃO DO PPA 2016-2019

Para melhor compreensão desse objetivo, é necessário esclarecer que o Governo estabeleceu no Anexo 1 do PPA 2016-2019 (Programas Temáticos do PPA) 09 indicadores para todo o quadriênio referente ao programa “Justiça, Cidadania e Segurança Pública”, atendendo seus objetivos específicos, sendo que no Anexo 2 (Evolução das Metas) dos Relatórios, foram estabelecidos 03 (três) metas, que estão discriminadas como qualitativas.

Todas as metas propostas no Anexo 2 em 2016, apresentaram em suas considerações e medidas propostas para a atingimento das metas até 2019, metas em andamento adequado. Conforme anexo abaixo do relatório anual de avaliação do PPA 2016 – 2019 (ano base 2016).

Metas Qualitativas		
Descrição da Meta 2016-2019	Órgão responsável pela Meta	Considerações e medidas propostas para atingimento das metas até 2019
04S0 - Fomentar a atuação célere e efetiva dos órgãos e entidades diante de atos de corrupção	37000 - Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União-CGU	Meta com andamento adequado.
04RZ - Instituir mecanismos que aprimorem o tratamento e apuração das denúncias	37000 - Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União-CGU	Meta com andamento adequado.
04S1 - Reduzir o percentual das reintegrações e das prescrições de penas disciplinares	37000 - Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União-CGU	Meta com andamento adequado.

Destaque-se ainda no relatório anual de avaliação do PPA 2016-2019 (Ano base 2016), a atuação efetiva do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) diante de atos de corrupção, que monitorou a atividade correcional desenvolvida no Poder Executivo Federal, realizando sugestões a partir da análise dos indicadores verificados e acompanhando diretamente o desfecho de 1.101 apurações disciplinares, em 2016. Observou-se também que as apurações realizadas em 2016 decorreram na aplicação de 550 penalidades expulsivas (demissões, cassações de aposentadoria e destituição de cargo em comissão), maior quantitativo desde o início da série histórica iniciada em 2003.

Ainda em relação às ações da CGU, enfatiza-se o lançamento do Sistema CGU-PJ, que foi instituído como de utilização obrigatória por todos os poderes e esferas de governo nos termos da Lei 12.846/2013; o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), publicados no Portal da Transparência. A partir de seu gerenciamento como Órgão Central do Sistema de Correição, a CGU direcionou 30 procedimentos administrativos de responsabilização de entes privados que implicaram em três declarações de inidoneidade, todas em razão de ilícitos ligados à Operação Lava-Jato.

No relatório anual de avaliação do PPA 2016-2019 (ano base 2017), as metas estabelecidas no Anexo 2 (Evolução das Metas), apresentam assim como em 2016 metas em andamento adequado, não apresentando referência a outras considerações relevantes.

As metas propostas no Anexo 2 em 2018, apresentaram metas em andamento adequado, com diferentes medidas a serem tomadas, conforme anexo abaixo do relatório anual de avaliação do PPA 2016 – 2019 (ano base 2018).

Metas Qualitativas			
Descrição da Meta 2016-2019	Órgão responsável pela Meta	Situação da Meta	Medidas a serem tomadas
04S0 - Fomentar a atuação célere e efetiva dos órgãos e entidades diante de atos de corrupção	Controladoria-Geral da União	Andamento adequado	Sem proposição de Novas Medidas
04RZ - Instituir mecanismos que aprimorem o tratamento e apuração das denúncias	Controladoria-Geral da União	Andamento adequado	Adoção de medidas de gestão
04S1 - Reduzir o percentual das reintegrações e das prescrições de penas disciplinares	Controladoria-Geral da União	Andamento adequado	Sem proposição de Novas Medidas

No relatório anual de avaliação do PPA 2016-2019 (Ano base 2018), uma das principais diretrizes do PPA registrada foi o fortalecimento da capacidade de gestão do Estado, focando na melhoria da qualidade dos serviços prestados ao cidadão, na qualidade do gasto, na transparência, na comunicação e participação social, bem como na prevenção e combate à corrupção. E foi apresentado em maio de 2018 a nova estrutura do projeto “Empresa Pró-Ética”, que consistiu em incentivar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que se mostram envolvidas em constituir medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude.

No tocante ao enfrentamento da corrupção na Administração Pública Federal, conforme relatório anual de avaliação do PPA 2016-2019 (Ano base 2018), destacou-se diversas apurações disciplinares que impactou, no ano de 2018, na aplicação de penalidades expulsivas (demissões, cassações de aposentadoria e destituição de cargo em comissão). Assim, no período de vigência do atual PPA, entre 2016 e 2018, o total de expulsões disciplinares foi de 1.699, sendo que delas, 65% foram decorrentes de atos relacionados à corrupção. Sobre as reintegrações de punições expulsivas aplicadas a agentes públicos nos últimos 5 anos (2013 a 2018), verificou-se que 6,4% foram revertidas. Este índice de reintegração constitui-se muito abaixo ao verificado na série histórica (2003 a 2012), de 13,1%.

No que tange às prescrições nas apurações disciplinares, consideradas todas as espécies de penalidades (advertências, suspensões e expulsões), verificou-se no ano de 2016 sua ocorrência em 18,8% dos casos, enquanto em 2017 o índice ficou em 21,2%, e em 20,4% em 2018. Dessa forma, identifica-se relativo equilíbrio no indicador. Em relação à

ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS RELATÓRIOS DE AVALIAÇÃO DO PPA 2016-2019

responsabilização de entes privados, no período entre 2016 e 2018, a CGU determinou a penalidade de inidoneidade a 10 empresas, 9 delas envolvidas em ilícitos identificados na Operação Lava-Jato.

Ainda, conforme o relatório anual de avaliação do PPA 2016-2019 (Ano base 2018), novos marcos normativos e tecnológicos foram desenvolvidos para o melhoramento do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR). A Instrução Normativa nº 14/2018 trouxe parâmetros para garantir a uniformidade e segurança às apurações a partir da regulamentação da atividade correcional em todo o SISCOR. A Portaria CGU nº 1.683/2018 constituiu metas de conclusão de meios correccionais, além de outras publicadas em anos anteriores.

O Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP através do Programa 2081, para o período compreendido entre 2016 e 2019, instituiu medidas com vistas a garantir a segurança pública, o combate à corrupção, a proteção social e o enfrentamento à criminalidade, além de proporcionar à população a preservação de seus direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Segundo o relatório anual de avaliação do PPA 2016-2019 (ano base 2019) o enfrentamento da corrupção na Administração Pública Federal promoveu diversas apurações disciplinares que resultaram, no ano de 2018, na aplicação de 643 penalidades expulsivas (demissões, cassações de aposentadoria e destituição de cargo em comissão), formando um total de 1.699 penalidades no período entre os anos de 2016 e 2018. Das penalidades expulsivas aplicadas entre 2016 e 2018, 1.103 (65%) foram em virtude de atos envolvidos à corrupção. Em relação às punições expulsivas aplicadas pelo Sistema Correcional do Poder Executivo Federal nos últimos 4 anos (2016 a 2019), verificou-se que 5,4% foram revertidas. Este índice de reintegração tornou-se muito abaixo ao verificado na série histórica (2003 a 2015), de 12,1%.

Como inovação no âmbito normativo, foi publicada a Instrução Normativa que determina os meios de apuração e responsabilização de pessoas jurídicas, a Instrução Normativa (IN) nº 13/2019, que atualizou a formalização aos procedimentos de apuração e responsabilização de pessoas jurídicas previstos pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). As inovações trazidas pela IN implicam em aumentar a celeridade do processo de responsabilização, bem como garantir às empresas processadas o exercício efetivo de seu direito de contraditório e defesa. Ainda no âmbito normativo, a Corregedoria-Geral da União da Controladoria Geral da União (CRG/CGU) também propõe novo Estatuto de

responsabilização de agentes públicos e de revisão das normas que regulamentam o termo de ajustamento de conduta (TAC), implicando na publicação da Instrução Normativa nº 17, de 20 de dezembro de 2019 (Relatório anual de avaliação do PPA 2016-219 - ano base 2019).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao discutir sobre a execução das metas, e os meios para consecução de seus objetivos, o programa do PPA “Justiça, Cidadania e Segurança Pública, visa constituir políticas que busca aperfeiçoar suas ações dentre elas o enfrentamento a corrupção na Administração Pública Federal, através do aprimorando de mecanismos de prevenção, detecção e punição.

Depreende-se do que é evidenciado nos documentos de avaliação, a título de “Considerações e medidas propostas para atingimento das metas até 2019”, em 2016, que as metas estão em andamento adequado, dentro do planejado para o período. Em 2017, a informação apresentada é limitada, não permitindo ao leitor o conhecimento dos possíveis entraves para a não evolução das demais metas.

Em 2018 na “Situação da Meta” apresentou metas em andamento adequado e em “Medidas a serem Tomadas” não foram adotadas novas medidas nas metas “Fomentar a atuação célere e efetiva dos órgãos e entidades diante de atos de corrupção” e Reduzir o percentual das reintegrações e das prescrições de penas disciplinares, já na meta “Instituir mecanismos que aprimorem o tratamento e apuração das denúncias” foram adotadas medidas de gestão.

Em 2019 o relatório não mencionou nenhuma informação sobre a evolução das metas.

Verificou-se, ainda, que tais metas, conseqüentemente, mantêm alinhamento com os demais instrumentos. Isso reforça, portanto, a necessidade de seus principais dispositivos estarem contemplados nos mecanismos de planejamento orçamentário, tendo em vista que para se executar uma política pública, esta deve conter suas ações fixadas no Orçamento Público que, por sua vez, deve estar alinhado ao PPA, o que reforça a vinculação que existe entre a política em discussão e o PPA.

No campo das apurações disciplinares, observou-se em 2016, um maior monitoramento e ampliação das apurações, decorrendo em diversas penalidades expulsivas, mostrando o maior quantitativo desde 2003.

Em 2018 e 2019 as apurações disciplinares também tiveram destaque, impactando na aplicação de penalidades expulsivas, onde mais de cinquenta por cento foram decorrentes de atos relacionados à corrupção.

ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS RELATÓRIOS DE AVALIAÇÃO DO PPA 2016-2019

Quanto às reintegrações de punições expulsivas aplicadas a agentes públicos nos últimos 5 anos (2013 a 2019), foram revestidas um percentual muito abaixo em relação ao período anterior a 2013.

Em relação às prescrições nas apurações disciplinares, consideradas todas as espécies de penalidades (advertências, suspensões e expulsões), verificou-se um crescimento no período de 2016 a 2019.

Nesse mesmo período observou-se também o apontamento da CGU estabelecendo penalidade de inidoneidade a 10 empresas, onde noventa por cento estavam envolvidas à ilícitos identificados na Operação Lava-Jato e com isso a partir de seu gerenciamento como Órgão Central do Sistema de Correição, direcionou 30 procedimentos administrativos de responsabilização de entes privados, constituindo em três declarações de inidoneidade, onde cem por cento estava relacionado à razão de ilícitos ligados a Operação Lava-Jato.

No ano de 2018 o projeto “Empresa Pró-Ética”, foi reconstituído com o objetivo de reconhecer e valorizar publicamente as empresas voltadas a implementar medidas voltadas à prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude.

Novos marcos normativos foram estabelecidos a fim de apoiar o processo de enfrentamento à corrupção no setor público, como a Instrução Normativa nº 14/2018 trazendo meios para garantir a uniformidade e segurança às apurações a partir da regulamentação da atividade correcional em todo o SISCOR. Outra norma instituída a Instrução Normativa (IN) nº 13/2019, que atualiza a regulamentação aos procedimentos de apuração e responsabilização de pessoas jurídicas previstos pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), implicando em garantir a celeridade no processo de responsabilização.

Destacou-se também no âmbito normativo a Instrução Normativa nº 17, de 20 de dezembro de 2019, que propôs através da Corregedoria-Geral da União da Controladoria Geral da União (CRG/CGU) um novo Estatuto de responsabilização de agentes públicos e de revisão das normas, regulamentando o ajustamento de conduta.

Desse modo, verificando o objetivo proposto no PPA vigente sobre enfrentamento da corrupção na Administração Pública Federal, pôde-se observar que embora as metas relacionadas a esse objetivo até o fim de 2019 não tivessem recebido os devidos ajustes, paralelo a essas informações, houveram muitas iniciativas positivas por parte do governo, com relação ao aspecto de controle, correição, prevenção, detecção, punição de atos de corrupção e fraude, principalmente a partir da instituição de atos normativos, que apoiaram e regulamentaram o processo de enfrentamento à corrupção.

Contudo o Ministério do Planejamento, através do Anexo 2 dos respectivos Relatórios de Avaliação esclarece que pode haver necessidade de revisão da meta ou de ajuste de algum de seus elementos, como órgão responsável, público alvo, valor, regionalização ou estratégia de implementação. Nesse viés, por conseguinte, pode haver revisões das metas inicialmente propostas, não apenas por mudanças na conjuntura socioeconômica, mas também por mudanças nas prioridades do governo. Diante disso, realça-se a anualidade do processo de avaliação como procedimento importante para o melhoramento das ações governamentais.

De modo geral, observa-se que a consecução de cada meta está interligada ao firmamento de parcerias com outros órgãos governamentais e organizações não governamentais. Na Administração Pública isso é bastante comum e se mostra necessário que os gestores setoriais desenvolvam uma política de articulação, tendo em vista que grande parte das ações contam, para sua execução, com esforços inter-setoriais devido à abrangência do campo de atuação dos seus efeitos. É possível inferir, portanto, que o atendimento a metas previstas conta com uma importante variável que é o bom desempenho de todos os órgãos envolvidos no processo e não somente do órgão responsável pela efetivação das ações.

Limitou-se, nessa perspectiva, ao uso dos informes existentes nos relatórios de avaliação dos quatro anos em análise, como forma de se constatar o andamento das metas estabelecidas, e as diversas formas de controle e enfrentamento à corrupção. Diante disso e do fato de que a vigência do PPA inicia - se apenas no segundo ano de mandato do Chefe do Executivo, recomendam-se pesquisas complementares acerca da avaliação da política abordada neste estudo, a fim de se constatar a realização e/ou evolução, assim como o descumprimento, quando for o caso, das metas quando se encerrar a vigência do atual PPA.

7 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, C. M. de; MEDEIROS, M. B.; SILVA, P. H. F. da. **Gestão de finanças públicas**. 3 ed., v. I, Brasília: 2013.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Editora: Presses Universitaires de France, 2009.

BEZERRA FILHO, J. E. **Orçamento aplicado ao setor público**: abordagem simples e objetiva. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html >. Acesso em: 10 jan. 2021.

**ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS RELATÓRIOS DE AVALIAÇÃO DO
PPA 2016-2019**

_____. **Lei n.º 13.249/2016**. PPA 2016-2019. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13249.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. **Relatório Anual de Avaliação do PPA 2016-2019**: ano base 2016. Brasília: SPI/MP, 2017.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. **Relatório Anual de Avaliação do PPA 2016-2019**: ano base 2017. Brasília: SPI/MP, 2018.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. **Relatório Anual de Avaliação do PPA 2016-2019**: ano base 2018. Brasília: SPI/MP, 2019.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. **Relatório Anual de Avaliação do PPA 2016-2019**: ano base 2019. Brasília: SPI/MP, 2020.

CARVAJAL MARTINEZ, Jorge Enrique; HERNANDEZ DIAZ, Carlos Arturo; RODRIGUEZ MARTINEZ, José Eduardo. Corrupção e corrupção judicial: contribuições para o debate. **Prolegômenos**, Bogotá, v. 22, n. 44, p. 67-82, dez. 2019. Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2019000200067&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 19 jan. 2021. <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3667>

CAVALCANTE, P. Gestão Pública Contemporânea: do movimento gerencialista ao pós NPM. **Texto para Discussão (IPEA)**, v. 2319, p. 1-40, 2017.

CHARTER, M.; CLARK, T. **Sustainable innovation: key conclusion from sustainable innovation conferences 2003 – 2006**. University College for the Creative Arts. Farnham Surrey, UK: The Center for Sustainable Design, 2007.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Vinícius Batista; ANDRADE, Daniela Meirelles. A corrupção na perspectiva durkheimiana: um estudo de caso da Operação Lava Jato. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 2, p. 271-290, Apr. 2019. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122019000200271&lng=en&nrm=iso>. access on 20 Jan 2021.

KRIPKA, R. M. L.; SCHELLER, M. BONOTTO, D. de L. Pesquisa documental na pesquisa qualitativa: conceitos e caracterização. **Revista de Investigaciones UNAD**, Bogotá – Colômbia, v. 14, n. 2, 2015.

NAVARRO, C.; SANTOS, E. dos; FRANKE, F. A estrutura do PPA 2012-2015. **Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento (RBPO)**, v. 2, n. 1, p. 24-47, 2012.

PALUDO, A. **Administração Pública**. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2018.

PAULO, L. F. A. O PPA como instrumento de planejamento e gestão estratégica. **Revista do Serviço Público Brasília**, v. 61, n. 2, p. 171-187, 2010.

RYCROFT, R. W.; KASH, D. E. **Self – organizing innovation networks: implications for globalization**. **Technovation**, v. 24, n. 3, p.187-197, 2000.

SANO, H. MONTENEGRO FILHO, M. J. As técnicas de avaliação da eficiência, eficácia e efetividade na gestão pública e sua relevância para o desenvolvimento social e das ações públicas. **Desenvolvimento Em Questão**, v. 11, n. 22, p. 35-61, 2013.

SANTOS, G. K.; RAUPP, F. M. Monitoramento e avaliação de resultados dos programas governamentais delineados no PPA. **Revista de Administração Pública**, v. 49, n. 6, 2015.

SANTOS, R. de. C. L. F. dos. **Orçamento público**. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2012.

SENHORAS, Elói Martins. Caminhos bifurcados do desenvolvimento local - As boas práticas de gestão pública das cidades entre a competição e a solidariedade. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, [S.l.], v. 3, n. 2, set. 2007. ISSN 1809-239X. Disponível em: <<https://www.rbgdr.net/revista/index.php/rbgdr/article/view/15/11>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

SILVA, V. C.; AMORIM, I. T. Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, Orçamento Participativo e Programas de Metas: instrumentos complementares ou conflitantes? **Revista Eletrônica Gestão e Serviços**, Brasília, DF, v. 3, n.1, p. 431-452, 2012.

WU, X. et al. **Guia de políticas públicas: gerenciando processos**. Tradução de Ricardo Avelar de Souza. Brasília: ENAP, 2014.

OS EFEITOS COLATERAIS DO ATUAL CENÁRIO PANDÊMICO NA ELEVAÇÃO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER ¹

Lara Stella Rodrigues Pires Ferreira²

Márcia Victória da Silva Coutinho³

Maria Clara Araújo Ferreira⁴

RESUMO: O efeito devastador da COVID- 19 trouxe consequências desastrosas e gerou impactos negativos em diversos âmbitos. Nesse sentido, o isolamento social foi adotado como uma das medidas mais eficazes para conter a propagação do vírus, ocasionando a perda de emprego que afetou especialmente as mulheres. Desse modo, torna-se evidente o crescimento dos casos de violência doméstica, sobretudo durante o período em que vivemos, devido a dependência financeira e o aumento do consumo de substâncias químicas por parte dos companheiros. Diante do exposto, o presente artigo visa, mediante pesquisas e análise de relatórios emitidos no cenário em voga, abordar o reflexo da pandemia na vida das mulheres que sofrem em decorrência da violência doméstica, além de discorrer sobre formas de evitar o avanço e enfrentamento dos casos.

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19; Isolamento social; Violência doméstica.

¹ Recebido em 20/08/2021

Aprovado em 28/06/2022

² Acadêmica do curso de Direito.

³ Acadêmica do curso de Direito, estagiária do Tribunal de Justiça - PI.

⁴ Acadêmica do curso de Direito, estagiária do Tribunal de Justiça - PI.

INTRODUÇÃO

Os primeiros casos de Coronavírus (COVID-19) foram confirmados na cidade de Wuhan, província de Hubei, China. Responsável pela pandemia mundial, o vírus SARS-CoV-2 provoca quadros assintomáticos ou infecções respiratórias graves que atingem, até os dias de hoje, a população mundial. Conforme dados extraídos do Ministério da Saúde, no dia 26 de fevereiro de 2020 foi confirmado o primeiro caso da doença, inclusive pode-se salientar que o Brasil ultrapassou a marca de mais de 500 mil mortos em junho de 2021.

Essa mazela ocorre devido a alta incidência de contágio do vírus, haja vista que este se propaga por meio de gotículas do nariz ou da boca, tosse, espirro, superfícies e aperto de mãos contaminadas, dentre outros. Como meios para a contenção da disseminação do vírus, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendou uma série de medidas como: higienizar as mãos frequentemente com água e sabão, limpar, desinfetar objetos e superfícies que sejam tocadas com frequência por várias pessoas, como também, evitar o contato com pessoas doentes mantendo o distanciamento social de pelo menos um metro e meio. Ademais, foi adotada a quarentena e o isolamento social, configurando-se como um fator de suma importância para evitar a propagação e a contaminação, bem como o colapso no sistema de saúde.

Paralelo a isso, para um melhor entendimento sobre a temática a ser tratada neste artigo, é importante salientar que a violência contra a mulher se configura como um problema muito grave que sempre esteve em voga em nosso país. Apesar de existir a difusão da Lei Maria da Penha, que criminaliza esse tipo de atitude, inúmeras mulheres são diariamente violentadas e sofrem abusos no ambiente doméstico ou familiar.

Dessa forma, faz-se necessário destacar que essa violência pode ocorrer de inúmeras formas, como a psicológica, sexual, patrimonial e moral. Com isso, mesmo sendo considerado um retrocesso em relação aos valores éticos de igualdade de gênero, hodiernamente percebe-se que as tradições e costumes associados a superioridade do homem e a submissão da mulher ainda se encontram enraizadas na conjuntura de diversos núcleos familiares, ao tempo em que contribuem para a opressão masculina e fomentam a violência praticada contra a mulher.

Outrossim, percebe-se que em nossa sociedade sempre existiram casos que retratam a violência contra as mulheres. Todavia, em casos excepcionais, devido ao isolamento social, esse imbróglio é intensificado. Como exemplo dessa afirmativa, tem-se a epidemia do vírus Ebola (2014 e 2016), na África Oriental, que gerou um aumento significativo dos casos de violência.

OS EFEITOS COLATERAIS DO ATUAL CENÁRIO PANDÊMICO NA ELEVAÇÃO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Como explanado anteriormente, o atual contexto sanitário é caracterizado pelo avanço exacerbado no número de casos de pessoas infectadas. Concomitante a isso, a situação do país foi declarada como uma emergência de saúde pública de importância nacional e internacional. Diante desse quadro, muitos setores sofreram um grande impacto negativo no âmbito econômico, social, histórico, cultural e político.

Dentre esses, pode ser enfatizado o âmbito econômico, pois, como foi exposto, uma das medidas adotadas para o enfrentamento da disseminação do vírus foi a quarentena e o isolamento social. Com isso, devido ao medo e as incertezas, muitos donos de estabelecimentos se viram obrigados a fechar as portas e desempregar seus funcionários. Assim, torna-se necessário destacar, para a confecção deste artigo, que a maior parte do número desses desempregados são de mulheres, o que culminou diretamente com o entrave que será abordado.

Nessa perspectiva, a falta de emprego e a dependência econômica dos agressores, aliada a convivência direta e ininterrupta com estes, contribuem diretamente para o aumento dos casos de violência doméstica. Além disso, outro fator que implica no crescente número de casos de agressões é o aumento do consumo de substâncias químicas por parte dos companheiros e a dificuldade em relação a denúncia destes.

Diante do exposto, a elaboração deste artigo busca analisar os reflexos da COVID-19 no exacerbado aumento da violência contra a mulher e teve como metodologias utilizadas artigos científicos e legislação.

1. LEGISLAÇÕES EXISTENTES

1.1. CONVENÇÃO DO BELÉM DO PARÁ

Como mencionado alhures, a história das mulheres sempre foi marcada por atos atentatórios a sua integridade, porém, com o decorrer do tempo, fez-se necessário que atitudes fossem tomadas com o intuito de atenuar essas espécies de situações, bem como resguardar os direitos das mulheres. *A priori*, válido ressaltar a implantação, em 1994, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), a qual se encontra inserida no sistema regional-especial de proteção aos direitos humanos e que foi incorporada, pelo Decreto presidencial n.º 1.973, de 1.º de agosto de 1996, ao ordenamento jurídico brasileiro.

A referida Convenção é considerada como tratado internacional que vincula o Estado brasileiro não apenas diante dos demais Estados signatários, porém também internamente, possibilitando assim sua aplicação e execução frente ao Poder Judiciário. No corpo do seu

texto afirma que “ a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”.

Logo, identifica-se a preocupação em manter a igualdade e a liberdade entre os indivíduos, bem como assegurar o princípio da dignidade humana, o qual é um conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado.

1.2. LEI MARIA DA PENHA

Outrossim, a Lei Federal n.º 11.340/06, denominada de Lei Maria da Penha, é considerada atualmente como uma das leis mais importantes do mundo, fato reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2008. Encontra-se ligada à história de coragem e persistência, cercada de atrocidades, de uma das milhares de vítimas diárias da violência doméstica.

Além disso, salienta-se que o acusado demorou mais de duas décadas para ser de fato punido e quando o foi, a pena foi totalmente irrisória, logo, devido tamanho descaso das autoridades competentes, a repercussão do caso fez com que a Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo Brasil integra, pressionar-o de tal modo que o Brasil, por fim, efetivou as convenções e tratados dos quais ele faz parte.

Ainda nesse viés, imprescindível pontuar que a Lei Maria da Penha trata de meios de prevenção da violência, assistência às vítimas, políticas públicas, bem como de punições mais severas para os agressores, ou seja, tem como principal finalidade assegurar maior amparo às vítimas de violência doméstica e cumprir com a efetivação dos direitos humanos, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, observa-se que a problemática persiste, inclusive, com o advento do atual cenário pandêmico, os números que versam sobre a violência contra o gênero feminino seguem um curso crescente preocupante.

2. ESTATÍSTICAS E AGRAVANTES DA VIOLÊNCIA

Segundo estudos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública em conjunto com o Instituto de Pesquisas Data Folha, faz-se importante pontuar alguns dos motivos que podem vir a explicar as estatísticas alarmantes. O primeiro deles está ligado diretamente à necessidade de haver o isolamento social, pois dessa forma as pessoas passaram a permanecer mais tempo em casa, cerca de 52,6%, dentre homens e mulheres, afirmam .

OS EFEITOS COLATERAIS DO ATUAL CENÁRIO PANDÊMICO NA ELEVAÇÃO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Somando-se a isso, devido a pandemia, o atual cenário aumentou significativamente os níveis de estresse econômico no âmbito doméstico, vez que conforme dados do IBGE, em 2019 o desemprego correspondia a 11,9%, já em 2020 esse número subiu para 13,9%, logo, a renda familiar diminuiu e desproporcionalmente a ansiedade se elevou.

Outrossim, dentre essas porcentagens acima referidas há milhares de mulheres vítimas de abusos, cometidos por ex-companheiros; (ex)namorados e (ex)marido, que se tornam dependentes economicamente e que enfrentam a impossibilidade do trabalho informal em função do período de quarentena, aspectos os quais reduzem a possibilidade de rompimento desse círculo vicioso.

Ademais, consoante os estudos retromencionados, a população que participou da pesquisa corrobora que a média de consumo de bebidas alcoólicas se tornou superior quando comparada com os anos anteriores, inclusive os usuários o consomem o álcool de forma conjunta com substâncias psicoativas em casa, o que os tornam mais impulsivos e violentos, vez que ocorrem alterações de pensamentos que desencadeiam espécies de gatilhos que contribuem para as agressões contra a vítima.

3. DIFICULDADES NA BUSCA POR AUXÍLIO

A visto disso, percebe-se que embora o isolamento social seja medida essencial perante o enfrentamento da COVID-19, por outro lado existem muitos efeitos colaterais, ou seja, consequências em diversos setores da sociedade como um todo, assim como na vida de cada pessoa. Em especial, na vida de muitas mulheres que se sentem como nunca aprisionadas à escuridão, pois se viram obrigadas a conviver de maneira integral com seus agressores, o que contribui para o aumento dos casos

Devido ao contato constante entre ambos, são ampliadas as margens para manipulação psicológica e um maior controle por parte do companheiro, impedindo, na maioria dos casos, que a vítima saia de casa para visitar familiares e amigos, pois muitas mulheres não conseguem se desvencilhar das situações de violência e são desencorajadas a denunciar esses criminosos, por terem medo de não serem amparadas no que desrespeito a uma proteção eficaz, fato que contribui com a violência doméstica, haja vista que são diminuídas as oportunidades das vítimas em encontrar redes de apoio social para a busca de ajuda.

Nessa senda, diante do convívio diário dentro dos seus lares, os agressores se encontram na necessidade de manter ainda mais o poder masculino na figura de “provedor da casa”, servindo até de “gatilho” para comportamentos violentos, o que gera uma maior intimidação e submissão da vítima, uma vez que com a sobrecarga dos afazeres domésticos,

mostra-se evidente uma injusta divisão das tarefas que sequer há uma cooperação por parte do companheiro, interferindo de forma ainda mais preocupante sobre a integridade física e psíquica dessas mulheres que ainda são sujeitas a diversas formas de agressões.

3.1. FALHAS NOS MECANISMOS DE APOIO

Por outro lado, não obstante o aumento dos casos de violência doméstica durante a pandemia, houve a diminuição do atendimento presencial dos acessos aos serviços de assistência social devido a suspensão das atividades laborais, visto que no decorrer de todo esse colapso vivenciado pela sociedade, as autoridades competentes publicaram decretos, normas e dentre outros protocolos de segurança para combater a propagação do vírus. Desse modo, esses fatores corroboram com o agravamento da violência por estar nítido o constante contato com o agressor e ao mesmo tempo saber que aquelas medidas adotadas pelo poder público são indispensáveis perante o cenário atual.

Em detrimento ao exposto, é de notório conhecimento que os serviços prestados pelas unidades de saúde estão voltados para os atendimentos prioritários dos casos suspeitos e confirmados de COVID-19, assim, são evidenciadas falhas no suporte no combate à violência doméstica quando todo o mundo transpassam por uma situação desesperadora, perdendo seus empregos e entes queridos, o que torna evidente que há uma diminuição da busca por auxílio até por parte das vítimas que sofrem quaisquer atos de agressões por seus parceiros, pois muitas encontram-se desempregadas e em luto por algum parente/conhecido.

4. MEDIDAS ATENUANTES

No entanto, na oportunidade, faz-se mister mencionar a criação do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) durante a III Jornada da Lei Maria da Penha realizada em parceria entre o Ministério da Justiça, SPM e Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que na observância do contexto atual e todos os protocolos de segurança estabelecidos pelas autoridades federais, estaduais e municipais, aprovou o Enunciado n.º 9, o que dispõe nos seguintes termos:

ENUNCIADO 9. A notificação/intimação da vítima acerca da concessão de soltura do agressor e/ou de qualquer ato processual, pode ser feita por *whatsapp* ou similar, quando houver seu consentimento expresso, manifestado em sede inquisitorial ou judicial, por escrito ou reduzido a termo, mediante certidão nos autos por servidor público (ALTERADO no IX FONAVID- Natal).

OS EFEITOS COLATERAIS DO ATUAL CENÁRIO PANDÊMICO NA ELEVAÇÃO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Diante disso, o enunciado supracitado ao dispor que a notificação/intimação pode ser feita por intermédio do aplicativo de *whatssap* ou similar, buscou proporcionar por maior celeridade em casos onde a vítima necessita cautelosamente de uma tutela jurisdicional efetiva por parte do Estado, uma vez que em tempos de isolamento social, adotar os recursos como os meios de comunicação para assegurar aquela vítima de qualquer ato de violência visa prevenir de maiores danos, se for depender exclusivamente do atendimento presencial.

Ocorre que, nem todas as vítimas estão dispostas a sair de sua residência para sequer realizar a denúncia em face do agressor, o que faz pertinente a discussão dessa problemática no presente artigo, pois são existentes diversos impasses para que haja o deslocamento ou até mesmo uma ligação à central de atendimento à mulher, tais como: medo do contágio, receio de ser mal atendida, dependência financeira, relação afetiva pelos filhos e principalmente a falta de apoio por parte de amigos/familiares, tendo em vista que o isolamento social permitiu o distanciamento da vítima com aqueles que poderiam facilitar e encorajá-la de realizar tal ato que converteria toda a situação.

Nesse viés, nota-se a importância que as divulgações de serviços remotos se tornem de fácil acesso e visibilidade para todas as mulheres que estão sujeitas às diversas formas de opressões e manipulações psicológicas pelo convívio diário com o agressor, fazendo por certo, a tentativa de amenizar tais condutas praticadas e quem as praticam, sejam responsabilizados, impedindo futuros atos extremos de violências e até mesmo cometerem feminicídios.

4.1. NOVAS PROPOSTAS DE MEDIDAS PROTETIVAS

Insta destacar que, em 30 de março de 2020 foi apresentado um projeto de lei 1267/2020, a qual teve por autoria diversos deputados, que visa alterar a lei 10.714/2003 (Autoriza o Poder Executivo a disponibilizar, em âmbito nacional, número telefônico destinado a atender denúncias de violência contra a mulher.), com o objetivo de ampliar a divulgação do Disque 180 enquanto durar a pandemia do covid-19.

Desta feita, incumbe-nos esclarecer que o referido projeto de lei propõe que toda informação exibida na rádio, televisão e internet que abordam sobre a violência contra a mulher durante o estado de calamidade pública atual (Pandemia Covid-19) deverá incluir menção expressa ao Disque 180. À vista disso, observa-se uma excelente alternativa para combater o aumento de casos e evidenciar através dos meios de comunicação que a vítima deve pedir socorro diante de situações que violem sua própria forma de viver dignamente.

Cumpra salientar também que o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) será responsável para fiscalizar o cumprimento da lei, bem como, irá aplicar sanções para quem descumprir tais previsões legais. Desse modo, podemos vislumbrar que o referido projeto de lei se torna necessário para propagar a divulgação do Disque 180 e garantir que seja efetivamente aplicado a fim de conscientizar a todos dessa problemática, em especial, às vítimas.

Ademais, faz-se indispensável dispor sobre o Projeto de Lei n.º 123/2019 que se encontra aguardando apreciação pelo Senado Federal, em que altera a Lei n.º 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para incluir os programas de combate e prevenção de violência contra a mulher como modalidade de projeto apoiado pelo Fundo Nacional de Segurança Pública bem como, altera a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, autorizando o uso de recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública em ações envolvendo prevenção e combate à violência doméstica e familiar.

Outro projeto de lei n.º 1444/2020, de Autoria da Deputada Alice Portugal (Partido PCdoB/BA) também se encontra aguardando apreciação pelo Senado Federal, na qual altera as Leis n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e 13.982, de 2 de abril de 2020, para estabelecer medidas excepcionais de proteção à mulher e a seus dependentes em situação de violência doméstica e familiar durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19.

Nessa perspectiva, observa-se por oportuno elencar a aprovação da Lei n.º 14.022 de 07 de julho de 2020, que altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, a lei estabelece que o poder público deverá adotar as medidas necessárias para garantir a manutenção do atendimento presencial de mulheres e determina orientações para os serviços realizados de forma remota.

Dentre suas disposições, tem-se o artigo 5.º - A, o qual preconiza sobre os prazos processuais, apreciação de matérias, atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar serão mantidos, sem suspensão. Bem como, o registro de ocorrência poderá ser realizado por meio eletrônico ou contato telefônico de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública, senão vejamos a seguir:

Art. 5.º-A **Enquanto perdurar** o estado de emergência de saúde internacional **decorrente do coronavírus** responsável pelo surto de 2019:

OS EFEITOS COLATERAIS DO ATUAL CENÁRIO PANDÊMICO NA ELEVAÇÃO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

I - os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência **serão mantidos, sem suspensão;**

II - o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência **poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública;**

Parágrafo único. Os processos de que trata o inciso I do caput deste artigo **serão considerados de natureza urgente.**

Ante todo o exposto, podemos pontuar que há projetos de leis e legislações existentes que visam combater o aumento dos casos de violência contra mulher, no entanto, ainda é preocupante o fato de que as vítimas sequer consigam denunciar o agressor por se encontrarem aprisionadas em vários fatores já discutidos no desenvolvimento da presente pesquisa, restando evidente e necessário que devem ser adotadas outras medidas mais eficazes que assegurem a integridade física, psíquica, intelectual dessas vítimas.

CONCLUSÃO

O advento da Covid-19 gera, até os dias de hoje, um forte impacto negativo em diversos setores, como o econômico, e atinge de forma direta a vida de toda população mundial. Isso porque, devido à alta incidência de contágio do vírus, foram adotadas medidas restritivas, como a quarentena e o isolamento social, para conter a disseminação. Nesse meandro, empresários tiveram que fechar seus estabelecimentos não restando outra alternativa, senão demitir seus funcionários. Corroborando a problemática que foi abordada neste artigo, é importante salientar que o maior índice de desemprego é de mulheres, que, infelizmente, além de conviver um maior tempo em casa com seus companheiros, passaram a depender de forma direta destes.

Nessa perspectiva, nota-se que a violência doméstica contra a mulher não é um problema atual, pois é praticada em nossa sociedade em decorrência das raízes do patriarcado. Entretanto, os índices de violência aumentaram de forma exacerbada devido ao cenário pandêmico que estamos vivendo. Isso se explica, também, pelo decréscimo no número de denúncias devido à redução na oferta de serviços de apoio às vítimas. Nesse sentido, o combate desse imbróglio merece bastante atenção e não pode ser deixado de lado pelas autoridades estatais.

Diante disso, apesar da Lei Maria da Penha atribuir ao Poder Público o desenvolvimento de políticas que visem "garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão", percebem-se muitas falhas nesse sentido. Logo, torna-se necessário que sejam impostas medidas concretas e eficazes com o escopo de erradicar a violência doméstica contra as mulheres.

Nessa perspectiva, é de suma importância a adoção de ações afirmativas e de incentivos fiscais com o intuito de que haja, no mercado de trabalho, a contratação dessas vítimas para que não ocorra a dependência econômica em relação aos companheiros. Ademais, a criação de novos projetos de leis, bem como a celeridade na tramitação e a consequente aprovação dos que já existem que versam sobre medidas protetivas mais incisivas, contribuem para a diminuição dos crescentes casos de violência.

Aliado a isso, é fulcral a implementação de Políticas Públicas, como por exemplo, campanhas midiáticas que visem incentivar as mulheres a realizarem denúncias contra os agressores. Isso deve ser efetivado através da divulgação de plataformas digitais dos canais de atendimento da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH). Tendo em vista que esta ampliou o alcance dos serviços do Disque 100 e do Ligue 180 ao criar aplicativos e sites como o disque100.mdh.gov.br e o ligue180.mdh.gov.br, nos quais as mulheres conseguem fazer a denúncia pelo aparelho eletrônico de forma silenciosa. Paralelo a isso, torna-se necessário o aumento no investimento nas delegacias especializadas, como também a criação de cursos profissionalizantes para capacitar policiais, com o escopo de facilitar o atendimento às vítimas.

Por fim, conclui-se que todas as políticas de enfrentamento a esse imbróglio, citadas neste artigo, devem ser intensificadas e expandidas por todo o território brasileiro, ao mesmo tempo que é de suma importância a eliminação das raízes do patriarcalismo para que a problemática exposta seja mitigada.

REFERÊNCIAS

Agência IBGE Notícias. **Desemprego recua para 13,9% no 4º bimestre, mas taxa média do ano é a maior desde 2012.** Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30130-desemprego-recua-para-13-9-no-quarto-trimestre-mas-e-o-maior-para-o-anodesde2012#:~:text=O%20resultado%20para%20o%20ano,hoje%20\(26\)%20pelo%20IBGE](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30130-desemprego-recua-para-13-9-no-quarto-trimestre-mas-e-o-maior-para-o-anodesde2012#:~:text=O%20resultado%20para%20o%20ano,hoje%20(26)%20pelo%20IBGE). Acesso em: 22 jun. 2021

OS EFEITOS COLATERAIS DO ATUAL CENÁRIO PANDÊMICO NA ELEVAÇÃO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Artigo especial. Revista brasileira de epidemiologia. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?** Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-549720200033>. Acesso em: 22 de jun. 2021

BARBOSA, Amanda. **Violência Contra a Mulher- Legislação Nacional e Internacional.** Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937941/violencia-contr-a-mulher-legislacao-nacional-e-internacional-por-amanda-espindola-barbosa>. Acesso em 21 jun. de 2021

BIANQUINI, Heloísa. **Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito. Consultor Jurídico (ConJur).** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia>. Acesso em: 24 de maio de 2021.

Biblioteca virtual. Ministério da Saúde. **Novo Coronavírus (COVID-19): informações básicas.** Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/novo-coronavirus-covid-19-informacoes-basicas/>. Acesso em: 23 de jun. 2021

BRASIL, Lei n.º 14.022, de 7 de julho de 2020. Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre **medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar** contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a pandemia COVID-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm#view. Acesso em 25 de maio de 2021.

BRASIL, Portal Câmara dos deputados. Atividade legislativa. **Projetos de Leis e outras disposições.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

BRASIL. Lei n.º 11.340, 07 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 24 de jun. de 2021

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”. 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 23 jun. 2021

EVANGELISTA, Desirée. **Direitos Humanos das Mulheres na Esfera Internacional.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53646/direitos-humanos-das-mulheres-na-esfera-internacional>. Acesso em: 23 jun. 2021

FERNANDES Maria e THOMAKA Érika. **Aumento do número de casos de violência doméstica é efeito deletério da quarentena.** Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/fernandes-thomaka-aumento-violencia-domestica-quarentena>. Acesso em 24 de jun. 2021

FONAVID. **Enunciado n.º 9.** Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em: 23 jun. de 2021
Fórum de Segurança Nacional. **A Vitimização de Mulheres no Brasil**. 3.^a. ed. revista Datafolha, 2021. Disponível em: [relatorio-visivel-e-invisivel-3-ed-2021-v3.pdf](#) (forumseguranca.org.br). Acesso em 22 jun. 2021

Informe ENSP. Escola nacional de saúde pública Sérgio Arouca. **Violência Contra a Mulher: pandemia de covid-19 revela aumento de casos**. Disponível em: <http://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/50463>. Acesso em 22 de jun. 2021

MAGALHÃES. Amanda. **Quarentena com o inimigo: o aumento dos índices de violência doméstica em tempos de Covid-19**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324827/quarentena-com-o-inimigo--o-aumento-dos-indices-de-violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 22 de jun. 2021

MARTINS, Andréa Maria Eleutério de Barros Lima et al. **Violência contra a mulher em tempos de pandemia da covid-19 no brasil**: Revisão narrativa de literatura. REVISTA ENFERMAGEM ATUAL. Disponível em: <http://www.revistaenfermagematual.com/index.php/revista/article/download/828/679/>. Acesso em: 23 de maio de 2021.

Redação Spbancarios. **Mulheres são as mais castigadas na pandemia**. Disponível em: <https://spbancarios.com.br/03/2021/mulheres-sao-mais-castigadas-na-pandemia>. Acesso em 23 de jun. 2021

STRUCK. Vitor. Grupo folha. **Perda de emprego e renda deixa as mulheres mais expostas a violência**. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/geral/perda-de-emprego-e-renda-deixa-mulheres-mais-expostas-a-violencia-3087778e.html>. Acesso em 22 de jun. 2021

VASCONCELOS. Esther. **Desemprego: Mulheres foram as mais atingidas durante a pandemia**. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/desemprego-mulheres-foram-as-mais-atingidas-durante-a-pandemia>. Acesso em 24 de jun. 2021

VIEIRA, Pâmela Rocha. GARCIA, Leila Posenato. MACIEL, Ethel Leonor Noia. **Isolamento Social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?**. SCIELO BRASIL. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?lang=pt_ Acesso em: 22 de maio de 2021

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER¹

Danilo Neves²

Karina Pinto Silva³

RESUMO: Este artigo tem como finalidade explicar a violência obstétrica: uma forma de violação dos direitos fundamentais da mulher. Será realizada uma verificação geral sobre os principais apontamentos constitucionais que tratam do desenvolvimento dos direitos constitucionais, especialmente aqueles ligados à evolução dos direitos fundamentais da mulher, que ensejou na atual configuração desses direitos, no tocante ao tema deste artigo. Além disso, apresenta-se os aspectos relacionados ao Projeto de lei nº. 7633/14, que traz alguns dispositivos que evidenciam a importância dos direitos relacionados às parturientes, bem como punibilidades para aqueles que infringirem esses direitos. Importante ressaltar que o referido trabalho se utilizou da pesquisa bibliográfica de forma descritiva e explicativa, partindo da análise e pesquisas em artigos científicos e revisão teórica de alguns autores que dialogam sobre o assunto, como: Amorim (2015), Silva (2017) e D'Oliveira (2014). Verificou-se que, com base no estudo realizado, a necessidade de elaboração e efetivação de políticas públicas para as mulheres parturientes, com o objetivo de garantir e proteger os direitos fundamentais desse grupo.

PALAVRAS-CHAVE: Violência obstétrica. Direitos fundamentais. Punibilidades.

¹ Recebido em 26/08/2022

Aprovado em 28/06/2022

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2010), pós-graduado-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (2014), Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes; Mestrando em Antropologia pela Universidade Federal do Piauí. E-mail: daniloneves86@hotmail.com

³ Acadêmica do 10º Período do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Vale do Itapecuru – FAI.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representa um dos maiores marcos para a consolidação dos direitos femininos no Brasil. A igualdade de gênero é um dos pontos mais enfáticos à construção desses direitos, entretanto, nesta tentativa de equiparação, subsiste uma série de problemas frequentes sobre o tema no país, sendo a violência contra a mulher um dos principais. Falar de violência contra a mulher não implica, estritamente, em se mencionar a violência física, mas em vários recortes dessa agressão, podendo ela ser sexual, psicológica, verbal, patrimonial, dentre outros gêneros. (AMORIM, 2015)

A violência obstétrica, por sua vez, encontra-se relacionada a qualquer gênero de ultraje ao corpo da mulher em seu período gestacional, de parto, ou perinatal (entre as vinte e duas semanas de gestação e os sete primeiros dias após o nascimento do bebê) em ambiente hospitalar. Este tipo de violência se estende, ainda, à prática de coação, ofensas, realização de procedimentos sem consentimento ou explicação prévia, dentre outras (SILVA, 2017).

De acordo com Arsie (2015) a proteção à mulher em todos os períodos da gestação é prevista na Constituição Federal de 1988, sendo a licença maternidade um ótimo exemplo desta situação, uma vez que se considera necessário legalmente o resguardo feminino como forma deste direito ser mantido. Igualmente, a saúde é um dos direitos fundamentais garantidos a todo ser humano, estando atrelada a esta prerrogativa a preservação da dignidade humana, e outras garantias mencionadas na Lei nº 11.634/2007, que dispõe dos direitos da gestante, entre outros, à assistência junto ao Sistema Único de Saúde.

O parto se constitui como uma das etapas mais importantes da vida da mulher e daqueles envolvidos no nascimento da criança. Entretanto, nem sempre a experiência é recordada de forma agradável por este público. Amorim (2015, p. 55) afirma que “a violência obstétrica é um atentado à dignidade da mulher, que dá vida à sociedade”, assim, o parto se faz como uma condição exclusiva da mulher, tendo como principal finalidade a formação da vida e feitura da dignidade materna, principais motivos pelos quais deve ser resguardo sob quaisquer circunstâncias, sejam ela relativas à assistência em saúde, ou legal.

Assim sendo, o presente trabalho justifica sua consumação na relevância, inicialmente, social que patenteia, considerando o problema social da desigualdade e violência de gênero no Brasil, o qual se propõe a dar visibilidade à mulher coroaense que sofre

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

violência obstétrica em seu estado pré e perinatal. Considera-se, também, a importância legislativa da temática, haja vista que o direito brasileiro protege a mulher nestas condições, não omitindo sua expressão acadêmica, visto que propõe agregação a estudos na área e minudência futura a este respeito.

Este trabalho será composto de três seções distintas, no qual a primeira será destinada à discussão da constitucionalização dos direitos da mulher no Brasil, a segunda se encarregará da abordagem do histórico, conceitos, formas de violência obstétrica, resguardo do direito reprodutivo no Brasil e sua presença nos dispositivos legais brasileiros, para então direcionar a terceira seção na sua análise enquanto prática que viola os direitos fundamentais da mulher, assim como os aspectos jurídicos dessas situações.

O objetivo deste trabalho é analisar a violência obstétrica quando praticada em período gestacional, evidenciando este fenômeno enquanto prática que viola os direitos fundamentais das mulheres. Será realizada uma revisão de literatura que, segundo Marconi e Lakatos (2017) propõe a construção de conhecimento a partir da análise crítica de literatura produzida na área. Para fins de embasamento teórico, serão utilizados autores como Amorim (2015), Silva (2017) e D'Oliveira (2014).

Espera-se através deste estudo analisar e refletir sobre o problema da violência obstétrica enquanto aspecto que viola os direitos fundamentais da mulher, propiciando, inclusive que estas mulheres tomem conhecimento de seus direitos, a fim de reivindicarem à luz de suas necessidades.

A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL

Ao longo dos anos, a representação da mulher nos textos constitucionais brasileiros vem se modificando. Essa transformação tem abarcado diversas áreas, desde o recorte político e trabalhista, até as questões econômicas e sociais, valendo mencionar seu reconhecimento ao papel de cidadãs.

O objetivo desta seção é, portanto, analisar a evolução constitucional dos direitos da mulher no Brasil, tendo em vista que mesmo com a intensa luta feminina por suas conquistas, ainda se vê no Brasil uma série de preconceitos em relação à figura feminina e, em muitos casos, a violência propriamente dita, podendo servir de exemplo, a violência obstétrica, objeto de pesquisa deste trabalho.

A desigualdade para com a mulher no Brasil se tornou uma das temáticas mais debatidas no meio acadêmico e na sociedade. Todavia, durante muito tempo a mulher teve seu

papel reduzido à procriação e aos cuidados do lar, filhos e marido, além do âmbito legal tê-la ignorado enquanto cidadã de direitos por muitos anos, como visto abaixo:

A colonização do Brasil inaugurou no país a prevalência do sistema patriarcal adequado de acordo com parâmetros culturais com inspirações europeias e da igreja católica, entendendo a mulher como ser submisso a todas as figuras masculinas, é disso que se trata o patriarcado quando se fala nessa questão. Porém, embora as condições para o estabelecimento dos direitos femininos fossem hostis, a mulher sempre soube se desdobrar tanto no seio familiar, quanto no espaço para o trabalho e social, articulando sua força desde o início. (DEL PRIORE, 2000, p. 116).

Como visto, muito embora a mulher tenha sofrido com a desigualdade e a intensa onda de restrições e preconceitos, a luta pelos direitos femininos sempre foi um aspecto presente na vida da mulher brasileira. Todavia, a evolução dos direitos da mulher no Brasil é um processo que ocorreu de maneira lenta, sendo até hoje um campo que merece atenção por ainda dispor de lacunas que precisam ser preenchidas, sobretudo, pela solidificação de uma estrutura patriarcal que fortalece a diferenciação de gênero no país.

A CARTA IMPERIAL DE 1824 E A CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891

Em se tratando do amparo constitucional dos direitos da mulher, menciona-se, inicialmente, a Carta Imperial de 1824. Este diploma abordou em seu contexto sobre o princípio da igualdade em seu artigo 179, inciso XII, onde afirma que a “lei será igual para todos, tanto em relação à proteção, quanto ao castigo, recompensando a todos de acordo com seus respectivos merecimentos” (NOGUEIRA, 2012, p. 126). Percebe-se, porém, neste trecho dois aspectos importantes, primeiramente uma possibilidade de avanço em relação ao direito da mulher, haja vista que o texto afirma a igualdade como sendo um direito de “todos”, todavia, ao mesmo tendo, é perceptível a forma genérica que o diploma utiliza, não deixando explícita a figura da mulher dentro deste cenário.

Quer se dizer com isso que em uma sociedade cujo patriarcado regia toda a lógica de funcionamento social, dificilmente qualquer afirmação legal que se dirigisse ao todo social sem destacar a figura feminina propriamente iria conseguir sanar o problema da desigualdade de gênero no país, que é, justamente, o caso da Carta Imperial de 1824 que traz esta colocação em seu art. 179, porém sem sucesso quanto à inserção das mulheres enquanto cidadãs de direito.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

De acordo com Moraes (2003), mesmo com tantos entraves, a mão de obra feminina começou a ser utilizada no mercado de trabalho a partir deste momento, porém, em se tratando do âmbito escolar, foi mais difícil e demorada a inserção da mulher, só tendo sido permitida sua educação de maneira legal a partir de 1827 e sob a condição do aperfeiçoamento das atribuições de mãe e esposa. Em 1871, porém, a Lei do Ventre Livre, deu aos filhos das mulheres escravas o direito à liberdade, o que pôde ser considerado enquanto avanço sobre esta questão.

A instituição do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 traz para o ordenamento jurídico brasileiro, algumas transformações ao direito da mulher, dentre elas o fato de já não ser permitida a agressão à mulher e filhos pelo marido como forma de castigo (prática comum até a referida data). Entretanto, é válido mencionar a intensa força do patriarcado mesmo diante deste cenário (SANTOS, 2009).

Segundo Moraes (2003) que a Constituição Republicana de 1891 modificou o princípio da igualdade mencionado anteriormente, porém sem muitos efeitos quanto à distinção das classes sociais, uma haja vista a intensa subjugação de algumas classes sobre outras. Vê-se, portanto, através da colocação da autora que, mesmo a situação legal do Brasil sendo mudada, ao longo dos anos, a própria sociedade se mostrou resistente em aderir a essas mudanças, mantendo firmes seus conceitos de desigualdade e preconceito, o que diretamente manteve as mulheres sob uma posição subjugada, excepcionalmente pelas leis não mencionarem a questão de gênero de uma forma diretamente esclarecida.

Diante deste cenário foram sendo iniciados movimentos femininos em prol do reconhecimento de seus direitos, é o caso da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF) criada por Bertha Lutz com o objetivo de garantir à mulher o direito à educação, à participação política e outros aspectos, tendo estes movimentos gerado frutos, considerando que o Código Eleitoral de 1932 deu às mulheres a partir de 20 anos o direito ao voto.

A mulher nas constituições de 1934 e 1946

A constituição de 1934 foi a primeira entendida como social e democrática, o princípio da igualdade pela primeira vez mencionou que não deveria haver distinções por motivos de gênero, agregando a este, também, o direito feminino ao alistamento. O direito à maternidade e à infância é, entretanto, um dos mais importantes avanços deste período, previstos no artigo 121, § 3º do diploma, pelo qual se iniciava a divisão do trabalho doméstico para as mulheres (AMORIM, 2015).

A partir de então a mulher teve direito a adentrar ao mercado de trabalho, porém, com o patriarcado estrutural enraizado na cultura da época, segundo Santos (2009, p. 32):

[...] estas foram consideradas como malfeitoras, pois estavam tirando dos homens o direito de prover a casa, razão pela qual o salário feminino foi proibido, porém, após a resistência feminina à remuneração da mulher foi aprovada, entretanto como renda complementar ao do marido, sendo muito mais baixo que o do homem.

Percebe-se na fala da autora a origem de um problema presente na atualidade. A diferença salarial da mulher em relação ao homem é um problema que interfere na sua dignidade enquanto ser humano e está, infelizmente, arraigada no Brasil desde o referido período. Vê-se durante o percurso aqui já descrito que há uma preocupação legal com a determinação da isonomia, porém fica clara a ineficiência do princípio da igualdade enquanto dispositivo legal que possa, sozinho, sanar os problemas relacionados à diferenciação de gênero no país.

A Constituição de 1946 vem para fazer, mais uma vez, a reafirmação deste princípio aqui destacado, não tendo funcionando efetivamente como dispositivo de mudança para a mulher no Brasil. Coincidindo, justamente, com o período do ápice da Ditadura Civil Militar no Brasil, os direitos das mulheres no Brasil nesta época permaneceram estagnados, tendo havido mudanças neste quadro apenas na década de 1960.

A MULHER NAS CONSTITUIÇÕES DE 1967 E 1969

O Estatuto da Mulher Casada, aprovado em 1962 remodela o posicionamento da mulher no âmbito legal brasileiro, dando a ela direitos ainda não alcançados até o momento, como visto no Art. 248 do documento:

Art. 248. A mulher casada pode livremente: I - Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior (art. 393); II - Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alegado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, número 1); III - Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos números III e IV do art. 285; IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177) [...]. (BRASIL, 1962, s/p)

Assim, tem-se através desse documento uma melhora no tocante a estes direitos, porém, vale dizer que a mulher casada é a única representada, excluindo-se as demais. De modo que, até a Constituição de 1988, os direitos da mulher foram extremamente restritos, tendo sido o período de regime militar marcado por intensas reivindicações quanto a este aspecto. De acordo Santos (2009) as mulheres se estruturaram durante a Ditadura,

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

organizando movimentos de resistência independentes, e conquistando espaços evidenciados futuramente na Constituição Cidadã.

A MULHER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A inserção da mulher no mercado de trabalho a partir da década de 1980 foi crucial para sua designação enquanto cidadã. As necessidades da indústria levaram a mulher a participar ativamente nestes ambientes e, posteriormente, nas faculdades e na política. Todavia, foi através da CF/88 que a igualdade de direitos civis femininos foi prevista, independentemente da esfera, se pública ou privada, representando o maior marco do estabelecimento do direito da mulher no país (AMORIM, 2015).

A defesa dos direitos humanos da mulher é um aspecto importante a ser mencionado, além de seu aparecimento e representação expressa no princípio da igualdade, previsto no artigo 5º do documento:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2017, p. 14).

Diferentemente da descrição apresentada nas constituições anteriores, vê-se a partir deste momento a demonstração clara da figura da mulher enquanto cidadã de direitos, aspectos que também se encontram presentes em outros momentos na Constituição Cidadã. Tanto os direitos, quanto os deveres da relação conjugal familiar passam a ser de responsabilidade mútua entre homem e mulher na CF/88 (art. 226, §5º). Os direitos trabalhistas também fazem parte daqueles conquistados pela mulher através da Constituição de 1988, (art. 7º, inc. XXX), pela qual o documento afirma que não deve haver discriminação quanto ao sexo no mercado de trabalho.

Porém, o maior destaque quanto à mulher no mercado de trabalho é a proteção à maternidade, inserido dentro do instituto da estabilidade provisória no emprego e da licença maternidade, juridicamente amparado pelos arts. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e pelo art. 7º, XVIII da Constituição Federal da seguinte maneira:

Art. 10 - Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Art. 7º (CRFB /88) - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII: licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias. (BRASIL, 1988)

A Licença maternidade é o período em que a mulher se ausenta do trabalho para cuidar da criança recém-nascida, seja ela biológica ou adotiva, sem prejuízo de seu trabalho durante 120 dias, como objetivo maior de proteger o crescimento da criança nos primeiros meses de vida. Falar da licença maternidade se torna indispensável no contexto deste trabalho, justamente, por esse direito representa o reconhecimento legal da necessidade da mulher de se retirar do ambiente de trabalho para resguardar o crescimento dos filhos em sua fase inicial da vida, devendo ela desde o período da gestação ser assistida por profissionais capacitados e tratada dentro dos padrões de preservação aos seus direitos fundamentais.

Porém, não raro muitas mulheres têm sofrido com a violência obstétrica em diversos momentos em que precisam de atendimento, sobretudo durante e após a gestação, quando o acompanhamento obstétrico se torna indispensável com grande frequência, razão pela qual a seguir, pretende-se discutir acerca dos conceitos de violência obstétrica e suas formas de manifestação.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

De acordo com Zanardo, Uribe e Natal (2017, n.p): “no decorrer da história, as mulheres vêm sendo vítimas de várias formas de violência”. Diante disso, a Organização Mundial da Saúde (2015, n.p.), afirma que: “Violência é a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis”. Diante disso, destaca-se que esse tipo de violência se trata de um núcleo que integra uma das modalidades, entre outras, de violência contra a mulher.

Importante ressaltar que, conforme menciona Zanardo, Uribe e Natal (2017, n.p): “o descaso e o desrespeito com as gestantes no período do parto, envolvendo os setores públicos e privados da saúde, têm sido cada vez mais propagados pela imprensa, bem como pelas redes sociais através de relatos de mulheres que se sentiram violentadas”. Esses dados foram analisados pelo Ministério da Saúde (2015, n.p.), afirmando que: “12,7% das queixas das mulheres versavam sobre o tratamento desrespeitoso, incluindo relatos de terem sido mal atendidas, não terem sofrido agressões verbais e físicas”.

Com base na pesquisa intitulada de “A mulher brasileira nos espaços públicos e privados”, Venturi (2010, n.p), demonstrou que: “25% das mulheres entrevistadas informaram

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

ter sofrido algum tipo de violência nos serviços de saúde no momento da atenção ao parto, nos ambientes públicos e privados". A violência obstétrica é uma situação que vem ocorrendo há décadas no Brasil. Nesse sentido, Garcia (2013, n.p.), considera que:

Um fator sempre presente entre as gestantes é a falta de informação e o medo de perguntar sobre os processos que irão ser realizados na evolução do trabalho de parto. Essa situação pode levá-las a se conformar com a exploração de seus corpos por diferentes pessoas, aceitando diversas situações incômodas sem reclamar.

Outro ponto considerado grave, de acordo com Zanardo, Uribe e Natal (2017, n.p), é que: “gestantes do mundo todo sofrem abusos, desrespeito, negligência e maus tratos durante o parto nos ambientes de saúde”. Esse tipo de situação, conforme Zanardo, Uribe e Natal (2017, n.p): “pode contribuir de maneira negativa no que se refere às consequências para a mãe, bem como para o recém-nascido, sobretudo porque diz respeito a uma temporada de grande fragilidade para a mulher”. Entretanto, apesar da dispersão desses acontecimentos, a Organização Mundial da Saúde (2015, n.p.), aponta que: “atualmente não há consenso internacional sobre como esses problemas podem ser cientificamente definidos e medidos. Em consequência, sua prevalência e impacto na saúde, no bem-estar e nas escolhas das mulheres não são conhecidas”.

A Organização Mundial da Saúde (2015, n.p), ressalta: “a necessidade de concretizar pesquisas com o objetivo de definir, medir e entender melhor as práticas desrespeitosas e abusivas no período do parto, bem como criar formas de prevenção e eliminação dessas situações”. Diante disso, quando se busca na doutrina, não se encontra apenas uma definição para violência obstétrica. Oliveira (2014, n.p.), divide a violência obstétrica em quatro espécies: “negligência (omissão do atendimento), violência psicológica (tratamento hostil, ameaças, gritos e humilhação intencional), violência física (negar o alívio da dor quando há indicação técnica) e violência sexual (assédio sexual e estupro)”.

Além disso, de acordo com Zanardo, Uribe e Natal (2017, n.p): “a violência obstétrica engloba o uso descontrolado de medicamentos e intervenções no parto, bem como a realização de práticas avaliadas como desconfortantes e muitas vezes dolorosas, não fundamentadas em estudos científicos.” Algumas situações em que ocorrem esses procedimentos, conforme menciona Oliveira (2014, n.p.), são: “a raspagem dos pelos pubianos, episiotomias de rotina, realização de edema, indução do trabalho de parto e a proibição do direito ao acompanhante escolhido pela mulher durante o trabalho de parto”.

Conforme o exposto, pode-se extrair a violência obstétrica, nas palavras de Arsie (2015, n.p): “é considerada uma violação dos direitos das mulheres grávidas em processo de parto, que compreende perda da autoestima e decisão sobre seus corpos”. Essa violência resulta no predomínio dos procedimentos de reprodução das mulheres através da atuação inadequada dos profissionais de saúde da área, através de um acompanhamento desqualificado e inadequado, sendo assim, contribuindo de maneira negativa para o desenvolvimento saudável em um processo de pós-parto da mulher.

MODALIDADES DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Ultimamente o parto vem sendo notado como um processo patológico, que tem resultado na adoção da tecnologia parto dirigido, que, de acordo com Pontes e Soares (2018, n.p.): “é onde a mulher se encontra, geralmente, imobilizada sujeita à utilização de drogas para a indução do parto e ao uso rotineiro de episiotomias e eventual fórceps”. Esse tipo parto é o exemplo de atenção mais corriqueiro no Brasil, sendo concretizado, quase sempre, por intermédio de um médico em uma instituição hospitalar.

A Organização Mundial da Saúde publicou este ano novos protocolos acerca de padrões globais de atendimento às mulheres grávidas, com o intuito de diminuir o uso inútil de algumas intervenções médicas, por exemplo, a cesárea. Diante disso, a Organização Mundial da Saúde (2018, n.p.), acrescenta que:

Os abusos e desrespeitos no parto em instituições de saúde acontecem de formas variadas, como abusos verbais e humilhações, violência física, ausência de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos ou procedimentos médicos coercivos, falta de privacidade, recusa em administrar analgesia, entre outros.

Outra forma de violência obstétrica é a *Manobra de Kristeller*, que, de acordo com Sauaia e Serra (2016, n.p.): “consiste em uma manobra na parte superior do útero, durante as contrações do parto, com a finalidade de empurrar o bebê em direção à pelve. Podem ser utilizadas para isso as mãos, braços, antebraço e joelho”. A interferência é considerada um desrespeito à integridade física e pode contribuir para a provocação de uma lesão nos órgãos internos, hematomas, hemorragias, assim como a possibilidade de gerar violência psicológica na gestante.

Tem-se, também, a violência obstétrica através da *Aplicação de Ocitocina*, que, de conforme Pontes e Soares (2018, n.p.): “é um hormônio que acelera o processo de contrações uterinas acelerando o trabalho do parto, entretanto, o próprio corpo se encarrega de

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

produzi-lo”. Deve-se ressaltar que a indicação incorreta, pode causar aumento espontâneo das dores no momento das contrações e, se não for controlada, pode contribuir com sérias complicações para a mulher e o feto.

Em se tratando das *Cesáreas Eletivas*, outra forma de violência obstétrica, de acordo com o Ministério da Saúde (2018, n.p.): “a rede privada tem registrado um elevado índice de parto cesáreo que chega a 82% e de 37% na rede pública”. Esse tipo de parto, conforme Anjos (2014, n.p.): “acontece quando o parto cirúrgico é agendado antes da gestante entrar em trabalho de parto”. De modo geral, a cesariana é recomendada quando é improvável que o parto vaginal seja alcançado com segurança, em intervalo de tempo considerado seguro, de forma a precaver morbidade fetal ou materna.

Outra forma de violência obstétrica é a *Proibição de Acompanhamento* no momento do parto, impedindo que a gestante tenha essa escolha, que serve tanto para ela, tratando-se de segurança afetiva, como para o próprio parto, conforme cita a Lei nº11.108/2005, artigo 19, como também a Resolução nº 36/2008 da ANVISA. Há também a *Restrição da Posição para o Parto*, onde resulta na posição chamada litotomia que dificulta na hora do parto, causando desconfortos tanto materna, como do próprio feto.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UM OLHAR JURÍDICO

A violência é um problema muito disseminado e difundido, que vem sendo combatido desde os primórdios da civilização. De acordo com Arsie (2015, n.p): “os temas relativos ao Estado e à violência são muito próximos. Hobbes sustentou a tese de que o surgimento do Estado afastou o homem do seu estado de natureza”. A partir disso, instituiu-se o que Rousseau chamou de Contrato Social, com a definição de novos limites a serem implementados e desempenhados pelo Estado. (CAIRE; VERONESE, 2014)

Ao Estado coube então, a tarefa de organizar os indivíduos em sociedade, definindo regras de convivência, e o que é mais significativo, estabelecendo sanções àqueles cujo comportamento resultasse em violação do contrato. É exatamente este poder de coerção, que impõe aos homens a sua sujeição ao Estado e às regras por ele estabelecidas. Não se trata, entretanto, de uma imposição arbitrária, mas consentida pelos próprios contratantes, visto que a troca de liberdade foi motivada sobretudo pela garantia de paz e segurança (CAIRE; VERONESE, 2000, p. 50).

Com base nisso, defende-se o argumento de que o direito à vida e à segurança pessoal justificaram a própria criação do Estado. De acordo com Ramos (2014, n.p): “o

aprimoramento da espécie humana e a evolução da civilização dependiam da tutela desses direitos, o que lhes imprimiu a titularidade de direitos fundamentais”. Através desse ponto de vista e sabendo-se que a violência obstétrica trata de um meio violento que restringe os direitos da mulher, o tema passou a integrar as atuais discussões políticas e adentrou ao corpo legislativo de alguns países, como o Brasil, por exemplo, como será apresentado a seguir.

O TRATAMENTO JURÍDICO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL

O Brasil não possui uma lei direcionada para a violência obstétrica. Entretanto, de acordo com Arsie (2015, n.p): “existem projetos de lei sobre os serviços de atenção obstétrica em trâmite no âmbito federal e estadual”. O referido projeto de Lei 7.633/2014 foi dividido em três partes: Título I - Das diretrizes e dos princípios inerentes aos direitos da mulher durante a gestação, pré-parto, parto e puerpério; Título II - Da erradicação da violência obstétrica; e, Título III – Do controle dos índices de cesarianas e das boas práticas obstétricas. Dessa forma, o Projeto de Lei inicia tratando o alcance da terapia humanizada, ao afirmar que no seu artigo 1º. (BRASIL, 2014)

Toda gestante tem direito à assistência humanizada durante a gestação, pré-parto, parto e puerpério, incluindo-se o abortamento, seja este espontâneo ou provocado, na rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS) e em estabelecimento privado de saúde suplementar. (BRASIL, 2014)

Dando seguimento, discute acerca dos princípios da assistência humanizada no parto e no nascimento, artigo 3º da Projeto de Lei 7.633/2014; dos direitos da mulher no que se refere à gestação, trabalho de parto, parto, abortamento e puerpério, artigo 4º; da elaboração de um Plano Individual de Parto, onde a mulher deve delimitar os procedimentos e práticas que estejam acordo com a sua vontade, artigo 5º ao 9º; os métodos sujeitos à justificativa clínica obrigatória, com a notação do prontuário, artigo 10º; bem como a vedação expressa a determinados procedimentos, artigo 11; A partir do artigo 13 do Projeto de Lei, preocupou-se em fortalecer o assunto da violência obstétrica com a constituição de dispositivos adequados e precisos. (BRASIL, 2014). A partir dessa estrutura, definiu-se essa parte do projeto assinalando a distinção do referido tema no artigo 13 do Projeto de Lei nº 7.633/2014 :

Art. 13 – Caracteriza-se a violência obstétrica como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos(as) profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

patologização dos processos naturais, que cause a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. Parágrafo único. Para efeitos da presente Lei, considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo(a) profissional da equipe de saúde que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes em trabalho de parto, em situação de abortamento e no pós-parto/puerpério. (BRASIL, 2014)

O Título II do Projeto de Lei deu prosseguimento tratando de definições relacionadas à violência obstétrica, delineando um cenário diferente do até então demonstrado. Nesse elemento do projeto, de acordo com Arsie (2015, n.p): “nota-se que a atenção se voltou à elucidação de medidas que deverão ser tomadas perante um caso em que configure a violência obstétrica. Dessa forma, como demonstra o título da capa, buscou-se a elaboração de alternativas que visem à erradicação da violência obstétrica”.

Diante disso, o artigo 17 do projeto de Lei 7.633/2014, conforme menciona Arsie (2015, n.p):

Evidencia que os casos de violência obstétrica serão levados aos serviços de saúde e às Comissões de Monitoramento dos índices de Cesarianas e de Boas Práticas Obstétricas, com a probabilidade de os estabelecimentos de saúde sofrerem as penalidades mencionadas no projeto por transgredirem a legislação sanitária federal.

Além das penalidades determinadas ao estabelecimento de saúde, o parágrafo primeiro do projeto de Lei 7.633/2014, previu implicações que poderão recair diretamente no profissional da saúde: “§ 1º - Os e as profissionais de saúde que praticarem atos de violência obstétrica ficam pessoalmente sujeitos à responsabilização civil e criminal decorrente de suas condutas”.

Prosseguindo com as penalidades previstas no projeto de lei, em relação ao profissional da saúde, o parágrafo segundo projeto de lei nº 7.633/2014 previu a possibilidade de o profissional da saúde também responder por processo administrativo instaurado no respectivo órgão institucional: “§ 2º - Os casos de violência obstétrica serão também notificados aos Conselhos Regionais de Medicina e de Enfermagem, para os devidos encaminhamentos e aplicações de penalidades administrativas aos profissionais envolvidos”. (BRASIL, 2014)

Caminhando para a última parte do Projeto de Lei, Título iii – Do controle dos índices de cesarianas e das boas práticas obstétricas, o projeto de lei 7.633/14, no seu artigo 25, foi firme ao afirmar que:

Os índices de cesarianas nas instituições ou estabelecimentos obstétricos públicos ou privados de saúde suplementar não deve ultrapassar a média preconizada pela Organização Mundial da Saúde, pactuada com o Poder Executivo Federal em valores e períodos definidos pelo Ministério da Saúde, exceto em hospitais-maternidades de renomada referência setorial que possuam maior demanda de atendimentos de alto risco, que deverão pactuar oficialmente seus próprios índices. (BRASIL, 2014)

Ressaltou ainda que a observância desses índices deverá ficar a cargo das CMICBPO, que serão criadas e regulamentadas através de portaria que, conforme menciona Arsie (2015, n.p): “deverá realizar o controle, monitoramento, assim como a mobilização social de profissionais e instituições para a diminuição dos apontadores de cesariana no país” Sendo assim, caso uma instituição exponha índice de parto por meio cirúrgico superior ao previsto pela OMS (equivalente a 15%) deverá a Comissão de Monitoramento dos índices de Cesarianas e de boas Práticas Obstétricas – CMICBPO, oferecer suporte para cooperar na redução do índice através de parcerias com entidades, associações científicas, universidades, dentre outros que compõem a Rede Social de Apoio, de acordo com o 26, § 12. (BRASIL, 2014)

Permanecendo o índice em valor superior ao limite, pelo terceiro período consecutivo, a CMICBPO, de acordo com Arsie (2015, n.p): “deverá notificar a instituição e iniciará uma sindicância para investigar as causas clínico-obstétricas e os profissionais responsáveis pelos índices elevados”. Ao final da sindicância, a CMICBPO deverá, ainda, produzir um relatório em que conste todos os fatores que possivelmente estejam ligados ao alto índice de cesariana, até mesmo com a identificação dos profissionais responsáveis, precisando conter também direcionamentos e ações que ajudem na redução do índice, de acordo com o artigo 26, § 15. (BRASIL, 2014)

Importante acrescentar, que o § 16 prossegue decidindo que após o prazo de noventa dias a instituição sindicada deverá ser novamente monitorada e, caso não demonstre redução em seus índices, necessitará a CMICBPO respectiva direcionar denúncia ao Ministério Público, indicando, de acordo com o caso, uma das seguintes punições:

I - suspensão temporária de financiamento público para a realização de cesarianas, para instituições pertencentes ao Sistema Único de Saúde (SUS)

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

ou a ele vinculadas, por um prazo inicial de 30 (trinta) dias, podendo esta suspensão ser mantida por tempo indefinido ou revogada, de acordo com parecer circunstanciado da CMICBPO; II - proibição temporária de realização de cesarianas, para instituições privadas ou filantrópicas, por um prazo inicial de 30 dias, podendo esta proibição ser mantida indefinidamente ou revogada, de acordo com parecer da CMICBPO. (BRASIL, 2014)

Diante do exposto, nota-se que o Projeto de Lei nº 7633/14 conforme menciona Arsie (2015, n.p): “preocupou-se em integrar e tratar conjuntamente a humanização do parto e a violência obstétrica”. Portanto, através da análise dos dispositivos apresentados, não se pode esquecer que ambos os temas foram tratados com muita constância e cautela, o que é evidentemente notável diante da necessidade em tratar de cada situação avaliada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, a violência obstétrica é aquela que acontece no momento da gestação, parto, nascimento e/ou pós-parto, inclusive no atendimento ao abortamento. Pode ser física, psicológica, verbal, simbólica e/ou sexual, além de negligência, discriminação e/ou condutas excessivas ou desnecessárias ou desaconselhadas, muitas vezes prejudiciais e sem embasamento em evidências científicas. Essas práticas submetem mulheres a normas e rotinas rígidas e muitas vezes desnecessárias, que não respeitam os seus corpos e os seus ritmos naturais e as impedem de exercer seu protagonismo.

Dessa forma, é incomum se referir a violência doméstica sem fazer um paradoxo em relação a segregação da violência contra a mulher. Esse contexto encontra-se acarretado de situações em que danificaram o seu entendimento com base na conjuntura social no qual vivenciamos. Além da completude de métodos inadequados, como: ocitocina, interdição à movimentação, tricotomia, lavagem intestinal, Manobra de Kristeller, episiotomia e fórceps, as declarações de violência obstétrica assinalam rígidos ataques verbais caracterizados por espectros patriarcais que exaltam a dor e a aflição como uma penalidade às mulheres por terem cometido o pecado capital e usufruído do fruto proibido, apresentando-se, nesse aspecto, uma violência sofrida por um machismo dissimulado.

Os elevados apontadores de parto pela via cirúrgica, extrapolam a indicação da Organização Mundial da Saúde, evidenciam que as mulheres estão sendo cada vez mais carentes de elementos que as permitem ter uma preferência consciente. Conforme o exposto, o parto cesáreo é um método que promove a intervenção para o profissional da saúde que tem como faculdade adiantar o nascimento da criança sem necessariamente precisar lidar com as

consternações da parturiente e a imprevisibilidade do parto normal conduzido pelos procedimentos fisiológicos da anatomia feminina.

O presente estudo, demonstrou que o uso dessas práticas vem acontecendo mesmo sem nenhum dado sugestivo que fundamente a sua utilização, por isso, o seu uso se configura como uma situação em que serve apenas para acelerar o parto, o que é considerada uma prática ilegal. A partir disso, pode-se extrair que o momento do parto deve ser uma harmonização entre o desejo da paciente, bem como as circunstâncias que envolvem o parto, que deve ser direcionado através do conhecimento técnico-científico, tal como nas reais condições em que a parturiente se encontra.

Em se tratando do Projeto de Lei nº. 7633/14, apresentado pelo deputado Jean Wyllys, por mais que seja evidente o encargo despendido ao referido estudo, compreende-se como arriscada a presciência de efetivação no que se refere a aplicabilidade de punições às instituições, como menciona o artigo 26 do projeto, que extrapolarem constantemente os apontadores da cesariana recomendados pela Organização Mundial de Saúde. Essa ressalva está no fato de que o Brasil, atualmente, proporciona um alto índice desse método. A partir disso, é de se compreender a existência de um costume direcionado a essa prática que mantém a sua ocorrência, embora notada mais perceptivelmente no âmbito privado.

Destarte, conforme menciona a lei nº. 7633/14, nota-se que aos apontamentos da norma direcionadas à supressão da violência obstétrica deveriam ter objetivos mais claros e eficazes no que se refere a proteção das mulheres vítimas desse tipo de violência. Demonstrar a sociedade a existência da violência obstétrica através de informativos educativos, especialmente em ambientes onde acontecem esses procedimentos é um dos primeiros passos que pode ser adotado para a prevenção e, possivelmente, o combate à violência obstétrica. Dessa forma, considera-se que possibilitem a propagação dessas medidas deve ser adotada pelos órgãos competentes, de maneira educativa, não essencialmente com base em uma supervisão legal.

REFERÊNCIAS

AMORIM, M. C. **Experiências de parto e violações aos direitos humanos**: um estudo sobre relatos de violência na assistência obstétrica. 2015. 97 f. Dissertação – UFG, Goiânia, 2015.

ANJOS, Cinthia S. WESTPHAL, Flavia; GOLDMAN, Rosely E. **“Cesárea desnecessária no Brasil: revisão integrativa”**. Disponível em: <https://seminariocorpogenerosexualidade.furg.br/images/arquivo/354.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2020.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

ARSIE, Jaqueline Gonçalves. **Violência Obstétrica: Uma Violação Aos Direitos Fundamentais da Mulher.** 2015. 95f. (monografia) - Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Ministério da Saúde: violência obstétrica contra a mulher.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br>. Acesso: 05 dez. 2020.

CAIRE, Eliane; VERONESE, Josiane Rose Petry. **A ação repressiva do estado: a construção histórica da violência.** São Miguel do Oeste: UNOESC, 2014.

BRASIL. **Lei nº. 7633/14: violência obstétrica.** Brasília: Senado Federal, 2014.

GARCIA, Leila Posenato. **Violência contra a mulher no Brasil: da desigualdade de gênero ao feminicídio.** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166562/Monografia%20Jaqueline%20Gon%20c3%a7alves%20Arsie.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08 dez. 2020.

LAKATOS. A.; MARCONI. R. S. **Introdução à Metodologia Científica.** Atlas, 6 ed., 2012.

MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas.** Revista Scielo. vol.11, nº.30, s/p, May/Aug. 1997.

MORAES, Maria Lygia Martin. **Cidadania no feminino.** História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.

NOGUEIRA, Octaciano. **Coleção Constituições Brasileiras;** v.1. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

OLIVEIRA, Sônia Maria J. V.; MIQUILINI, Elaine Cristina. **“Frequência e critérios para indicar a episiotomia”.** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166562/Monografia%20Jaqueline%20Gon%20c3%a7alves%20Arsie.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08 dez. 2020.

PONTES, Thais; SOARES, Hector. **UM OLHAR SOBRE AS FORMAS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO CENÁRIO DOS PARTOS BRASILEIROS.** Disponível em: <https://seminariocorpogenerosexualidade.furg.br/images/arquivo/354.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2020.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Dos Direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Violência obstétrica contra a mulher.** Disponível em: <https://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

SAUAIA, Artenira da S. e S.; SERRA, Maiane Cibele de M. **“Uma dor além do parto: violência obstétrica em foco”**. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**. Disponível em: <https://seminariocorpogenerosexualidade.furg.br/images/arquivo/354.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2020.

SILVA, Delmo Mattos; SERRA. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: Uma Análise Sob o prisma da autonomia, beneficência e dignidade da Pessoa Humana**. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*. jul./dez. 2017.

VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166562/Monografia%20Jaqueline%20Gon%3%a7alves%20Arsie.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08 dez. 2020.